



UNIVERSIDAD
Finis Terrae
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

RODRIGO MATIAS MARIN VALLEJOS

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Denise Lara Castro

Santiago, Chile

2014

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	3
1.1 Conceptos de derechos fundamentales	3
1.2 Características de los derechos fundamentales.....	4
CAPITULO 2: ¿QUE SE ENTIENDE POR DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES?	5
CAPÍTULO 3: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A NIVEL INTERNACIONAL.....	8
CAPÍTULO 4: PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.	16
CAPÍTULO 5: LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES. FORMA DE SOLUCIONAR LA COLISION ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y LAS POTESTADES DEL EMPLEADOR.....	19
CAPÍTULO 6: ANALISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULO 2 Y 5 Y LOS MECANISMOS DE CONTROL	

DE LOS TRABAJADORES EN EL CODIGO DEL TRABAJO.	21
CAPITULO 7: DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECIFICOS Y ESPECIFICOS DE LOS TRABAJADORES.....	
7.1 Los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores.....	27
7.2 Análisis de los derechos específicos de los trabajadores.....	29
7.2.1 Derecho a la Huelga.....	29
7.2.2 Derecho a la libertad sindical.....	31
7.2.3 Derecho a la negociación colectiva.....	32
CAPITULO 8: ANALISIS DE LOS DERECHOS INESPECIFICOS DE LOS TRABAJADORES.....	
8.1 El principio de igualdad y no discriminación en el ambiente laboral como derechos fundamentales de los trabajadores.....	34
8.2 Derecho a la dignidad humana en el ambiente laboral.....	39
8.3 Derecho a la intimidad y a la honra del trabajador.....	40
8.4 Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.....	42
8.5 Derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas....	43
8.6 Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de todas las creencias y su ejercicio libre.....	47
8.7 Derecho a emitir opinión libremente.....	49
8.8 Libertad de trabajo y su protección, el derecho a su libre elección.....	50
CAPITULO 9: DESARROLLO DE LA PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN CHILE.....	
	52

CAPÍTULO 10: EL PAPEL DE LA INSPECCION DEL TRABAJO EN LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.....	54
CAPITULO 11: EL RECURSO DE PROTECCION COMO VIA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.....	56
CAPITULO 12: EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.....	59
12.1 Derechos fundamentales de los trabajadores amparados por el procedimiento tutela.....	64
12.2 La vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores	66
12.3 Beneficios que entrega este procedimiento a la victima que ha sido vulnerada en sus derechos fundamentales.....	67
12.4 Etapas de este procedimiento.....	68
12.5 La prueba indiciaria.....	71
12.6 Sujetos del procedimiento de tutela laboral.....	76
12.7 Fines del procedimiento de tutela laboral.....	79
CAPITULO 13: DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO DE PROTECCION Y EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.....	81
CAPITULO 14: DESVENTAJAS QUE PRESENTA LA ACCION DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	85

CAPITULO 15: JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.....	86
15.1 Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.....	86
15.1.1 Dictamen 2697 de 7 de Julio 2009 sobre el derecho Fundamental a la vida privada y derecho libertad de trabajo.....	86
15.1.2 Dictamen 3448 de 12 de Septiembre 2001. El derecho a la no Discriminación.....	94
15.1.3 Dictamen 1187 de 10 de marzo de 2010. Principio de no discriminación. Igualdad remuneraciones.....	98
15.2 Jurisprudencia judicial sobre la tutela de los derechos fundamentales	105
15.2.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador. Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto. RIT T-1-2009.....	105
15.2.2 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador. Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T- 45 - 2009.....	108
15.2. 3 La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias religiosas y el ejercicio de todos los cultos. Sentencia Tribunal Constitucional de España. ROL 38/2007.....	112
15. 2. 4 La libertad de emitir opinión y la de informar sin cesura previa. Sentencia Tribunal Constitucional de España. ROL 020-2002.....	115
CONCLUSION.....	120
BIBLIOGRAFIA.....	121

INTRODUCCION

Los derechos fundamentales de los trabajadores se han ido consolidando a lo largo de nuestra historia. Estos derechos no solo se refieren a los derechos específicos laborales, sino también a los que le pertenecen por el solo hecho de ser, un ser humano.

La protección y la tutela, de estos derechos fundamentales, creada por el nuevo proceso laboral implican su conocimiento, por parte de jueces de primera instancia, teniendo por objetivo principal dar protección efectiva a los derechos fundamentales de los trabajadores, cada vez que estos sean vulnerados por el empleador.

Uno de los grandes avances de nuestra legislación laboral lo ha constituido el procedimiento de Tutela Laboral establecido en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, normativa que, en resumen, protege al trabajador cuando sufre vulneraciones en sus derechos fundamentales a la vida, integridad física y síquica, honra y vida privada, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia y de culto, libertad de opinión e información sin censura previa, libertad de trabajo y no discriminación.

El objetivo de esta memoria será la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que en la primera parte de este trabajo señalaré que es un derecho fundamental y cuál es la diferencia con el derecho fundamental del trabajador. La evolución que han tenido los derechos fundamentales del trabajador, tanto a nivel internacional como nacional y su consagración en nuestra Constitución Política y en el Código del Trabajo.

En la segunda parte, me abocaré al procedimiento tutelar propiamente tal, proceso que se incorporó al Código del Trabajo por la Ley N° 20.087 que tiene como fin proteger los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Para ello señalaré lo relativo al recurso de protección establecido en la Constitución Política de la República, las diferencias de esta acción constitucional junto con el procedimiento de tutela laboral. Posteriormente los aspectos de este procedimiento regulado por el párrafo 6° del Capítulo II del Libro V del Código del Trabajo y concluiré con jurisprudencia administrativa y judicial sobre los derechos fundamentales de los trabajadores.

CAPÍTULO 1: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. Concepto de derechos fundamentales.

Para referirse a los derechos fundamentales del trabajador, primero hay señalar que son los derechos fundamentales.

El autor español Gregorio Peces Barba establece *“Los derechos fundamentales pueden comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”*¹.

El profesor Pérez Luño, define a estos derechos como *“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”* y señala *“Los derechos fundamentales corresponden a aquellos derechos humanos que han sido positivados por el orden constitucional”*².

Por otro lado, Antonio Fernández señala que los derechos fundamentales *“son aquellos de los que es titular el hombre (utilizando el término como persona*

¹ PECES Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid. 1995. 722 p.

² PÉREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, 7º Edición. Editorial Tecnos. Madrid.1984. 680 p.

humana, por lo que debe entenderse incluidas en él a las mujeres) no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”³.

Es así como, los derechos fundamentales son vistos como atributos naturales a toda persona, limitando el poder del Estado, el que reconoce su existencia por medio de su consagración en nuestra Constitución Política, garantiza y regula el ejercicio de dichos derechos, al ser estos derechos anteriores a toda sociedad política.

1.2 Características de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, al ser inherentes a todo hombre, presentan las siguientes características:

- a) **Son imprescriptibles**, por lo tanto, no se pierde por el transcurso del tiempo.
- b) **Son inalienables**, es decir, no pueden transferirse a otro titular, por ser inseparables de la condición de persona.
- c) **Son irrenunciables**, lo que impide al sujeto renunciar a su titularidad.
- d) **Son universales**, ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, etc. puede justificar que se les desconozca respecto de una o más personas.

³ FERNANDEZ Galiano, Antonio. Derecho natural, Introducción Filosófica al Derecho. Madrid, España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 1989. 430 p.

CAPITULO 2: ¿QUE SE ENTIENDE POR DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES?

El concepto de los derechos fundamentales reconoce una conexión entre el derecho constitucional el derecho internacional de los derechos humanos⁴. La definición de derechos fundamentales es complicada de dar debido a que esta se relaciona a cuestiones controvertidas.

¿Cuál es el origen de los derechos fundamentales? ¿Tiene su origen en la historia o si es inherente a la naturaleza humana? Algunas estiman que la Constitución Política es el verdadero origen de los derechos fundamentales y otros que la Constitución solo reconoce y garantiza los derechos inherentes por el solo hecho de ser persona⁵.

De las definiciones y características, mencionadas anteriormente, se puede señalar que los derechos fundamentales de los trabajadores son aquellos derechos inherentes a toda persona, por el solo hecho de ser tal, cualquiera sea su edad, raza, sexo o religión, por lo que tienen un carácter universal. Estos derechos se encuentran reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico, principalmente por nuestra Constitución Política de la Republica en su artículo 19 y en el artículo 5º del Código del Trabajo.

La Inspección del Trabajo nos define los derechos fundamentales del trabajador como *“aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir son los derechos humanos*

⁴ FAVOREU, L. Droit constitutionnel. Ed. Dalloz, París. 1998. 780 p.

⁵ BORDALI Salamanca, Andrés. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2006. 207 p.

positivizados” y a continuación señala “también pueden conceptualizarse - los derechos fundamentales - como aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁶.

En el siglo XIX los derechos fundamentales se proyectaban con una eficacia vertical, como defensa del individuo ante el poder público. Luego durante el siglo XX, esta eficacia vertical fue complementada con una eficacia horizontal, que permite la aplicabilidad de los derechos fundamentales entre particulares.

Esta eficacia horizontal de la Constitución Política, permite que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, etc. Nuestra Carta Fundamental consagra el principio de vinculación directa, que hace aplicable la Constitución al Estado a todos sus poderes y órganos, así como a todas las personas y grupos de la sociedad. Siendo conocida esta teoría como Dittwirkung der Grundrechte que ha señalado que sobre el efecto mediato o indirecto los derechos fundamentales rigen entre particulares por medio de la doble mediación del legislador y del juez, por lo tanto, los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos e indirectamente a los privados.

Según la teoría Dittwirkung der Grundrechte y según como señala Von Munch *“la jurisprudencia y la doctrina constitucional y civil alemanas entienden como la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico*

⁶ ¿Qué son los derechos fundamentales? Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. [consulta: 6 de Octubre de 2013] Disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65192_recurso_1.pdf>

*jurídico privado*⁷. Dicha idea, como señala Rojas supone que los derechos fundamentales *“rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado”*⁸.

Respecto al efecto inmediato o directo, los derechos fundamentales rigen y obligan directamente a los particulares en los actos realizados en el ejercicio de su autonomía privada, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrollen dichos derechos.

Los de derechos fundamentales del trabajador, son los denominados derechos subjetivos o personales, esto es, aquellos derechos que el trabajador detenta como trabajador ciudadano y no como trabajador, es decir, que se trata de derechos consagrados constitucionalmente y que no son estrictamente laborales, por lo que pueden ser ejercidos tanto fuera como dentro del ámbito de la empresa.

Estos derechos fundamentales son el substrato básico de nuestro Estado de Derecho laboral, no requiriéndose su consagración en la legislación laboral, para que sea eficaz, bastando su consagración constitucional y excepcional legal que se ha hecho en el artículo 5º del Código del Trabajo.

⁷ MUNCH, Von. Dittwirkung de derechos fundamentales en Alemania. En asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. Cuadernos civilistas. España. 1997. 25 p.

⁸ ROJAS Rivero, Gloria. La libertad de expresión del trabajador. Editorial Trota. Madrid, España. 1991. 256 p.

CAPÍTULO 3: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A NIVEL INTERNACIONAL.

La idea de los derechos fundamentales nace y surge a lo largo de la historia. En la antigüedad se da lo que algunos consideran como la primera declaración de los derechos fundamentales, se trata de el Cilindro de Ciro, un documento escrito en piedra por el Rey Ciro el Persa (559-529), el que promulgaba la libertad de culto y la abolición de la esclavitud para los pueblos conquistados.

En el Renacimiento, la concepción sobre la dignidad humana más emblemática podemos encontrarla en el Discurso sobre la Dignidad Humana (1463-1494), en el cual la dignidad humana radica en su capacidad creadora y su poder de autodeterminación, esto de libertad y autonomía, para forjar su propio destino.

El concepto de derechos fundamentales se origina junto con el Estado moderno, para regular y limitar el actuar de los sistemas políticos junto con las normativas vigentes, con la finalidad de conseguir un actuar legitimado del Estado frente a los ciudadanos.

En el siglo XIX la humanidad fue parte de muchos cambios, siendo uno de los más importantes la Revolución Industrial, porque incorporó nuevas formas de trabajo, de producción, surgiendo desde este momento a hablar de la liberación del obrero, ya que junto a los movimientos de ideas de la época fueron fuente de catalizadores para el desarrollo de los derechos humanos internacionales. Así, mientras el coste humano de la industrialización era cada vez más aparente,

creció la conciencia de proteger a los trabajadores, como también de crear normas internacionales para velar por los trabajadores.

¿Cuál vendría a ser la fuente de los derechos fundamentales? Algunos consideran a la declaración de derechos del hombre de 1789 como el origen de la doctrina jurídica de estos derechos.

Ya en la época moderno, los derechos fundamentales surgen como el resultado de la revolución francesa y norteamericana, por medio de la declaración de derechos del hombre y el ciudadano en 1789 en Francia y antes, en 1776, por la declaración de derechos de Virginia en Estados Unidos. Estas revoluciones fueron inspiración a las demás declaraciones que vendrían en los siglos XIX y XX. Luego, con la evolución de la sociedad occidental, estos derechos fueron introduciéndose en las Constituciones de los Estados, pasando a ser un requisito básico de la cada sociedad. Junto a estas grandes fuentes de derechos fundamentales.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 contenía una enumeración bastante cercana al concepto moderno de los Derechos Humanos: igualdad de todos los hombres, separación de poderes, poder al pueblo y a sus representantes, libertad de prensa, poder militar subordinado al civil, derecho a la justicia o libertad de culto religioso. Su traducción al idioma francés influyó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de Francia el año 1789, donde se estableció *“los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”*, centrándose en la igualdad jurídica, la libertad de ser propietario, igualdad para todos y la libertad de contratación. Pero a pesar de estos principios se continuó con abusos, tales como el trabajo infantil y de mujeres embarazadas, largas jornadas de trabajo y sin descanso, lo que lleva a la organización de trabajadores, surgiendo el movimiento obrero y logrando la

creación del sindicato que velaría por los derechos fundamentales de los trabajadores.

El año 1793 la Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano establecería *“Cualquiera puede contratar sus servicios y su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad alienable. La ley no admite la esclavitud; no puede existir más que un compromiso de servicios y retribución entre el hombre que trabaja y el que le da empleo”*.

Por su parte la Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana del año 1789 señala en su artículo 4 *“La libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por la leyes de la naturaleza y de la razón”*

Las instituciones jurídicas evolucionan con el tiempo, donde anteriormente lo negros o las mujeres eran excluidos de los derechos fundamentales.

Pablo Ruiz- Tagle Vial en Una visión democrática y liberal de los derechos humanos, señala *“la mayoría de los autores identifican los derechos fundamentales con el constitucionalismo y con la consolidación de determinadas*

*etapas de este movimiento intelectual y político que tiene su origen en el siglo XVIII*⁹.

A principios del siglo XX comienzan a aparecer instrumentos jurídicos internacionales que consagran los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de las cuales tenemos:

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera Constitución a nivel mundial en establecer derechos sociales, disponiendo en ella también normas relativas al trabajo, fijando jornadas laborales de 8 horas como máximo, normas sobre previsión social, reconoce el derecho a la huelga y la creación de sindicatos. Su nombre oficial es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que reforma la del 5 de febrero de 1857. Entre otros puntos, reconoce a la educación estatal como laica, obligatoria y gratuita y establece las jornadas laborales de 8 horas como máximo.

Otro instrumento destacable es el Tratado de Versalles de 1919, teniendo gran importancia, ya que por medio de este Tratado se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La OIT fue creada en el año 1919 para promover la justicia social, basándose en ciertos principios, tales como, el trabajo no es una mercancía y la no discriminación. Desde el nacimiento de la OIT ha existido una preocupación internacional por el trabajo de menores, destacando el Convenio N° 182 del año 1999 sobre erradicación de las peores formas de trabajo infantil. Esta organización consagró el principio de que las normas internacionales fueran el pilar esencial para lograr la paz mundial.

⁹ BORDALI Salanca, Andrés. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Editoria. Legal Publishing. Santiago, Chile. 2006. 2007 p.

En el año 1998, la OIT consagró los derechos fundamentales en el trabajo, siendo algunos: la libertad de asociación y la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Destacando la importancia de principios relativos a los derechos fundamentales laborales que deberán regir en épocas de globalización.

Respecto a la abolición del trabajo infantil la OIT postuló que se estableciera una política nacional para abolir el trabajo infantil, que el trabajo infantil no debe impedir la educación escolar de los niños, el deber de resguardarse la seguridad y moralidad de los menores de 18 años, cada gobierno deberá asegurar el no trabajo infantil.

Los hitos históricos de mayor importancia en el siglo XX son la primera y segunda guerra mundial. Estos hechos precipitaron la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945. Esta Organización emitió en 1948 un documento conocido como la Declaración Universal de Derechos Humanos, emitiendo formalmente al mundo un listado de derechos humanos. La Declaración Universal es el documento de derechos humanos más conocido y traducido en el mundo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el instrumento de mayor relevancia del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, siendo el más conocido y traducido en el mundo. Esta declaración ha servido como fuente inspiradora al resto de los acuerdos adoptados en el marco de dicho organismo y referidos a la protección de los Derechos Humanos. Sus artículos 4, 23 y 35 consagran el trato libre, el derecho al trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, la protección contra el desempleo, igualdad salarial y equitativa, derecho al descanso y a vacaciones de forma periódicas y pagadas,

como también la protección a la maternidad. El artículo 2 de esta declaración señala *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

Esta declaración señala en su preámbulo *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”* y, posteriormente, en su artículo 23 puntualiza los siguientes derechos laborales: toda persona tiene derecho al trabajo, a su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, la no discriminación, derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure a ella, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que sea completada, en caso necesario, por cualesquier otros medios de protección social, derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses y al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Siguiendo con esta misma idea, de la Declaración Universal de los Derechos, la Organización Internacional del Trabajo ha impulsado el trabajo decente, esto se refiere a que no exista discriminación y donde el ingreso les permita vivir con dignidad, junto a una protección social, tanto para ellos como para sus familias, que engloba un acceso a seguros de salud y pensiones dignas al momento de jubilar o por alguna discapacidad causada por un accidente laboral.

La OIT ha señalado para que el trabajo sea decente, esto es, aquel que se realiza con condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, debe contar con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, siendo la libertad de asociación, libertad sindical y derecho a la negociación colectiva, la abolición

del trabajo forzado, la erradicación del trabajo infantil y la eliminación de toda forma de discriminación.

El total de instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen como fin enfatizar con el reconocimiento de la dignidad del ser humano como base fundamental de la convivencia pacífica entre los pueblos.

Entre otros tratados, ratificados por nuestro país, durante los años 1976 y 1991, tenemos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y degradantes, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, según su sigla en inglés) y la Convención de los Derechos del Niño.

En 1998 se adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo, el que engloba a los Estados miembros de esta organización a respetar y promover los principios fundamentales.

La Convención Americana sobre derechos humanos, conocida como Pacto San José de Costa Rica, del año 1969 establece en su artículo 16 la libertad de asociación respecto a los fines sindicales, sea religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales culturales o de cualquier otra índole y su ejercicio estará sujeto según lo que señala la ley.

El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales del año 1966 estableció en su artículo 6 el derecho a trabajar, en su artículo el derecho que toda persona tiene al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias como en materias de salarios, seguridad e higiene, igualdad de

oportunidad y el derecho al descanso, su artículo 8 establece el derecho de los sindicales y a la autonomía colectiva y su artículo 10 señala la protección de la maternidad y la prohibición del trabajo infantil.

El pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 señala en su artículo 8 la prohibición del trabajo forzoso y en su artículo 22 consagra los derechos sindicales y la autonomía colectiva, establece la prohibición de la esclavitud en todas sus formas, enumera los trabajos que no se considera forzosos como el servicio militar y el que impone obligaciones cívicas.

En la actualidad el principal referente jurídico formal en la consagración de los derechos fundamentales son las Constituciones Políticas de los países, salvo en el caso del Reino Unido, que tiene una ley específica. Antonio Pérez Luño señala que a su juicio la Constitución más importante en este tema es la germana de Weimar de 1919, al conjugar estos derechos con los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰.

¹⁰ PÉREZ Luño, Antonio. Los derechos fundamentales, 8ª ed., Madrid, España. EditorialTecnos. 2004, 233 p.

CAPÍTULO 4: PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.

En Chile la acogida de derechos fundamentales de los trabajadores es relativamente nueva. Recientemente, con la ley 20.087 del año 2006 se comienza a tomar el verdadero sentido a los derechos fundamentales de los trabajadores, aunque, anteriormente, la Constitución Política de la República reconoció los derechos fundamentales laborales y su relevancia, especialmente en su artículo 5º, 6º inciso segundo, 19 n° 16 y 19 con relación a los derechos fundamentales laborales específicos y en el 19 n° 26.

Nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 consagra los siguientes derechos fundamentales de los trabajadores:

- a) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art 19 N°1).
- b) La igualdad ante la ley (art. 19 N°2).
- c) La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art 19 N°3).
- d) El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (art 19 N°4).
- e) La inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada (art 19 N° 5).

- f) La libertad de conciencia (art 19 N° 6).

- g) La libertad personal y la seguridad individual (art 19 N°7).

- h) El derecho a la protección de la salud (art 19 N° 9).

- i) El derecho a la educación (art 19 N° 10).

- j) El derecho de reunión (art 19 N°13).

- k) El derecho de asociación (art 19 N° 15).

- l) La libertad de trabajo y su protección y la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal (art 19 N°16).

- m) El derecho a la seguridad social (art 19 N°18).

- n) El derecho de sindicalización (art. 19 N°19).

- o) El derecho de propiedad y a la propiedad (art 19, N°s 23 y 24).

El artículo 19º N° 16 de la Constitución Política de la República, asiste a los trabajadores en dos temas fundamentales, los que son la libertad de optar por cualquier tipo de trabajo y el derecho a no ser discriminado sino por las aptitudes propias del trabajo ofrecido y por otra parte, amparando el derecho de sindicación y la libertad asociativa en el marco de la relación laboral.

El inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política reconoce como límite al ejercicio de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos, garantizados en la misma Constitución así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los derechos fundamentales velan por la libertad de los ciudadanos, siendo irrenunciables e irreductibles rigiendo en todo ámbito, siendo nuestra Constitución la que en su artículo 6 inciso segundo señala *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*, obligando a los poderes públicos como ciudadanos a someterse a ella.

CAPÍTULO 5: LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES. FORMA DE SOLUCIONAR LA COLISION ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y LAS POTESTADES DEL EMPLEADOR.

Los derechos fundamentales de los trabajadores no son absolutos, esto significa que si reconocen límites. Los límites a estos derechos son la moral, el orden público y los derechos de terceros.

Los derechos de los trabajadores deberán reconocer la potestad que la Constitución otorga a los empleadores, en sus artículos 19 N° 21 y 24, que limitaran el ejercicio de los derechos fundamentales en relación a la libertad de empresa y el derecho de propiedad¹¹.

¿Qué ocurre en caso de colisión entre los derechos fundamentales del trabajar y las potestades del empleador? deberá resolverse según la normativa nacional. Si no hay una norma que lo solucione deberá resolverse utilizando el método de la ponderación; así lo dictaminó el Juzgado de Letras de Trabajo de Copiapó, en el considerando octavo de la sentencia en procedimiento tutela T-1-2008.

El principio de proporcionalidad consiste en un examen de admisibilidad de un derecho fundamental frente al ejercicio de otro, por medio de un análisis consistente en estudiar el medio empleado según el objetivo propuesto.

¹¹ Dictamen N° 2210/035, Santiago, Chile. 05 de Junio de 2009.

Este examen de admisibilidad consiste en la aplicación del principio de la adecuación, lo que significa constreñir un derecho fundamental si eso no lleva aparejado proteger el otro derecho.

Le sigue el principio de necesidad que consiste en que la restricción de dicho derecho sea la única manera de lograr el objetivo deseado.

Y la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a que este principio deberá obtener, si la restricción del derecho fundamental es razonable, en relación a la protección del derecho fundamental que buscar asegurar.

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales tienen como fin señalar que el principio de proporcionalidad otorga mejores garantías de racionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales, vinculantes para el legislador y para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afectan tales derechos¹².

*“Cualquier limitación de los derechos fundamentales del trabajador por el empleador, se ajustará en conformidad a que está este justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto”.*¹³

¹² BERNAL Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3^a Ed., Madrid, España. Editorial centro de estudios políticos y constitucionales. 883 p.

¹³ Dictamen N° 2856/162, Santiago, Chile. 30 de Agosto de 2002.

CAPÍTULO 6: ANALISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULO 2 Y 5 Y LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LOS TRABAJADORES EN EL CODIGO DEL TRABAJO.

El artículo 2 del Código del Trabajo consagra el derecho a la no discriminación. En su inciso segundo señala que los actos de discriminación son contrarios a los principios de las leyes laborales y en el inciso tercero, del mencionado artículo, señala que los actos de discriminación son cualquiera *“distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

El artículo 2 del Código del Traba se diferencia así del artículo 19 N°16 inciso tercero de la Constitución al enumerar los actos discriminatorios, lo que no hace la Constitución Política de nuestro país, que sólo se basa en todo criterio no basado en la capacidad o idoneidad personal de trabajador debe ser considerado discriminatorio, la norma del Código del Trabajo sigue la línea del Convenio N° 111 de la OIT señalando un catálogo de criterios discriminatorios. Como sabemos la Carta Fundamental al tener una jerarquía superior fija el modelo antidiscriminatorio en el ámbito laboral y por ende, debe entenderse la norma del Código del Trabajo como una especificación al principio de no discriminación señalado por nuestra Constitución.

La ley N° 19.739 de 6 de julio de 2001, modificó el artículo 2° del Código del Trabajo prohibiendo expresamente ofertas, en las cuales se estableciera como requisito para postular a ella los siguientes requisitos: raza, color, sexo, edad,

estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. Esta ley se creó para eliminar la práctica habitual operante en las empresas que reclutaban a su personal a través de avisos publicados en medios de prensa, en los que solicitan requerimientos a los postulantes que, claramente, exceden los únicos criterios que la Constitución considera legítimos para estos efectos: la capacidad y la idoneidad personal. Así también, Esta reforma incluye dos formas más de discriminación, en cuento a la edad y estado civil.

El Código del Trabajo dispone que esta práctica discriminatoria constituye una infracción a la normativa laboral chilena, por lo que podrá ser sancionada por los inspectores del trabajo con una multa a beneficio fiscal de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.

Así se prohíbe a las empresas (por sí o a través de terceros) que publiquen ofertas laborales que contengan como requisitos para postular alguna de las condiciones que la ley señala como discriminación, a menos que el oferente compruebe que se trata de un requerimiento propio de la idoneidad de las personas para el desempeño de la función.

El artículo 485 del Código del Trabajo limita el contenido del artículo 2° del Código del Trabajo. En este sentido, entendemos que la interpretación de ambas normas debe hacerse a la luz de las normas constitucionales y respecto al derecho a la no discriminación del artículo 10 número 16 del Constitución, viendo el artículo 2° del Código del Trabajo como un precepto de refuerzo de las normas constitucionales, pero sosteniendo que la discriminación protegida es toda aquella que se basa en la idoneidad o capacidad personal del trabajador.

A partir del 1 de diciembre de 2001 entró en vigencia la ley 19.759 que incorporó en nuestro Código del Trabajo el inciso primero del artículo 5, que establece la función limitadora de los derechos fundamentales sobre los poderes

empresariales en el ámbito laboral. Este artículo reconoce la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral y señala los límites a las facultades de dirección del empleador en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos incluido el acoso sexual.

El artículo 5 del Código del trabajo dispone *“El ejercicio de las facultades que la ley 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”*.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Como dijimos, el inciso primero de este artículo consagra legalmente la función limitadora que tienen los derechos fundamentales respecto de los poderes empresarios, lo que se ha denominado como ciudadanía en la empresa. Esta función, se dará durante toda la relación laboral antes, durante y al terminarla, sea en el ámbito estrictamente laboral o fuera de ella, por la preeminencia de los derechos fundamentales, sin embargo, esta idea no es nueva en nuestro medio, antes la Dirección del Trabajo había señalado que *“la solución al caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa, dentro de la empresa, con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución”*¹⁴.

Sergio Gamonal señala que cuando nos referimos a la ciudadanía en la empresa nos situamos en un ámbito ajeno al de los derechos fundamentales específicos definidos anteriormente, de aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que quedaban disminuidos en la relación de trabajo, ya sea por necesidad de una mejora urgente de las

¹⁴ Dictamen de la Dirección del Trabajo 8273/335 de 1995.

condiciones económicas y de trabajo, o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador¹⁵.

Así mismo, Sergio Gamonal dispone que para precisar el alcance del artículo 5 del Código del Trabajo, se debe distinguir su ámbito de aplicación y sus efectos. En cuanto a lo primero, el precepto habla de facultades del empleador, abarcando en forma amplia todas las potestades del empleador, quedando todas sujetas al límite de esta norma, especialmente la de mando por ser una facultad abierta e indeterminada que se concreta en el día a día por el empleador¹⁶.

Este artículo se basa en la dignidad que tienen los trabajadores. Nuestra Constitución Política en su artículo 1 inciso 1 ha reconocido la dignidad humana al señalar *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”*, así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ha señalado *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*. Es así, como este y otros instrumentos internacionales reconocen a la dignidad humana como pilar fundamental de nuestra sociedad.

No es necesario que el Código del Trabajo indique explícitamente que está prohibido a los empleadores determinadas conductas, como que debe respetar las garantías o derecho que tiene toda persona por ser tal, es así, como nuestro código laboral no señala expresamente que está prohibido a los empleadores azotar a sus trabajadores, pero ninguno de ellos podría cuestionar la improcedencia y prohibición jurídica que ese tipo de conducta, toda vez, que se vulnera un derecho fundamental sancionable laboralmente, sin perjuicio, de serlo penal y pecuniariamente. A pesar de la existencia de este artículo, sólo con la Ley

¹⁵ GAMONAL Contreras, Sergio. El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. 4^a Edición. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009. 92 p.

¹⁶ GAMONAL Contreras, Sergio. El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. 4^a Edición. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009. 92 p.

20.087 los derechos fundamentales tendrán plena eficacia en la práctica dentro de las relaciones laborales.

La Ley N° 20.087 sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo e incorporan las normas procesales que protegerán dichos derechos en el Código del Trabajo, su fecha de publicación fue el 3 de enero de 2006 y se promulgó el 15 de diciembre de 2005.

La infracción a lo dispuesto en el artículo 5 del Código del Trabajo se sanciona con multa a beneficio fiscal de 3 a 10 UTM, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños patrimoniales y morales de la víctima y de la responsabilidad solidaria.

Los derechos fundamentales están basados en la dignidad humana, la libertad y la igualdad, debiendo explicarse, interpretarse y aplicarse en ambos artículos de nuestro Código del Trabajo, y deben regir plenamente en cualquier ámbito, teniendo una eficacia horizontal, ya que será oponibles a los poderes públicos y sociales como así lo señala la Constitución Política de la República en su artículo 6 inciso segundo *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*.

El inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo tiene un gran valor normativo y de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, lo que apunta a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral, pasando a ser la idea matriz del contenido material de nuestro sistema normativo laboral¹⁷, por lo tanto, se crea un principio de interpretación de la legislación común, que consiste que toda interpretación de las normas, sea cual

¹⁷ Dictamen N° 2856/0162 de 10.08.2002 de la Dirección del Trabajo de Chile.

sea su rango y finalidad, se ajustará a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegido.

Esta función limitadora se da en la relación laboral, antes, durante y al término de ella, sea en el ámbito estrictamente laboral como fuera de él. Los derechos fundamentales no son absolutos y sus límites son otros bienes o garantías constitucionales, la moral, el orden público y el bien común.

Antes que entrará en vigencia el procedimiento tutela de derechos fundamentales, la norma del artículo 5 era poco efectiva por la falta de vías procesales idóneas que permitieran concretar la protección de las garantías fundamentales. En su lugar, operaba el uso del despido indirecto del artículo 171 del Código del Trabajo, por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, constituida en caso de existir una conducta lesiva de los derechos fundamentales, como por ejemplo el acoso sexual. Así lo dispuso la Corte Suprema que justificó un despido indirecto por incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, cuando éste no adoptó las medidas necesarias para evitar el hostigamiento sexual de una trabajadora por parte de un compañero de trabajo, menoscabando los derechos a la integridad física y síquica y a la honra de que esta última es titular en razón de los números 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución¹⁸.

Una de las normas más importantes en el reconocimiento de los derechos fundamentales es el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo que establece ciertos requisitos en las medidas de control del empleador y dispone que sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, debiendo ser su aplicación general y garantizándose la impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador.

¹⁸ Corte Suprema, Rol N° 2.704-02, 9.04.2003.

CAPITULO 7: DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS Y ESPECIFICOS DE LOS TRABAJADORES.

Recordemos que dentro de los derechos fundamentales de los trabajadores, la doctrina ha diferenciado dos tipos de estos derechos: los derechos fundamentales de los trabajadores inespecíficos y específicos.

7.1 Los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores.

Los derechos fundamentales inespecíficos o de la personalidad son aquellos derechos que no tienen una naturaleza laboral propiamente tal, sino aquellos derechos cuya titularidad no está determinada por la calidad de trabajador.

Ellos han sido definidos como *“derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, trabajadores”*¹⁹, lo que implica una valoración del trabajo y de la persona que trabaja, donde la Constitución no lo trata como trabajador, sino como ciudadano.

Pese a la gran amplitud de estos derechos fundamentales, en este punto solo abordaremos los derechos contemplados en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales consagrados en el artículo 485 del Código del Trabajo.

¹⁹ BAYLOS Grau, Antonio. "En torno al Estatuto de los Trabajadores: La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en AA.VV., Lecciones de Derecho del Trabajo. En homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, España. 1980, p. 307.

Citaremos los siguientes derechos fundamentales inespecíficos, que más adelante se trataran en extenso:

- a) Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N°1).
- b) Derecho a la igualdad y de no discriminación (artículo 19 N° 2y N° 16).
- c) Derecho a la honra e intimidad (artículo 19 N° 4).
- d) Libertad de conciencia, culto o credo (artículo 19 N°6).
- e) Inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N°5)
- f) Libertad de opinión e información (artículo 19 N°2).
- g) Derecho de reunión (artículo 19 N°13).
- h) Libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N° 21).

Dentro de estos derechos fundamentales inespecíficos los que son más susceptibles de ser vulnerados son: el derecho a la dignidad humana, el derecho a la no discriminación, el derecho a la intimidad del trabajador y la inviolabilidad de comunicación.

7.2 Análisis de los derechos específicos de los trabajadores.

Por otra parte, tenemos aquellos derechos fundamentales de naturaleza laboral propiamente tal, denominados derecho laborales específicos, como son: la libertad sindical, el derecho negociación colectiva, el derecho a la huelga.

El artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República consagra la libertad de optar por cualquier tipo de trabajo y el derecho a la no discriminación por la capacidad e idoneidad personal del trabajador y también ampara el derecho de sindicación y la libertad asociativa en el marco laboral.

7.2.1 Derecho a la Huelga

El derecho a la huelga es uno de los derechos fundamentales específicos de los trabajadores, que está reconocido por los tratados internacionales ratificados por Chile.

Nuestra Constitución Política se refiere a la huelga en términos negativos, en base a una prohibición para determinadas categorías de trabajadores. El artículo 19 N° 16 inciso sexto de la Constitución Política establece *“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”*.

Irureta señala *“En la Constitución de 1980 la huelga no se reconoce como un explícito derecho de los trabajadores, aun cuando indirectamente se admite su existencia. Y ello desde luego tiene una consecuencia jurídica inmediata: La aceptación de la huelga como un derecho inserto en la Constitución significa algo más que el simple reconocimiento (...) el legislador no puede, al reglamentar este derecho, ni anularlo ni disminuirlo. De ahí la eficacia de la declaración constitucional”*²⁰.

La OIT ha establecido a la huelga como un derecho fundamental amplio e indica *“la Comisión estima que las organizaciones sindicales encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones políticas, económicas y sociales que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal”*²¹.

Nuestra Constitución reconoce la huelga como un derecho constitucional implícito, como así lo señalan Caamaño y Ugarte al sostener que *“la mínima lógica interpretativa indica que si la norma constitucional prohíbe un caso específico de huelga, es porque ha reconocido su existencia como un derecho general”*²², en este mismo ha señalado la Corte Suprema al disponer *“en nuestro país la*

²⁰ IRURETA Uriarte, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de Investigaciones Jurídicas. Universidad Alberto Hurtado N° 9, 2006. P. 188

²¹ Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al Gobierno de Chile. Convenio 87, anexo IV, 2002.

²² CAAMAÑO Rojo, Eduardo y UGARTE Cataldo, José Luis. “Negociación Colectiva y Libertad Sindical, un enfoque crítico”. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. Chile. 2008. 110 p.

*Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado*²³.

La huelga es parte fundamental de la libertad sindical, GAMONAL, señala *“Para que la libertad sindical pueda cumplir su finalidad, no basta que los trabajadores puedan agruparse y formar sindicatos, sino que deben poder equiparar el poder del empleador, para lo cual la concertación colectiva es de vital importancia, y la autotutela colectiva, especialmente la huelga, un elemento esencial*²⁴.

7.2.2 Derecho a la libertad sindical.

Las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales en el trabajo según la OIT son: la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La OIT se ha preocupado desde sus inicios de la necesidad de asegurar normas y principios básicos sobre la libertad sindical que tengan vigencia y validez para todos los países integrantes, lo que se ha materializado en la aprobación de distintos Convenios, siendo los más importantes el N° 87 de 1948 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación y el Convenio N° 98 de 1949 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva²⁵.

²³ Corte Suprema, Rol N° 7.244, 30 de Agosto de 1988. Citado en: Informe anual sobre derechos humanos en Chile. 2008. Universidad Diego Portales

²⁴ GAMONAL Contreras, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago, Chile. Editor Abeledo Perrot. 2011. 521 p.

²⁵ Ambos Convenios fueron ratificados por Chile después de haber transcurrido 50 años desde su emisión; Diario Oficial de fecha 12 de mayo de 1999.

Dos de las definiciones más aceptadas por la doctrina, respecto al derecho de libertad sindical, son las que siguen, Ojeda Áviles quien sostiene que la libertad sindical “es el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas”²⁶, mientras que para Ermida Uriarte señala “este derecho, para ser entendido como tal, debe incluir, por lo menos, la libertad para constituir sindicatos, organizarlos y afiliarse a ellos, así como la adecuada protección al ejercicio de la actividad sindical”²⁷.

El sindicato, la negociación colectiva y la huelga son indispensables e interdependientes sobre los cuales descansa la libertad sindical, de forma tal, que si falta alguno de estos nos encontraríamos ante un sistema de libertad sindical limitado.

7.2.3 Derecho a la negociación colectiva.

Desde una perspectiva histórica la negociación colectiva ha sido el instrumento más importante en defensa de los trabajadores.

La negociación surge en Inglaterra durante el siglo XIX y se extiende después de la Segunda Guerra Mundial. La OIT ha defendido y promovido a las organizaciones sindicales como instrumentos de defensa de los trabajadores.

La libertad sindical, como derecho fundamental, está expresamente consagrada en dos numerales del artículo 19 de la Constitución Política de la

²⁶ OJEDA Áviles, Antonio. Derecho Sindical. 8^a ed., Madrid, España. Editorial Tecnos. Madrid, España. 2003, 996 p.

²⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos en Libertad Sindical. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay. 1985. 102 p.

República, lo que le otorga el máximo poder normativo dentro del ordenamiento y el Estado debe promoverla en todos sus niveles.

La negociación colectiva es de gran relevancia para la eficacia del derecho del trabajo, ya que un sindicato fuerte permite la defensa de los trabajadores en el día a día.

CAPITULO 8: ANALISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECIFICOS DE LOS TRABAJADORES.

El artículo 485 del Código del Trabajo señala que para proteger estos derechos su vulneración, lesión o afectación debe ser consecuencia directa en la relación laboral.

8.1 El principio de igualdad y no discriminación en el ambiente laboral como derechos fundamentales de los trabajadores.

Nuestra Constitución Política en su artículo 1º inciso primero establece “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y en su artículo 19 N° 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley.

Entre la igualdad y la no discriminación existe una estrecha vinculación, así lo manifiesta Ermida Uriarte, quien señala “*para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar*” y continúa “*la no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el campo de la igualdad*”²⁸.

Para obtener una tutela jurídica efectiva de las garantías de toda persona, es necesario que se interpreten y se apliquen dichas garantías constitucionales desde el ámbito del derecho a la igualdad.

Será el derecho a la igualdad, el principio rector de la conformación y organización de toda sociedad y propiciando la protección de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos. El principio de igualdad supone dar un trato igual a aquellos que se encuentran en una situación similar, por lo que este

²⁸ ERMIDA Uriarte, Oscar. Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación. **Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social** (26): 9 p. 2011.

principio prohíbe al empleador un trato desigual sin una causa justificada, estando obligado en virtud de un contrato laboral a dar un trato igualitario entre los empleados.

Ahora bien, se podrá dar instancia en las cuales habrá que justificar desigualdades en determinados casos, habrá que ver cuando esto podrá ser posible y sustentable hacer diferencias entre personas o un grupo específico, es decir, cuando podrá hacer diferencias sin que sea esta una discriminación arbitraria, por lo tanto, nuestra Constitución permite diferencias siempre y cuando estas sean razonables.

Este derecho fundamental es recepcionado con individualidad propia en el ámbito laboral por medio del derecho fundamental a lo no discriminación, que es sin duda el derecho fundamental del trabajador más relevante.

Este derecho se limitó en un principio a la no discriminación laboral consagrada en el artículo 2 del Código del Trabajo y no al del artículo 19 N° 16 de la Constitución de la República, lo que podría afectar a los que colectivos discriminados como drogadictos o portadores de VIH, al existir en el artículo 2 del Código de Trabajo una enumeración de discriminación, no así en nuestra Constitución donde no existe una enumeración al respecto. Respecto a esto, hay jurídicos que han determinado, en base al principio de interpretación, que los artículos 2 y 485 del Código de Trabajo sería una enumeración reforzativa y que la discriminación en cuestión sería la protegida por el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República. Por lo tanto, esta norma deberá interpretarse extensivamente, como por ejemplo el sexo no deberá sólo referirse al género, sino también a las opciones sexuales del trabajar²⁹, como así lo deja ver un juez del Trabajo de Rancagua *“El concepto de discriminación por razón de sexo no puede*

²⁹ UGARTE Cataldo, José Luis. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009. 102 p.

comprender sólo la pura y simple constatación de la persona perjudicada- si es hombre o mujer- sino de englobar, también, las condiciones o circunstancias relacionadas con la identidad sexual u orientación sexual de la persona. Interpretando de esta forma el artículo 2 del Código del Trabajo, es posible proteger laboralmente de toda discriminación por razón de sexo a quienes pertenezcan a una minoría sexual, lo que es concordante con tratar de evitar que se produzcan actos de discriminación, protegiéndose de manera efectiva los derechos fundamentales de la persona humana, toda vez que no entenderlo así implicaría dejar sin protección a un grupo de la sociedad civil, dando lugar a los actos de discriminación que la misma Carta Fundamental ordena radicar”³⁰.

El artículo 19 N° 16, en su inciso tercero, dispone *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*. El Código del Trabajo recoge este derecho antidiscriminatorio en su artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto estableciendo:

“Son contrarios a los principios de la leyes laborales los actos de discriminación.

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

³⁰ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, rol 92.771-2007.

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

La discriminación es un problema a nivel mundial y cotidiano, ocurre al elegir a un trabajador por sus características físicas, al darle una remuneración inferior, por despedir a una persona por tener una enfermedad determinada, entre otras.

Han existido acuerdos y tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Convenio N° 111 de la OIT de 1958 que han influido en las normas nacionales antidiscriminatorias.

Es en el artículo 1º de la Convención N° 111 de la OIT donde se señala *“El termino discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.*

La OIT ha señalado que toda discriminación produce efectos desiguales que ponen a las víctimas en una situación de desventaja dificultando su acceso a oportunidades de empleo y a mayor abundamiento, a la igualdad de trato en el lugar de trabajo, siendo un atentado contra la dignidad humana.

La discriminación laboral puede darse en diferentes etapas, desde antes de la contratación (etapa selección personal), al momento de su contratación, durante o al termino de la relación laboral.

Para que exista discriminación laboral debe existir una discriminación que sea por consecuencia de la edad, el sexo, la raza, el estado civil o cualquier otra

motivación que produzca una alteración en la igualdad de oportunidad y no sea respecto a la capacidad o idoneidad personal.

La discriminación en el empleo es un fenómeno universal y cambiante. En nuestro país es la población laboral femenina quien sufre mayor discriminación, esto tanto por su género como edad. Posteriormente les siguen las personas de escasos recursos, siendo discriminados por su origen social o socioeconómico y los grupos que pertenecen a etnias, como también las personas mayores que, al momento de buscar trabajo, les cuesta reinsertarse en el mundo laboral.

Hay que tener en cuenta que existen medidas no constitutivas de discriminación, que obedecen a las calificaciones exigidas para el empleo específico, como aquellos trabajadores que deben tener alguna destreza física para llevar a cabo su labor.

La teoría de la de la discriminación estadística señala que la discriminación laboral persiste por la razón que las empresas no pueden examinar la productividad de cada trabajador, por lo que tienden a tomar como indicadores las características fáciles de observar como la edad, sexo, raza.

La Ley 20.348, publicada el año 2009, estuvo encargada de introducir varias enmiendas al Código laboral para reafirmar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, estableció un procedimiento de reclamo dentro de la empresa y que las denuncias sean conforme al procedimiento de tutela laboral.

8.2 Derecho a la dignidad humana en el ambiente laboral.

“La dignidad no sólo es un derecho autónomo, sino el presupuesto de todos los demás derechos. Es decir, que todos ellos tienden a la preservación del principio básico de la dignidad”³¹. Este derecho está estrechamente vinculado a otros derechos protegidos por el artículo 19 de la Constitución, como son la honra e intimidad de toda persona.

El empleador está obligado a dar un trato digno al empleado por parte de sus superiores, siendo este derecho de gran relevancia a la hora de establecer los mecanismos de control dentro de la empresa, tales como exámenes y pesquisas a los trabajadores, por lo que se pretende mediante este derecho a la dignidad del trabajador, protegerlo en cuanto a las órdenes, instrucciones y medidas del empleador, ya que el artículo 2 inciso segundo parte primera del Código del Trabajo señala *“las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas”*.

A modo de ejemplo podemos citar el Dictamen N° 1.366/79 de 1998, donde la Dirección del Trabajo determinó que la utilización por parte de la empresa de dispositivos de detección o de revisión del personal como un detector magnético en el acceso no causa un menoscabo a la dignidad y honra de los trabajadores, no así frente al uso de polígrafo, ya que por lo pluriofensivo de este instrumento *“se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esferas más íntimas de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse*

³¹ COLAUTTI, Carlos. Derechos humanos. Buenos Aires, Argentina. Editorial universidad. 1995, 885 p.

*información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador*³².

*“No contar con servicios higiénicos en su área de trabajo, menoscaba la dignidad de la persona del trabajador, su intimidad, vida privada y honra amparados por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política del Estado, e incluso una situación como la descrita, eventualmente daña la salud física y síquica del dependiente*³³.

8.3 Derecho a la intimidad y a la honra del trabajador.

El legislador, además de la Constitución Política y las normas generales que fundan esta garantía, creo la ley N°19.628 de tratamiento de datos personales, debiendo este derecho ser respetado por el empleador en el ámbito laboral.

Nuestro código laboral, además de lo establecido en el inciso primero del artículo 5, se refiere en su artículo 154 inciso final, a los mecanismos de control usados por el empleador, esto para encontrar una forma de establecer que la medida de control interno en la empresa se haga con medios idóneos, afines a la naturaleza de la relación laboral, lo cual dignifica al trabajador en la situación de control que tienen los empleadores dentro de la empresa y señala en su artículo 154 bis que la empresa *“deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”*.

³² Dictamen N° 684/50, 6 de Febrero de 1997, se hace referencia a él en el Dictamen N 2210/035, 5 de junio de 2009.

³³ Dictamen N°0266/099, 17 de Enero de 2007, se hace referencia a él en Dictamen N° 2210/035, 5 de junio de 2009.

La intimidad del trabajador vendrá dada por la propia voluntad del sujeto, entendiéndose privado lo que este estime que no debe ser conocido públicamente, según nuestra jurisprudencia administrativa la vida privada alcanza cuestiones como *“los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”*³⁴.

¿Qué ocurre en nuestro país respecto al control de la persona, efectos personales y bolsos en el lugar de trabajo? ¿Qué sucede con los controles médicos y test ocupacionales? y ¿Con la indagación de datos del trabajador y test psicológicos?

La Dirección del Trabajo en un principio, en el Dictamen N°2.449 de 1982 respecto a la revisión de efectos personales, estableció que no se ajustaba a derecho por atentar contra la dignidad y honra de la persona. Posteriormente, el año 1995 en Dictamen N° 8.005/323 aceptaría tales revisiones, pero cumpliendo ciertas condiciones por el respeto de la honra, privacidad y dignidad de las personas.

En nuestro país, la atribución que tiene el empleador de obligar al trabajador a realizarse exámenes médicos se encuentra consagrada en el Decreto N° 40 del Ministerio del Trabajo, que obliga al empleador a elaborar un reglamento interno de higiene y seguridad que contendrá normas relativas a procedimientos para los exámenes médicos o sicotécnicos del personal.

Sin embargo, la invasión a la intimidad que puede sufrir un trabajador, puede, además de estar referida a su entorno físico, afectar a su dimensión afectiva y moral. Respecto a esto, la Dirección del Trabajo en Dictamen N°

³⁴ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2210/035, 5 de junio de 2009.

4.589/260 del año 1997, ha señalado que la subordinación y dependencia del trabajador no lo obliga de informar sobre su estado de endeudamiento al no tener el deber jurídico de informar sobre su vida privada, sino solo a lo que tiene estricta relación con la prestación de servicios a la cual se obliga.

Este principio supone que empleador no intervendrá en los temas que no tenga que estar relacionados con el ámbito laboral, aunque en la práctica esto igual se da, casos como los siguientes sirven como ejemplo:

El banco Itaú establece en su reglamento *“la moderación de los colaboradores en la eventual ingesta de bebidas alcohólicas y en la práctica de juegos de azar, con el propósito de prevenir situaciones desagradables, como por ejemplo: faltar al trabajo, desempeño insatisfactorio de las funciones o críticas de los colegas”*.

El reglamento interno de Fasa S.A. exige certificado de antecedentes y que el trabajador demuestre tener buena conducta y honorabilidad, y establece que en caso de existir alguna modificación en los antecedentes el trabajador en 48 horas deberá comunicarlo por escrito a la Gerencia de Recursos Humanos, sino será causal de terminación inmediata del contrato de trabajo.

8.4 Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Este derecho reconocido en el N° 5 del artículo 19 de nuestra Constitución tiene gran importancia hoy en día y esto se debe por las nuevas tecnologías para la comunicación, como lo son el internet y la utilización de correos electrónicos. Se desprende, del Dictamen N° 2210/035 de 2009, que el empleador podrá determinar el uso de los correos electrónicos, sin poder limitar, supervisar o intervenir en los contenidos de ellos.

La regulación del orden al interior de las empresas en cuanto a los medios de tecnología en el lugar laboral es complejo, por lo que es habitual que existan normas de control sobre el control de correo en el reglamento interno, así por ejemplo esta el reglamento de la empresa Ripley S.A. *“Los trabajadores pueden también usar Internet o el correo electrónico para ciertos fines o propósitos particulares, en la medida que dichos usos sean consistentes con lo establecido en estas políticas y en el entendido de que la información que reciban o envíen es pública y por tanto recepcionada o leída por su superior jerárquico o por el personal del departamento computacional para los fines de determinar si se trata de spams, si contienen virus o bien, si contienen elementos, datos o información contraria a la moral o las buenas costumbres”*.

La Dirección del trabajo es clara en señalar que las comunicaciones privadas no dejan de ser privadas por ser declaradas públicas en la empresa *“de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. La razón de lo anterior corresponde a la naturaleza de comunicación privada protegida constitucionalmente que este servicio le reconoce al correo electrónico de los trabajadores”*³⁵.

8.5 Derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas.

El derecho a la vida es *“el derecho que tenemos a conservar nuestra vida y a que nadie atente contra ella. No consiste en un dominio absoluto sobre nuestra*

³⁵ Dirección del Trabajo, dictamen 260-19. Santiago, Chile. 24 de Enero de 2002.

vida misma, en virtud del cual podemos destruirla si queremos, sino en la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella".³⁶

El artículo 184 del Código laboral obliga al empleador en la protección de la vida e integridad de sus trabajadores *"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"*.

El derecho a la integridad física y psíquica de las personas está estrechamente vinculado con el derecho a la vida. El derecho a la integridad física es aquel derecho que tiene toda persona a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo en su persona física, mientras que la integridad psíquica es aquella integridad psicológica o espiritual de la persona.

Los derechos a la vida privada y a la honra, la dignidad humana, la inviolabilidad de toda forma de comunicación y el derecho a la no discriminación podrán verse afectados por el acoso sexual y el mobbing o acoso laboral.

El acoso laboral debe ocurrir en el lugar de trabajo, el que por medio de acciones u omisiones del acosador o el empleador busca eliminar a un trabajador de la empresa para evitar el despido y pago de indemnizaciones legales.

La jurisprudencia ha señalado en la Causa rol N° 179. 2009 ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso que el mobbing es *"la acción conducente a miedo o terror del afectado hacia su lugar de trabajo, como el efecto o la enfermedad que produce en el trabajador, recibiendo éste, una violencia psicológica injustificada a*

³⁶ PACHECO Gómez, Máximo. Teoría del derecho. 4ª ed. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 1999. 876 p.

través de actos negativos en el trabajo de sus superiores, de manera sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado, cuyo fin es hostigar, intimidar o perturbar al trabajador, hasta que éste haga abandono del trabajo” y ha señalado en la Causa rol N° 65-2010 ante la Corte de Apelaciones de San Miguel “ninguna norma establece el número de días que debe hostigarse a un trabajador para que se configure el acoso laboral”.

En Chile no existe una normativa para el mobbing, pero se podrán aplicar el inciso segundo del artículo 2 *“las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas. Es contrario a ella, entre otras, conductas, el acoso sexual...”* y los artículos 5 y 184 del Código del Trabajo, este en su inciso primero señala *“el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”.*

La discriminación laboral es un tema extenso ya que esta se puede dar incluso antes de tener una relación laboral como también por diversos motivos, incluso un trabajador podría sufrir una discriminación múltiple, como por ejemplo una mujer de edad, que podrá ser discriminada por su género y por su edad, un discapacitado de color, una mujer embarazada de alguna etnia, etc., algunas situaciones reales de discriminación laboral son como las que siguen.

En el caso de la discriminación por sexo que se da entre hombres y mujeres en cuanto a la brecha salarial existente aún hoy en día, como también engloba la discriminación que sufre la mujer por la maternidad, lo que conlleva a que el hombre tenga una mejor remuneración como también mejores puestos de trabajo. La sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt RIT 0-78-2009 de fecha 19 de marzo de 2010 respecto a una demanda de desafuero maternal de una trabajadora operaria de una planta de proceso, a quien se le

solicita que se autorice la terminación del contrato de trabajo, por la causal del artículo 159 N°4 del Código de Trabajo, por el vencimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo. La demandada solicita se rechace la demanda al encontrarse con 15 semanas de embarazo y que ha desarrollado correctamente su trabajo, señalando que otras trabajadoras que han ingresado a la empresa en la misma fecha se les ha renovado su contrato. Y que el término de su contrato de trabajo se debe a encontrarse embarazada. Respecto a esto, el tribunal ha fallado *“ante la colisión de los derechos que se produce cuando se configura la causal de término de contrato por vencimiento del plazo convenido respecto de una trabajadora embarazada, este sentenciador compartiendo el razonamiento de algunos fallos sobre la materia, estima que la contienda debe dilucidarse en atención a consideraciones de índole laboral que justifiquen que la razón para solicitar el desafuero es efectiva y no enmascara otras de orden diversa e injustificada, por cuanto la vinculación contractual era a plazo fijo, de manera que no basta la sola comprobación mecánica de la situación de hecho de haberse producido el término de contrato por vencimiento de plazo”* y concluye *“de los antecedentes fluye, además, que la continuidad del contrato de trabajo de la demandada no le genera un perjuicio económico a la empresa demandante desde que se dejara asentado, los servicios de despinadora de filete, que realiza a la fecha la trabajadora, siguen siendo requeridos por la demandante, de manera que la trabajadora sigue siendo útil en el desarrollo de la actividad productiva la empresa, no apareciendo, además de la prueba rendida por el demandante, que la autorización de desafuero corresponda a una necesidad imperiosa, motivo por los cuales no cabe sino rechazar la demanda de desafuero incoada en esta causa”*.

Citaremos el caso de un trabajador que en el año 2003 fue despedido por negarse a someterse al test de VIH y la Pastelería de la Empresa Comercio Franco Andesa Limitada (Cofra) argumentó necesidades de la empresa del artículo 161 del Código del Trabajo, pero el Tercer Juzgado de Policía Local de

Las Condes fallo en contra de la empresa y le ordenó pagar la suma de veinte millones de pesos al trabajador.

El 23 de mayo de 2011 el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, acoge la denuncia por tutela por discriminación por discapacidad causa RIT T-63-2011. El tribunal señala que el art. 2° del Código del Trabajo no enumera la discapacidad, pero este artículo no es taxativo, ya que la discriminación se especifica como toda infracción del principio general de igualdad; el resultado de la decisión de la demandada principal de no permitirle a la actora ejecutar el contrato de trabajo porque la misma se presentó a las labores con muletas – dada su discapacidad que es un hecho no controvertido- tuvo como resultado la afectación de la igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, vulnerando asimismo lo dispuesto en la ley 20.422 que establece Normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social obligándolos al pago de prestaciones e indemnizaciones impagas y daño moral.

8.6 Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de todas las creencias y su ejercicio libre.

Este derecho tiene por finalidad defender el fuero interno de la persona y está consagrado en el inciso primero del N° 6 del artículo 19 de la Constitución que señala *“la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”*.

La libertad de conciencia se refiere al derecho de pensar sin coacción externa alguna, en la manifestación de las creencias y en el derecho a expresar libremente las convicciones religiosas.

Nuestra Constitución consagra tres libertades religiosas:

- a) La libertad de conciencia: es la libertad que tiene cualquier persona para manifestar, adherir o simplemente no creer en alguna creencia determinada.
- b) La libertad de manifestar opinión sobre alguna creencia religiosa: se enmarca dentro de la libertad de opinión e información.
- c) La libertad de culto: es el derecho de toda persona para realizar actos externos de adoración limitado por la moral, las buenas costumbres y el orden público.

El problema que se puede presentar es cuando las manifestaciones de los cultos se producen dentro del ámbito laboral, como por ejemplo, los días de ejercicio del culto. Hay una manifiesta contradicción entre el artículo 35 del Código del Trabajo que establece los días domingos como los de descanso semanal, con el artículo 6 letra b) de la ley 19.638 que señala que *“toda persona, de acuerdo a su creencia religiosa tiene la facultad de observar su día de descanso semanal”*. Esta discrepancia se debería resolver de acuerdo a la aplicación de la disposición especial.

Para hacer efectivo este derecho las partes podrían:

1) Indicar cuál es el día de descanso semanal.

2) La otra opción sería entender derogado tácitamente la norma del Código del Trabajo, por tanto, las partes puedan pactar el correspondiente día de descanso de acuerdo a su creencia religiosa.

Sin embargo, esto nos llevaría a la contradicción y abre nuevamente la posibilidad de abusos que se puedan ocasionar al interior de la empresa. Este tema constituye un verdadero vacío legal que debe ser resuelto por la jurisprudencia de acuerdo a cada caso en particular.

La manifestación de cultos al interior de la empresa es una materia muy poco regulada por el legislador que debe ser resuelta, caso a caso, por la jurisprudencia, teniendo en cuenta que el trabajador puede realizar manifestaciones religiosas siempre que no afecten el normal funcionamiento de la empresa.

8.7 Derecho a emitir opinión libremente.

Este derecho es la facultad que tiene la persona para expresar su universo moral, cognitivo y simbólico, de cualquier forma, por cualquier medio y sin censura previa, esto es, lo que tiene su origen y desarrollo en la esfera psíquica de la persona y es explicitado de propia voluntad a través de ideas y juicios de valor los que por su naturaleza, son subjetivos, pudiendo intercambiarlos y difundirlos. Tal derecho incluye el guardar silencio y no emitir opinión.

Algunos ejemplos de casos de cláusulas que restrinjan este derecho, las encontramos, artículo 32 N° 52 del reglamento interno de Supermercados Líder *“Se prohíbe a los trabajadores dar entrevistas a medios de comunicación sobre pormenores de la Empresa sin la autorización del Gerente”*.

El artículo 21 del reglamento interno de la empresa Traveller S.A. señala *“el trabajador se obliga a mantener en absoluta reserva y secreto respecto de terceros toda la información que tenga relación con la actividad de la Empresa”*.

Respecto a estas cláusulas se entiende que las empresas quieren tener privacidad de sus actividades, aunque dichas normas solo debería estar restringidas a un sector y no a toda la empresa.

8.8 Libertad de trabajo y su protección, el derecho a su libre elección

Nuestra Constitución Política en su artículo 19 N° 16 asegura la libertad de trabajo y su protección de trabajo, la libre contratación y libre elección del trabajo con una justa retribución. *“La libertad de trabajo permite a todas las personas a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio, es decir, a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”*³⁷.

El derecho a la libre elección del trabajo es aquel derecho que tiene toda persona de elegir libremente el trabajo según su vocación, conveniencia y necesidad que no atente contra la moral, seguridad pública, salubridad pública o el interés nacional y siempre que esta prohibición este determinada por la ley.

El derecho a la libre contratación es el derecho de acordar libremente las condiciones del trabajo, sin perjuicio de encontrarse regulados por la ley los requisitos que actúan preferentemente en caso de trabajadores dependientes, como por ejemplo, el ingreso mínimo y el feriado legal, entre otros.

³⁷ EVANS de la Cuadra, Enrique. Los derechos constitucionales, Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, 1986. 950 p.

La protección del trabajo es el que involucra el derecho a la justa retribución en el trabajo, el derecho a la negociación colectiva y a la no discriminación laboral.

En la práctica se da que las empresas tengan cláusulas de exclusividad que prohíban a los trabajadores prestar servicios remunerados fuera de su jornada de trabajo, así es el caso de Paris *“los trabajadores quedan obligados a trabajar exclusivamente para el empleador, no pudiendo desempeñar ninguna actividad lucrativa, dentro o fuera de las horas de trabajo, sin previa autorización de éste”*.

CAPITULO 9: DESARROLLO DE LA PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN CHILE.

Desde la década de los sesenta los países y órganos internacionales empezaron a establecer normas que garantizan de manera efectiva los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral.

En 1964, Estados Unidos crea la ley que prohíbe la discriminación laboral.

En 1970, Italia dicta el Estatuto dei Laboratori y España, 10 años después, crea el Estatuto de los trabajadores.

El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”*. El artículo 25 del Pacto de San José señala el derecho de toda persona *“a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación se cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Nuestro país cumplió con esta obligación y estableció en su Constitución Política dos acciones de carácter expedito y sencillo para que las personas pudieran protegerse frente a la vulneración de sus derechos fundamentales, es así como crearon el recurso de amparo y el recurso de protección.

El recurso de amparo velaría por el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual contra cualquier privación, amenaza o perturbación ilícita,

mientras que el de protección sería más amplio, pero no protegería a todos los derechos fundamentales, siendo en la práctica inútil, ya que para que tuviera plena eficacia debería establecer la nulidad de los actos que vulneran los derechos fundamentales.

En los últimos años en Chile se ha ido sumando varias disposiciones tendientes a velar por estos derechos. Es así como se ha incorporado en nuestro Código del Trabajo la prohibición a la discriminación, los límites de las facultades del empleado frente a los derechos fundamentales del trabajador y se exige el trato digno en el ámbito laboral.

En la actualidad, en nuestro país, existe el procedimiento de tutela laboral, regulado en la ley Nº 20.087 publicada el 3 de enero de 2006, que busca resolver tal insuficiencia ya descrita, que como señala Ugarte Cataldo *“este es el primer paso del derecho laboral chileno por tomarse en serio los derechos fundamentales de los trabajadores que no son específicamente laborales”*³⁸.

Más adelante se estudiará en extenso este procedimiento, pero en forma de introducción, hay que señalar que es un procedimiento especial que se aplica en caso de vulneración o lesión de los derechos fundamentales del trabajador, por el ejercicio de las facultades empresariales, teniendo entre sus aspectos relevantes facilitar la prueba a denunciante cuando se desprende de sus alegaciones que se ha lesionado un derecho fundamental, la denuncia la podrá hacer el sindicato al que pertenece el trabajador afectado, como también la Inspección del Trabajo, así mismo, la sentencia que acoja la denuncia declarará la nulidad del acto lesionado, como las medias para reparar tal vulneración, entre otras.

³⁸ UGARTE Cataldo, José Luis. Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. **Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Vol. XXXIII: 215-228. Segundo semestre de 2009.

CAPITULO 10: EL PAPEL DE LA INSPECCION DEL TRABAJO EN LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.

La reforma procesal laboral contiene una modalidad procesal que permite, por primera vez en la historia de las relaciones laborales en Chile, conocer las conductas de los empleadores que lesionen los derechos fundamentales de los trabajadores.

Frente a esto, la Inspección del Trabajo tiene un rol relevante al ser el órgano estatal de fiscalización al que se le entrega especialmente la calidad de titular de la acción de tutela laboral referida, para denunciar las conductas del empleador que vulneren los derechos fundamentales del trabajador y de hacerse parte en proceso, pero antes de efectuar la denuncia, deberá llevar a cabo una mediación entre las partes.

Al hacerse una denuncia por alguna lesión a los derechos fundamentales de los trabajadores, ante los tribunales del Trabajo, esta institución deberá solicitar a la Inspección del Trabajo, que emita un informe sobre los hechos denunciados, según lo establecido en el artículo 486 del Código del Trabajo, de acuerdo a la facultad que le da la acción de tutela al Tribunal para requerir a la Inspección a confeccionar dicho informe.

El inciso quinto del artículo 486 del Código de Trabajo menciona el deber de denuncia que tiene la Inspección del Trabajo, quedando claro que actuará como parte principal si comparece en la causa, sin que corresponda aceptarse como parte ni como tercero coadyuvante, ni al trabajador afectado ni a la organización

sindical a la cual pertenezca, sin perjuicio de la acumulación de procesos, si dicho trabajador efectuó idéntica denuncia basada en los mismo hechos³⁹.

³⁹ AGUAYO Mohr, Cristian y SKOKNIC Larrazabal, Ivo. Fiscalización laboral. Santiago, Chile. Editorial Puntolex. 2009. 230 p.

CAPITULO 11: EL RECURSO DE PROTECCION COMO VIA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.

El recurso de protección es una acción constitucional consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República que tiene por fin velar por el respeto de ciertas garantías constitucionales establecidos en su artículo 19, tanto frente al Estado como a particulares.

Este recurso se interpondrá por escrito por el afectado, quien será el sujeto activo u otro en su nombre sin necesidad de abogado, ante la Corte de Apelaciones donde se realizó el acto o incurrido en la omisión o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, siendo el sujeto pasivo el que haya cometido tal acción u omisión.

Antes del procedimiento tutela el recurso de protección era la única vía que protegía los derechos fundamentales de los trabajadores. El recurso de protección la que se había mostrar absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral⁴⁰. Las cifras estadísticas de esta acción de protección muestran esta realidad, del total de recursos de protección acogidos en el año 2004 el 70,27% fue sobre derecho de propiedad, el 20,27% sobre juzgamiento por juez natural y el 14,86% por libertad económica, mientras que los casos acogidos por no discriminación arbitraria fue de 1,35%, respecto al honor el 4,05% y sobre salud el 6,76 %⁴¹. Y esto se debe, como señala José Luis Ugarte *“La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección y de su forma de tramitación, que alejados de los principios propios del derecho del trabajo y de su rol compensador*

⁴⁰ UGARTE Cataldo, José Luis. Derechos fundamentales del trabajador: el largo camino hacia los tribunales. Anuario de la sociedad chilena del trabajo. Santiago, Chile. 2001.

⁴¹ MASCAREÑO, A. y MEREMINSKAYA, E. Hacia la consolidación de la equidad: un defensor del pueblo para Chile. Colección de investigaciones jurídicas. Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. 2005.

*a favor del contratante débil, lo que produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador*⁴².

Este recurso presenta varios inconvenientes, como por ejemplo:

- a) No es tan efectivo para la protección de estos derechos al requerir un proceso de fondo que permita declarar la nulidad de los actos vulnerados y que obligue el pago de indemnización al trabajador por su derecho lesionado.

- b) Otro defecto es respecto al pronunciamiento que hace la Corte de Apelaciones, ya que el artículo 20 de la Constitución Política señala que el recurso se interpone *“sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”*, por lo que la sentencia no tiene por fin *“determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una acción de lato conocimiento, y su única finalidad es restablecer el imperio del derecho y dar debido protección al afectado”*.⁴³

Por razones como estas, es que la tutela laboral da mayor efectividad a la protección de los derechos fundamentales del trabajador, al hacer más operante las normas sustantivas del derecho laboral.

Debemos señalar que a pesar que nuestra Constitución, en su artículo 19 N°16 inciso tercero consagra la no discriminación en materia laboral, el recurso de protección la excluye expresamente, al señala que esta solo procede respecto a la libertad de trabajo y su libre elección, a la libre contratación y a la libertad sindical.

⁴² UGARTE Catalgo, José Luis. Los derechos fundamentales del trabajador: el nuevo procedimiento de tutela laboral. Ensayo jurídico N° 2. Universidad Alberto Hurtado. 2006.

⁴³ GAMONAL, Sergio y Prado, Pamela. El mobbing o acoso moral laboral. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2007. 160 p.

Aún así nuestra doctrina basándose en dos tesis considera que el recurso de protección velaría en caso de discriminación, ya que este principio pertenecería al principio de igualdad, como así mismo, podrá interponerse esta acción, por actos u omisiones discriminatorias al verse vulnerado o lesionado el principio a la libertad de trabajo, al estar reconocido el valor del trabajo y la dignidad del trabajador por nuestra Carta fundamental, como así lo señala el siguiente fallo⁴⁴ donde la Corte de Apelaciones desestima un recurso de protección al no poder establecer que la causa de despido fue por discriminación por sexo. En este caso dos trabajadoras, el año 1992, presentaron un recurso de protección señalando que fueron despedidas por la orden del gerente de reemplazar a todas las trabajadoras mujeres, la empresa recurrida señaló que el motivo de los despidos era producto de la continua mala actitud de estas a sus superiores jerárquicos.

⁴⁴ **Gaceta jurídica** N°15. Chile. 1993.

CAPITULO 12: PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.

En la actualidad existe una tutela respecto de los derechos fundamentales denominado procedimiento tutela laboral establecido en el párrafo 6º del título primero del capítulo segundo del libro quinto del Código del Trabajo, en sus artículos 485 y siguientes, incorporado por la Ley Nº 20.087. Esta nueva reforma procesal es un avance que tiende a mejorar la eficacia del derecho del trabajo, por medio de la creación de procedimientos laborales fundados en la inmediatez y oralidad.

La efectividad que busca este nuevo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, emana de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, el Pacto de San José de Costa Rica que dispone en su artículo 8.1 *“Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”*, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, la declaración de los derechos humanos de la ONU y el artículo 19 Nº 3 de nuestra Carta Fundamental que consagra el debido proceso.

La ley incorpora el nombre de tutela laboral, siendo un mecanismo de protección que sólo protege a los derechos fundamentales del trabajador.

Esta reforma no solo genera un cambio en la estructura de los procesos laborales, sino que amplía los derechos que se le otorgan al trabajador, dejando solo de ser titular de sus derechos patrimoniales, pasando a ser un titular de derechos fundamentales como la vida privada y la libertad de expresión.

Esta vía de protección tiene su antecedente en la legislación española de 1995, respecto al proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, el que tiene un procedimiento especial para la protección judicial del derecho fundamental de libertad sindical ampliable a los demás derechos fundamentales, siendo un instrumento procesal por el cual se satisface la exigencia constitucional de protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios en el ámbito netamente laboral. El procedimiento tutela laboral chileno tiene varias semejanzas con el español, como por ejemplo que goce de preferencia ante el procedimiento ordinario.

El procedimiento tutela busca posibilitar a los justiciables un mejor acceso a la justicia del trabajo, en la cobertura de los tribunales y en la forma en que se desarrollan los actos procesales que conforman el procedimiento laboral. Tendiente a dar efectividad al derecho, terminará definitivamente con la situación anterior donde reinaba la excesiva dilación de los juicios del trabajo.

Este proceso busca materializar en el ámbito jurisdiccional las particularidades propias del derecho del trabajo, en especial por su carácter protector y compensador de las posiciones disímiles de los contratantes. Es por esto que es necesario tener un sistema procesal diferente al sistema procesal civil.

Este nuevo proceso tutela laboral se remite en gran parte al procedimiento ordinario, siendo el procedimiento de tutela de estos derechos un procedimiento general, con aplicación de su estructura de doble audiencia (preparatoria y de juicio), pero sujeta a diferentes normas, tales como los titulares y el objeto de la acción, la carga de la prueba y la estructura de la sentencia definitiva.

Al corresponderle a este procedimiento uno general, le son plenamente aplicables los principios formativos que rigen a dicho procedimiento. Daremos una explicación brevísima de estos principios formativos.

- a) Publicidad.
- b) Bilateralidad de partes.
- c) Celeridad: este proceso está establecido hacia la abreviación de las actuaciones y plazos, debiendo el juez evitar toda dilación o su extensión a cuestiones ajenas al pleito.
- d) Buena fe: los actos procesales deben realizarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias.
- e) Concentración: este principio supone el agrupamiento de la mayor cantidad de actos procesales en un solo acto complejo sin solución de continuidad. Esto se manifiesta en el establecimiento de una única audiencia de conciliación y juicio, sin que exista la posibilidad de suspender la audiencia ya iniciada.
- f) Gratuidad: la gratuidad se garantiza al establecerse que toda actuación, trámite o diligencia del juicio, realizada por funcionarios del tribunal, será gratuita para las partes. Asimismo, las partes que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, por un abogado de turno

- g) Oralidad: Este principio responde a la tendencia dominante, la que consiste en que todas las actuaciones judiciales y las resoluciones, sean entendibles para los ciudadanos, lo que implica un mayor grado de legitimidad del sistema de administración de justicia. Este principio se verifica, fundamentalmente, en los actos de conciliación y juicio.
- h) Inmediación: las audiencias se desarrollarán en su totalidad ante el juez de la causa, el que las presidirá y no podrá delegar su ministerio
- i) Impulso procesal de oficio: el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias, aún cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará las que considere inconducentes, como también, tomará las medidas tendientes para evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, por lo tanto, no existirá la figura del abandono del procedimiento.

La naturaleza de este procedimiento no está completamente definida, ya que una parte considera que es un procedimiento cautelar especial, según Caamaño y Ugarte⁴⁵, al basarse en la necesidad de restablecer lo más sumariamente posible los derechos fundamentales que han sido vulnerados; y por otro lado, Palavecino y Devillaine establecen que es un procedimiento protector y tuitivo especial al proteger a la parte más débil en cuanto a sus derechos como garantías.

Nuestro procedimiento de tutela laboral es incompatible con el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política, según lo establecido por el

⁴⁵ MARQUEZ M, Daniela y HENRIQUEZ B, Cristián. La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Santiago. 2010 pp.101 citando a los profesores referidos.

artículo 485 del Código de Trabajo *“Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”*, recordemos que antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral el recurso de protección era la única vía de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Este proceso tiene como finalidad cautelar o proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, aplicándose en caso de que se lesiones dichos derechos, contra actos de discriminación y a las denuncias por prácticas anti sindicales o desleales, así lo establece el inciso primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo *“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”.

Este proceso de tutela, sin perjuicio del recurso de protección, se creó como un mecanismo de amparo de los derechos de los trabajadores frente a las atribuciones del empleador, modificando al Código del Trabajo, siendo una vía alternativa y excluyente a dicho recurso.

Para que se aplique este procedimiento debe ocasionarse una lesión a los derechos y a las garantías protegidas por este, el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo dispone *“Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”*.

12.1 Derechos fundamentales de los trabajadores amparados por el procedimiento tutela. Ámbito de aplicación.

Uno de los pilares centrales de este procedimiento es potenciar la vigencia plena de los derechos fundamentales del trabajador, no sólo en cuanto trabajador sino también como persona.

La pretensión de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y que tiene por finalidad restablecer el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido al trabajador.

El proceso de tutela laboral en el artículo 485 del Código del Trabajo establece taxativamente los derechos fundamentales de los trabajadores que están amparados por este procedimiento, siendo:

- a) Derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona, cuando la acción u omisión que los lesione se dé en el ámbito laboral.

- b) Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
- c) Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
- d) Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de todas las creencias y su ejercicio libre.
- e) Derecho a emitir opinión y de informar libremente.
- f) Libertad de trabajo y su protección, derecho a su libre elección y a exigir que no resulten lesionados en el ejercicio y relación laboral.
- g) Derecho a la no discriminación.
- h) Derecho a la Indemnidad.

El señalado artículo dispone que se sumará a estos derechos lo señalado en el artículo 2 del Código del Trabajo, referente al principio de la no discriminación.

El mismo artículo, establece el principio de indemnidad, que es la garantía que tiene el trabajador en caso en que ocurra alguna lesión a sus derechos fundamentales con ocasión del despido, solo estará legitimado para ejercer la acción de tutela laboral el trabajador que ha sido afectado en sus derechos.

Sólo los derechos enumerados anteriormente son amparados por el procedimiento tutela, por lo tanto, los otros derechos fundamentales como el derecho a la salud, vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la libertad sindical o el derecho a huelga no podrán utilizar el procedimiento tutela, aún

cuando las acciones u omisiones que los lesionen se genere en las relaciones laborales, en este caso, el afectado deberá recurrir por medio del recurso de protección.

12.2 La vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

¿Qué se entiende por lesión de derechos fundamentales? estaremos frente a una lesión o vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, cuando las actuaciones del empleador ocasionen una restricción desproporcionada a dichos derechos sin importar como se realizaron tales actos.

La protección de los derechos fundamentales del trabajador sería en contra de las actuaciones ilícitas y lesivas del empleador y la forma como se determinaría tal infracción, será el principio de ponderación o proporcionalidad.

Como señalamos anteriormente, en este principio según lo establecido por la doctrina dominante, el juez resolverá la controversia de estos derechos según un análisis de la decisión del empleador y disponga su validez según los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴⁶.

Según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo existen distintas formas de vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, siendo estas: la limitación de los derechos sin justificación suficiente, la limitación en forma arbitraria o desproporcionada, la limitación sin respeto al contenido esencial del derecho y las represalias de la empresa. Frente a estas

⁴⁶ MELIS Valencia, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. 2009. 154 p.

formas de limitaciones, la doctrina nacional dominante⁴⁷ ha señalado que la forma de afectación es una sola o que ellas se pueden reconducir a la infracción del principio de ponderación en la adopción de las medidas adoptadas por el empleador.

12.3 Beneficios que entrega este procedimiento a la víctima que ha sido vulnerada en sus derechos fundamentales.

El trabajador al que le han sido vulnerados sus derechos fundamentales podrá protegerse por este nuevo procedimiento, el que cuenta con las siguientes ventajas:

- a) Consagra el principio de la ponderación o proporcionalidad, siendo este un método que sirve para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador.
- b) Los sujetos activos de la acción de tutela pueden ampliarse tanto a los Sindicatos como a la Inspección del Trabajo.
- c) El juez podrá dictar de oficio o a petición de parte la suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado.

⁴⁷ UGARTE Cataldo, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial universitaria. 2004. 187 p.

- d) Por primera vez en nuestro país se otorga una regla especial legal, la que altera la carga material de la prueba, es decir, quien soporta el costo del hecho es quien no ha podido acreditarse lo suficiente en el procedimiento.

¿Cómo se podrá demostrar que la causa del despido no es una necesidad de la empresa?, supongamos una situación donde un trabajador ha sido despedido por su condición sexual ¿Cómo podrá acreditar que el despido fue producto de tal discriminación y no por necesidad de la empresa? El derecho ha contemplado tal escenario, y por lo tanto, ha determinado que se requiere de normas especiales sobre el esfuerzo en la prueba, lo que significa *“Facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando, en algunos casos, los efectos del axioma central en la materia de que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prueba formal), o modificando, en otros, el hecho de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material)”*⁴⁸.

Se podrá ejercer una acción indemnizatoria por la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y habrá una indemnización adicional si la lesión de este derecho se hubiere producido con ocasión del despido.

12.4 Etapas de este procedimiento.

El procedimiento es sumarísimo, por lo que admitida la denuncia a tramitación, el juez citará al denunciante, al denunciado y a los presuntos afectados a una audiencia única en plazos breves y se elimina la obligación de consignar una parte de la multa como requisito de admisibilidad.

⁴⁸ UGARTE Cataldo, José Luis. Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. **Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Vol. XXXIII: 215-228. Segundo semestre de 2009

a) Denuncia o acción de tutela de derechos fundamentales.

La denuncia es un acto procesal que da inicio al procedimiento de tutela y según lo establecido en el artículo 490 del Código del Trabajo, deberá contener a demás de los requisitos generales del artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos alegados como aquellos que lesionan los derechos fundamentales junto con antecedentes fundados, en el caso que no los tenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.

Tendrá un plazo de 60 días para interponerse la acción de tutela laboral desde que se realizó el acto que vulnera los derechos fundamentales, sea dentro de la relación laboral como por ocasión de despido. Este plazo podrá suspenderse por 90 días ante los Juzgados de Letras del Trabajo, cuando el trabajador afectado interponga un reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo.

El sujeto activo o titular de la acción de tutela será el trabajador afectado, la organización sindical y la Inspección del trabajo y por otro lado, el sujeto pasivo será el empleador.

b) Preferencia en admisión a tramitación.

El artículo 488 del Código del Trabajo dispone que la tramitación de este procedimiento tendrá preferencia respecto a las demás causas tramitadas en el mismo tribunal, como también igual preferencia respecto a los recursos que se interpongan.

c) Admitida la denuncia a tramitación se regirá conforme al procedimiento de aplicación general.

d) Sentencia.

El juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del décimo día, debiendo retrotraer la situación al estado anterior a la acción u omisión denunciada y no podrá autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

El artículo 495 del Código de Trabajo señala *“La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:*

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;

2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;

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

4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro”.

La sentencia ordenará el cese inmediato si continúa la vulneración a los derechos, los medios de reparación, las indemnizaciones que procedan, como también las multas señaladas por el Código del Trabajo.

Por último, esta sentencia será susceptible de recurso de apelación laboral, el que se tramitará y resolverá por el tribunal de segunda instancia con preferencia respecto de cualesquiera otros.

12.5 La prueba indiciaria.

En el derecho comparado existe una idea sobre lo complicado para el trabajador demostrar las denuncias por lesión a sus derechos fundamentales, por eso se hizo necesario dar una tutela efectiva para con esos derechos y la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos.

La doctrina ha señalado “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hecho que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio”⁴⁹.

Sergio Gamonal señala sobre la prueba indiciaria que en el derecho del trabajo se habla de prueba indiciaria como un aligeramiento o desplazamiento

⁴⁹ BAYLOS, A. la igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva. Revista del colegio de abogados de Concepción N° 5, 1998, p. 46.

probatorio del demandante al trabajador al demandado empleador. Puede ser definida como un estándar probatorio que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado para que sea el empleador que deba justificar la licitud de su actuación⁵⁰. En este sentido, podemos afirmar que la articulación de la tutela de los derechos fundamentales, en materia estrictamente procesal, se centra en la alteración de las reglas probatorias⁵¹.

La prueba indiciaria en el procedimiento tutela de los derechos fundamentales tiene gran relevancia, ya que constituye una diferencia de fondo entre la tutela laboral y los demás procedimientos de trabajo, introduciendo una norma que complementa este procedimiento, por medio del artículo 493 del Código del Trabajo, el que señala *“cuando los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

En el proceso laboral la prueba se apreciará según la sana crítica y el juez fallará basándose en los hechos que se puedan probar en el juicio. En los casos no que haya una prueba real, sino sólo indicios el juez por medio de la sana crítica hará un proceso de deducción lógica que le permitirá presumir la existencia de los hechos.

Al respecto ¿la ley exige un estándar para dar por acreditado el indicio y así poner al empleador en la necesidad de probar la razonabilidad de su medida? La norma solo exigencias que se trate de más de un indicio y que ellos sean suficientes, aún así Sergio Gamonal estima que el indicio debe ir

⁵⁰ GAMONAL Contreras, Sergio. Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Revista Laboral chilena. 2008. 90 p.

⁵¹ GAMONAL Contreras, Sergio. Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Revista Laboral chilena. 2008. 90 p.

acompañado de plausibilidad, y propone como fórmula indiciaria para nuestro procedimiento de tutela laboral el siguiente *“si es plausible el indicio presentado y probado por el trabajador de forma tal que se hace necesario que el empleador justifique su conducta al tenor del artículo 485, el juez debiera dar por aprobado el indicio”* y nos da unas reglas, que sumados a la sana crítica, ayudarán al juez a determinar si los indicios en cuestión son razonable. El primer lugar, como señalamos, deben tratarse de dos o más indicios, que sean concordantes y coherentes y que puedan acreditarse fehacientemente⁵².

A pesar de lo señalado y solo en este caso, siendo una excepción a la regla general, el denunciante no está liberado de prueba, por lo que deberá acreditar que existen indicios suficientes de una conducta lesiva, por lo que no basta alegar la lesión de los derechos fundamentales para que recaiga el peso en el empleador y sólo en este caso el demandado deberá probar que su actuar fue por motivos objetivos y razonables.

Puede entenderse indicios suficientes como los hechos que generaran en el juzgador la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales.

Taruffo establece que el concepto indicios tiene por lo menos tres acepciones, siendo la más aceptada *“cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él pueden derivarse conclusiones relativas al hecho a probar”*⁵³.

⁵² GAMONAL Contreras, Sergio. Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Revista Laboral chilena. 2008. 90 p.

⁵³ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta, Madrid, España. 2002. 480 p.

Por su parte, Sergio Gamonal señala *“Indicio es más bien una suerte de presunción no plena de la existencia de una lesión a un derecho fundamental y para destruirla el demandado deberá probar plenamente”*⁵⁴.

Nuestro Código Laboral ha introducido una norma para regular este tema en nuestro país, por medio de su artículo 491 establece *“cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*, no siendo un caso de inversión de la carga probatoria, sino que es una alteración del objeto de la prueba donde la víctima o denunciante no está completamente liberado de la prueba, debiendo el primero acreditar a lo menos indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva, donde solo en este caso se trasladaría al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables. Al respecto la doctrina a señalado *“no estamos ante una autentica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico porque el demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino de una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación de las normas procesales generales”*⁵⁵, como así también lo hizo ver el Tribunal Constitucional de España el 1992 *“lo que en pluralidad existe es una reducción de la carga probatoria, puesto que el que alega discriminación deberá probar hechos que permitan deducir al menos indicios de esa discriminación, que permitan deducir realmente que está en juego el principio de igualdad, lo que supondría al empresario desarrollar una actividad probatoria para destruir es presunción”*⁵⁶.

⁵⁴ GAMONAL Contreras, Sergio. Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Revista Laboral chilena. 2008. 90 p.

⁵⁵ LOUSADA, F. La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación. Revista de derecho social N° 3º, 2005, pg. 38.

⁵⁶ Tribunal Constitucional español STC 21/1992.

El principio de prueba se trata que el trabajador tendrá que dar indicios que generen en el juez la sospecha razonable que dicha acción lesiva contra los derechos fundamentales del trabajador se han producido. Si el trabajador logra convencer al juez que los indicios son plausibles el empleador tendrá dos alternativas. En primer lugar probar que dichos indicios son falsos o podrá explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad como señala el artículo 493, aportando elementos de prueba para justificar que su conducta es por motivos razonables, para ello la justificación debe ser suficiente, debe dar cuenta que la medida adoptada no es arbitraria, que no ha afectado el contenido esencial del derecho y que la medida adoptada no fue una represalia.

La Corte Suprema, en recurso de unificación de jurisprudencia 7023/2009 precisó que la prueba de indicios es aplicable a todas las hipótesis del artículo 485 del Código del Trabajo, incluyendo los actos de discriminación, como los del artículo 489⁵⁷.

La norma del artículo 493 del Código del Trabajo es una regla que modifica la carga de la prueba y la doctrina ha señalado *“la regulación de la carga de la prueba va dirigida únicamente al órgano judicial, para ser aplicada por él cuando a la hora de confeccionar la sentencia, y a pesar de haberse practicado uno o varios medios de prueba sobre uno o varios hechos, tenga duda de la certeza de los mismos. Es decir, la carga de la prueba sólo opera en la fase de la redacción de la resolución judicial”*⁵⁸.

Esta prueba facilita al juzgador de llegar a una sentencia definitiva en razón a los indicios que den cuenta de la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por la tutela laboral.

⁵⁷ GAMONAL Contreras, Sergio. Manual del contrato de trabajo. Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, Chile. 2010. 343 p.

⁵⁸ GIL Plana, J. La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000. Revista española de derecho de trabajo N° 126, España. 2005. 100p.

12.6 Sujetos del procedimiento de tutela laboral.

En caso de existir despido y que este haya vulnerado los derechos fundamentales del trabajador, sólo este podrá ser interponer tal acción, por el contrario, si el trabajador aún está sujeto a un contrato de trabajo podrá ser él mismo el sujeto activo, la organización sindical a la que pertenezca (cuando tenga un interés legítimo demostrado ante el juez) o también la Inspección del trabajo previa mediación, así lo señala el artículo 486 del Código del Trabajo.

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

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

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

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

El sujeto pasivo de este procedimiento no será restringidamente el empleador, ya que este no siempre ejerce las atribuciones reconocidas por la ley, sino también podrá ser otro el sujeto que vulnere los derechos fundamentales del trabajador, así lo señalan Lizama y Ugarte *“La ley 20.087 que crea el procedimiento de tutela no estable, en rigor, quién es exactamente el sujeto pasivo de dicha acción sino que en diversas disposiciones de dicha ley da a entender que debe ejercerse contra quien ejerce las facultades del empleador. En efecto, el artículo 485 de hecho, al establecer como la denominada prueba indiciaria, en el artículo 493, se hace referencia no al empleador, sino al denunciado, y en la sentencia definitiva la ley nuevamente omite la referencia al empleador, ya que señala que deben indicarse las medidas concretas de reparación a que se encuentre obligado el infractor”*.⁵⁹

Por lo tanto, el sujeto pasivo podrá ser:

- a) El empleador, quien ejercer las facultades que por ley se le atribuyen.

- b) El sujeto distinto al empleador, en este caso se pueden presentar en tres situaciones cuando:
 - b.1) El empleador le ha delegado el ejercicio de sus facultades:

En este primer caso nos encontramos ante la figura del suministro de trabajadores, donde la empresa usuaria no es el empleador pero que ejerce las facultades del empleador por lo señalado en el artículo 183 X del Código del Trabajo y el artículo 183 Y señala que la empresa usuaria deberá respetar los derechos fundamentales del trabajador.

⁵⁹ LIZAMA, Luis y Ugarte, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2007. 176 p.

Art. 183-X *“La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 156 de este Código.*

La usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

Sólo podrán pactarse horas extraordinarias entre el trabajador de servicios transitorios y la empresa de servicios transitorios al tenor del artículo 32 de este Código”.

Art. 183-Y *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*

La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

b.2) Se encuentre en una situación jurídica con el trabajador a quien le ha lesionado sus derechos fundamentales pero a quien no se le ha atribuido las facultades del empleador.

Este caso es respecto a la empresa contratista o subcontratista quien vulnera los derechos fundamentales del trabajador, en esta situación la ley no le ha dado las facultades del empleador a esta empresa, por lo que si el mandante estuviera ejerciendo dichas facultades, no sería en virtud de una ley.

En materia de subcontratación laboral, no existe una norma que obligue el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, lo que no significa que no tengan un deber de respeto frente a tales derechos.

b.3) Está ejerciendo las facultades del empleador y a quien la ley no le ha atribuido dichas facultades y que tampoco está en una relación jurídica con el trabajador a quien le vulneraron sus derechos fundamentales.

En este caso existe una lesión de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, pero al no existir un vínculo jurídico entre estos sujetos no podrá aplicarse el procedimiento tutela, no obstante, si podrá el afectado usar el recurso de protección.

12.7 Fines del procedimiento de tutela laboral.

El inciso primero del artículo 492 del Código del Trabajo señala *“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”.

El procedimiento de tutela laboral tiene como finalidad retrotraer la situación al estado anterior antes de la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, esto se refleja en el cese inmediato del acto u omisión que vulnere los derechos fundamentales del trabajador, junto con las medidas de reparación, las indemnizaciones correspondientes y las multas en caso de proceder.

CAPITULO 13: DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO DE PROTECCION Y EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.

Según Sergio Gamonal y Pamela Prado en su libro “El mobbing o acoso moral laboral”, el recurso de protección es inútil para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral al no recoger estos principios del derecho del trabajo en donde el trabajador está en una posición más débil que el empleador, tampoco se obtendría la nulidad de los actos que vulneren los derechos o el pago de indemnizaciones⁶⁰, como así sucede en el procedimiento tutela laboral, ya que como hemos dicho anteriormente uno de los objetivos principales de este procedimiento es retrotraer a las partes al estado anterior a la vulneración de estos derechos y eso se logra con la declaración de nulidad y por otro lado, el pago de la indemnización es uno de las consecuencias de la sentencia que acoge la lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

En cuanto a la carga de la prueba, como ya hemos señalado el procedimiento tutela tiene una gran diferencia respecto al recurso de protección establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo *“Cuando 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”*, alteración de prueba que no ocurre en el recurso de protección.

Aún así habrá derechos fundamentales que no podrán protegerse por el procedimiento de tutela laboral y que en dichos casos, deberá ampararse por el recurso de protección.

⁶⁰ GAMONAL, Sergio y Prado, Pamela. El mobbing o acoso moral laboral. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2007. 160 p.

Según José Luis Ugarte la acción de protección para la tutela de los derechos fundamentales ha sido inútil por las siguientes razones⁶¹:

- a) Por su naturaleza se aleja de los principios propios del derecho del trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, por lo tanto este recurso lo que le falta es la consideración del trabajador como litigante débil.
- b) La solución que da el recurso de protección lo hace inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, ya que requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos y el pago de indemnización del trabajador.
- c) Queda excluida de esta acción de protección, según la doctrina dominante, uno de los derechos fundamentales más relevantes del ámbito laboral, que es la no discriminación laboral.
- d) El ejercicio de esta acción genera riesgos en la estabilidad del trabajador respecto a su empleo. Mientras que el nuevo procedimiento de tutela laboral presenta por primera vez un mecanismo de protección frente a las represalias por parte del empleador por medio del ejercicio judicial o administrativo de los derechos laborales, que aplican la garantía de indemnidad.

Caamaño señala con señalado por Ugarte, y dispone que el recurso de protección ha sido absolutamente inútil para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Esto se debería a la construcción

⁶¹ UGARTE, José Luis. Derechos fundamentales del trabajador: el largo camino hacia los tribunales. Anuario de la sociedad chilena del trabajo. Santiago, Chile. 2002.

jurídicamente neutra del recurso de protección y por su forma de tramitación, lo que aleja al recurso de protección de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol protector a favor del trabajador.

Señala que esta acción judicial es de carácter extraordinario, haciéndola inoperante para la tutela los derechos fundamentales del trabajador, la que requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos de los derechos vulnerado y/o el pago de indemnizaciones al afectado.

Finalmente, no puede desconocerse el evidente riesgo que el ejercicio de este recurso genera para el trabajador con una relación laboral vigente, siendo probable que el empleador adopte represalias contra el este.

A continuación estableceremos algunas diferencias entre el recurso de protección y el procedimiento de tutela laboral a modo de paralelo:

1. El legitimario activo:

En el procedimiento de tutela las personas que pueden accionar son el trabajador afectado, el sindicato y a la Inspección del Trabajo, cumplidos los requisitos del artículo 486 del Código del Trabajo. Mientras que en el recurso de protección solo puede ser interpuesto por el afectado o cualquier otra persona en su nombre.

2. Plazo:

La acción de tutela se interpondrá dentro de 60 días hábiles desde que se produjo la vulneración del derecho, pudiendo suspenderse hasta por 90 días si el trabajador, en el plazo señalado, interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo. En cambio, en el recurso de protección su plazo para interponerlo se limita a 30 días corridos contados desde la ejecución del acto

o la ocurrencia de la omisión que ocasionen privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de las garantías constitucionales protegidas.

3. Admisibilidad:

La denuncia en el procedimiento de tutela debe contener la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración que se alega e ir acompañada de los antecedentes en que se fundamente, existiendo un plazo de 5 días de enmienda por la omisión de algún requisito formal. La última reforma al autoacordado sobre la tramitación del recurso de protección desformalizó el contenido formal del recurso, morigerando el control de admisibilidad del mismo.

4. El supuesto de hecho.

El supuesto de hecho para la activación del procedimiento de tutela es una infracción que limite el pleno ejercicio de derechos laborales del empleador que sea un accionar injustificado, arbitrario o desproporcionado. Mientras que en el recurso de protección se puede oponer ante una acción u omisión arbitraria o ilegal que sea una privación o amenaza en el ejercicio legítimo de un derecho.

5. El Supuesto de Derecho.

El procedimiento de tutela sólo vela por los derechos del artículo 485 del Código del Trabajo. El recurso de protección puede oponerse contra cualquier acción u omisión arbitraria o ilegal que importe privación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

CAPITULO 14: DESVENTAJAS QUE PRESENTA LA ACCIÓN DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Esta acción presenta algunas desventajas y limitaciones en cuando a su ejercicio, entre las cuales tenemos:

Es incompatible su interposición con el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, como así lo señala el artículo 485 del Código del Trabajo, aunque esta acción constitucional denota una impropiedad para los objetivos que busca la acción de tutela.

Como se señaló anteriormente, hay algunos derechos fundamentales del trabajador tales como, el derecho a huelga o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que no están señalados dentro de los derechos fundamentales amparados por el procedimiento tutela laboral, siendo por ende, protegidos por el recurso de protección.

La acción tutela no puede acumularse con otro tipo de acciones que no sean laborales, o que siendo laborales tengan una tramitación especial, como por ejemplo sobre los actos discriminatorios por ser portador de VIH o SIDA. Sin perjuicio de ello, esta acción de tutela laboral si podrá interponerse junto con otras acciones de esta misma naturaleza siempre y cuando no esté expresamente prohibido, así será el caso de la acción por despido injustificado junto con la acción de tutela pero en subsidio de ella, esto por los principios de celeridad y concentración del procedimiento.

CAPITULO 15: JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.

15.1 Jurisprudencia administrativa de la dirección del trabajo.

La Dirección del Trabajo es un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dentro de sus atribuciones principales es la fiscalización e interpretación de la ley laboral.

La Dirección del Trabajo de oficio o a petición de parte podrá fijar el sentido y alcance de las leyes laborales a través de dictámenes. Y es que por medio de esta interpretación de la ley laboral, se establece la llamada “doctrina”, que se traduce en los criterios interpretativos uniformes en la aplicación de la legislación laboral.

15.1.1 Dictamen 2697 de 7 de Julio 2009 sobre el derecho fundamental a la vida privada y derecho libertad de trabajo.

Mediante la presentación de antecedentes por el Presidente y Secretario del Sindicato de Trabajadores de la Empresa VTR Global COM S.A. IV Región se solicita un dictamen sobre el documento "ANEXO DE CONTRATO DE TRABAJO SOBRE POLÍTICA DE CONFLICTO DE INTERESES", relativo a los posibles conflictos de intereses que pudiera generarse con los trabajadores de la empresa VTR GLOBAL COM S.A. en el desarrollo de sus labores.

Jurisprudencia: “...Que, a partir de la lectura de las normas recién transcritas, es posible formular las siguientes consideraciones:

1.- Se asume que la pretensión de normar el conflicto de interés del trabajador con los de la empresa, materializado en diversas directrices que persiguen dar cumplimiento a cierto ámbito ético jurídico del contrato de trabajo por parte de los trabajadores, de tal forma de prevenir conductas reprochables de éstos, emana del poder de dirección que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador.

2.- Que, en todo caso, cabe hacer presente que dada la naturaleza del anexo de contrato de trabajo recién transcrito, esto es, un conjunto de directrices que el empleador imparte a ciertos trabajadores a efecto de resolver los eventuales conflictos de intereses que pudieren darse, el instrumento normativo idóneo dispuesto por el legislador para tal efecto es el Reglamento Interno de Orden de la empresa. En efecto, se tratan aquéllas, de un conjunto de obligaciones impuestas al trabajador por parte de su empleador, vinculadas a un cierto orden ético jurídico que persigue el empleador, sin que éste adquiera obligaciones para con aquél, como sucede con las normas típicamente contractuales. Por lo anterior y en tanto obligaciones a las que han de estar sometidos los trabajadores, deberá incorporarse a dicho Reglamento por así ordenarlo el artículo 154 N°5 del Código del Trabajo, conciliándose, así, los intereses del empleador, al reconocérsele la facultad para normar y disciplinar en lo que a orden se refiere la actividad de los trabajadores, con los derechos de los trabajadores a exigir el respeto a los límites que a tales órdenes impone el ordenamiento jurídico laboral, efecto de lo cual lo constituyen la necesidad que los medios de control sean idóneos (artículo 154 inciso final del Código del Trabajo), la mantención de la reserva por parte del empleador, de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (artículo 154 bis CT), el derecho a recibir un ejemplar gratuito del Reglamento Interno (artículo 156 CT) y a impugnar sus disposiciones (artículo 153 CT), teniendo en cuenta siempre que uno de los límites del ejercicio de cualquier facultad

que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador habrá de respetar el ejercicio de los derechos constitucionales de sus trabajadores.

3.- Que, algunas de las obligaciones contenidas en el anexo transcrito por su propia naturaleza, pueden llegar a colisionar con el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores a quienes se dirigen, especialmente en lo que dice relación con el derecho a la intimidad y la libertad de trabajo.

4.- Que, el artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo, dispone *"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos."*

5.- Que, en el caso en comento, la colisión entre el ejercicio de las potestades del empleador materializado en las instrucciones en comento y los derechos constitucionales de los trabajadores afectados, no se encuentra resuelta expresamente por el legislador.

6.- Que, tal como se reconoce en doctrina y en la jurisprudencia judicial comparada y nacional (así, en este último caso, sentencia del Juzgado del Trabajo de Copiapó de 15.09.2008, RIT T-1-2008), así como la propia jurisprudencia administrativa (contenida, entre otros, en dictamen Nº2.856/162, de 30.08.2002) en caso de no existir una norma que resuelva dicho conflicto, habrá de resolverse en un análisis casuístico en base al denominado "principio de proporcionalidad", que se materializa en tres sub principios, a saber:

a) El "principio de la adecuación": El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto.

b) El "principio de necesidad": Este exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y

c) El "principio de proporcionalidad en sentido estricto": Por éste, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción. Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto⁶².

7.- Que, sin perjuicio del análisis que corresponda en su oportunidad hacer a partir de la aplicación de tales directrices, cabe formular las siguientes observaciones al referido anexo contractual:

a.- Resulta contradictorio que se asuma como un conflicto de intereses el "participar en cualquier situación académica, hacer publicaciones y/o presentaciones donde se pudiera producir un eventual conflicto de interés" y que ello motive, en forma previa la necesaria comunicación al Comité creado para tal efecto por el empleador y la autorización de éste, con la respuesta

⁶² RUIZ Ruiz Ramón. La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española., **Revista Telemática de Filosofía del Derecho** (Nº10): 53-77 p. 2006

que se da en el documento singularizado como "Preguntas y Respuestas de: Conflicto de Intereses en VTR". En efecto, frente a la pregunta (formulada hipotéticamente) "me han ofrecido ejercer la docencia universitaria ¿puedo aceptarlo?", se responde: *"No existe conflicto de intereses en participar como docente, realizar publicaciones y/o presentaciones siempre y cuando no utilice información confidencial de la empresa para efecto de realizar sus actividades docentes."*

Ahora bien, el que se obligue a los trabajadores a informar, entre otras circunstancias, el hecho de participar en cualquier situación (léase actividad) académica, ciertamente que limita la libertad de desarrollar actividades docentes al someterlas a un estatuto ajeno a las mismas que excede, por lo mismo, de los contornos del contrato de trabajo y del respeto al derecho a la libertad de trabajo, que supone reconocerle a toda persona el derecho constitucional para buscar, escoger, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley⁶³.

b.- La comisión creada por el empleador para hacer operativo el anexo de contrato en comento (por medio de la recepción de los informes de los trabajadores por presuntos conflictos de interés y de la aprobación escrita del camino a seguir), denominado Comité de Ética de VTR deberá necesariamente encontrar como límites a su actuación ya no tan sólo los derechos constitucionales sustanciales ya aludidos, sino también en el derecho al debido proceso en su faz adjetiva o formal, que supone el respeto a los principios y derechos que les han de corresponder a los trabajadores que deban acudir a tal Comité en cumplimiento de lo obligado por el señalado anexo contractual, entre los cuales ha de contarse el derecho a ser oídos, así como a defenderse adecuadamente y a que la resolución adoptada por el

⁶³ EVANS de la Cuadra, Enrique. Los derechos constitucionales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1986. 950 p.

Comité sea debidamente fundada, evitando con ello que la decisión del Comité resulta arbitraria, no razonada o desproporcionada.

c.- Que, a modo de especificación de uno de los puntos abordados en el párrafo anterior, cabe hacer presente que el Comité de Ética, en el entendido inequívoco que representa al empleador en su actuar, deberá respetar los derechos constitucionales de los trabajadores sometidos a su actuar, en especial, por la naturaleza de las obligaciones a que se refiere el anexo de contrato de trabajo, en lo relativo al respeto y protección de la vida privada, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental y respecto del cual, deberá tenerse en cuenta lo siguiente.

La vida privada, objeto de protección por este derecho, ha sido definida como *"el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo."*⁶⁴

Congruente con la protección que el constituyente brinda a la vida privada, la Ley N°19.628 ("Sobre protección de la vida privada", D. O. 28.08.1999) ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4°inc.1°), entendiéndose por datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (art. 2°f). Asimismo, se sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles (según el art. 2°g, lo constituyen aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos

⁶⁴ CEA Egaña José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2004. 733 p.

personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.) salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. (art. 10º)

Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara este derecho, además de la referencia que se hace en el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, que, al disponer que el empleador "*deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral*" (artículo 154 bis del mismo cuerpo legal) y, al consignar que la empresa usuaria "*deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.*" (Artículo 183 Y del mismo código).

Se ha sostenido en doctrina que, "el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del "principio de proporcionalidad" o "necesario equilibrio" entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional. En particular, la instalación y empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte "*justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada.*"⁶⁵

⁶⁵ PALOMEQUE López, Manuel y ÁLVAREZ de la Rosa, Manuel. Derecho del Trabajo, 10ª ed. Madrid, España. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. 964 p.

Asimismo, la jurisprudencia de este Servicio, también ha sostenido, refiriéndose a una cláusula contractual que exige del trabajador una "conducta personal intachable", que *"tales comportamientos sólo podrían pactarse a condición que los mismos importen un comportamiento estrictamente laboral, en consideración a la naturaleza de los servicios contratados. En efecto, tales exigencias conductuales de los trabajadores pueden incorporarse al estatuto jurídico individual como conductas de carácter laboral, al estar vinculadas directamente con el desempeño del servicio contratado, no siendo jurídicamente procedente, en consecuencia, establecer como obligación contractual otras conductas personales, ámbito que el contrato de trabajo no puede entrar a regular sin arriesgar infringir la protección de la vida privada garantizada constitucionalmente."*⁶⁶

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales citadas y doctrina institucional y de autores tenida en cuenta, cúmplame informar a Uds. que, sin perjuicio del análisis que corresponda en su oportunidad hacer a partir de la aplicación de las directrices contenidas en el Anexo de Contrato de Trabajo sobre Política de conflicto de intereses, cabe formular las siguientes observaciones al referido anexo contractual:

1.- Resulta del todo desproporcionado que se limite a los trabajadores de VTR Globalcom S.A., afectos al anexo de contrato de trabajo sobre política de conflicto de intereses el derecho que tienen como personas dotadas de ciertas aptitudes y conocimientos, a desarrollar actividades docentes y hacer publicaciones asociadas a éstas, cubiertas todas por la libertad de trabajo que garantiza la Constitución.

⁶⁶ Dictamen N°5.516/326 de 04 de noviembre de 1999.

2.- La comisión creada por el empleador para hacer operativo el anexo de contrato en comento (por medio de la recepción de los informes de los trabajadores por presuntos conflictos de interés y de la aprobación escrita del camino a seguir), denominado Comité de Ética de VTR deberá necesariamente encontrar como límite a su actuación, no tan sólo los derechos constitucionales sustanciales ya aludidos, sino también el derecho al debido proceso en su faz adjetiva o formal, que supone el respeto a los principios y derechos que les han de corresponder a los trabajadores que deban acudir a tal Comité en cumplimiento de lo obligado por el señalado anexo contractual, entre los cuales ha de contarse el derecho a ser oídos, así como a defenderse adecuadamente y a que la resolución adoptada por el Comité sea debidamente fundada, y

3.- El Comité de Ética, en el entendido inequívoco que representa al empleador en su actuar, deberá respetar los derechos constitucionales de los trabajadores sometidos a su actuar, en especial, por la naturaleza de las obligaciones a que se refiere el anexo de contrato de trabajo, en lo relativo al respeto y protección de la vida privada, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental.

15.1.2 Dictamen 3448 de 12 de septiembre 2001. El derecho a la no discriminación.

La Agrupación de Profesionales Cesantes junto con Dicom de Temuco, consultan si es legal que los empleadores exijan un certificado de la empresa Dicom como requisito para contratar a un trabajador y, en los casos que se tiene un empleo, como requisito para conservar éste.

Jurisprudencia: "...el constituyente incorpora en nuestra Carta Fundamental –como garantía constitucional- el principio de la libertad de

trabajo, en términos tales que *"prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"* (artículo 19 N° 16 de la Constitución Política).

Como es sabido, el constituyente establece como pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que emanan de ella, directriz constitucional esencial que se consagra en los artículos 1º, 5º inciso 2º y 19º numeral 26 de nuestra Carta Fundamental. A su vez, el constituyente de 1989, para vincular más estrechamente el desarrollo de nuestro ordenamiento interno con el estado y evolución de la comunidad jurídica internacional, elevó la jerarquía de los tratados internacionales, y agregó al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, el acápite siguiente: *"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"*. Es decir, los órganos estatales asumen un rol activo no sólo respetando los derechos fundamentales, sino sobre todo, promoviéndolos. Y estos derechos son todos aquellos garantizados por la Constitución, pero también, todos aquellos garantizados por los tratados internacionales *"ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

Es por esta vía, que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Chile y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989. Este instrumento refuerza *"la libertad de trabajo como derecho fundamental"* consagrado por nuestra Constitución, pero además y es lo innovador en esta materia- precisa e individualiza determinadas *"causales"* a las que atribuye expresos efectos discriminatorios y transgresores de la garantía constitucional de la libertad de trabajo. Estas *"causales o circunstancias"* de discriminación, exclusión o preferencia que contempla este Pacto, a su turno, incrementan y

enriquecen aquellas que tienen su origen en la legislatura nacional, que son, a saber: *"raza, color sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social"* (actual artículo 2º inciso 2º del Código del Trabajo).

En efecto, el inciso N° 1 del artículo 6 de este Pacto, precisa *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho"*. Y, para garantizar la eficacia de este derecho fundamental, este Pacto deja establecido en el N° 2 del artículo 2 del mismo, la calidad de garantes de los Estados Partes, los que deberán asegurar que este derecho se ejerza *"sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

En estas condiciones, se colige de las normas precedentes, que la Constitución consagra el principio y la garantía constitucional de la libertad de trabajo, prohibiendo toda discriminación que no tenga como base la idoneidad o capacidad personal para desempeñar un empleo, y complementariamente, el citado instrumento internacional enuncia y describe hipótesis de discriminación precisas y determinadas, que incrementa y enriquece el elenco de causales de discriminación de nuestro ordenamiento interno, sin perjuicio que, además -como cierre de esta enumeración añade una fórmula genérica, *"cualquier otra condición social"*. Este sistema que equilibradamente garantiza un derecho y a la vez anticipa y describe hipótesis de transgresión al mismo, permite, a quien interpreta y aplica el derecho, calificar con mayor amplitud que un hecho, circunstancia, calidad o condición, resulta atentatoria a la libertad de trabajo.

Ahora bien, conforme a los principios de supremacía constitucional y vinculación directa contenidos en el artículo 6º de la Constitución Política del Estado, y las normas de rango constitucional analizadas, esta Dirección del Trabajo debe, en consecuencia, emitir una opinión sobre la constitucionalidad y legalidad de exigir al postulante a un empleo o al dependiente con contrato de trabajo vigente, la presentación de un certificado de la empresa Dicom, máxime si conforme al actual inciso 4º del artículo 2º del Código del Trabajo, *"Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios"*.

Tal es el sentido de la doctrina de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, cual es, *"servir de pauta de comportamiento de los individuos en sus relaciones y no simplemente de ser un elemento interpretativo del Derecho privado"*⁶⁷. Desde luego, en concepto de esta Dirección, exigir como parte del ritual de selección al postulante a un empleo o como requisito de permanencia en éste, la obligación de acompañar un certificado de Dicom, implica incorporar al proceso de selección de personal una exigencia arbitraria y caprichosa que no consulta la ley, y que, por lo mismo, perturba la referida garantía constitucional de libertad de trabajo. Esta misma objeción jurídica es válida en el caso que se haga depender la conservación del empleo a esta inconsulta certificación. Sin duda, una empresa cuyo giro consiste en recibir, administrar y certificar información específica del ámbito financiero y comercial no se encuentra en condiciones de aportar antecedentes útiles y pertinentes sobre *"la capacidad o idoneidad personal"* del aspirante a un empleo o de un actual dependiente, que es la exigencia que precisa la Constitución y la ley. Y más específicamente, en cuanto al fondo, esta carga como se le ha denominado a esta certificación, de acuerdo al artículo 2 N° 2 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, significa una

⁶⁷ BILBAO Ubillos, José María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Boletín de la Dirección del Trabajo. Mayo 2001. 17 p.

definida y nítida causal de discriminación. Efectivamente, al discernir y decidir el empleador sobre el postulante a un empleo o sobre la conservación de éste, lo hace sobre la base de un certificado en que constan hechos que dan cuenta de la posición económica del aspirante o trabajador, al proporcionar información sobre el grado y capacidad de cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras. Y como se ha dicho, es discriminatorio e indebido erigir la posición económica como factor dirimente de la postulación a un trabajo o de la conservación de éste.

En definitiva, de lo que se trata, es de sopesar equilibradamente los intereses en juego, en el sentido sistémico y finalista que aconseja la interpretación constitucional. Así, la certificación de Dicom analizada, que lejanamente se sustenta en el derecho fundamental de propiedad que el empleador tiene sobre su empresa, razonablemente debe ceder ante el derecho fundamental a la libertad de trabajo, que como se ha visto en el caso en análisis, sufre una amenaza inmediata y directa.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones de rango constitucional y normas legales invocadas, cúmpleme manifestar a Uds. que es ilícito exigir certificaciones de la empresa Dicom para postular a un trabajo, como asimismo, es igualmente ilícito que la conservación de un empleo quede sujeta a certificaciones provenientes de dicha empresa o de otras de similar giro...”

15.1.3 Dictamen 1187 de 10 de marzo de 2010. Principio de no discriminación. Igualdad de remuneraciones.

Mediante presentación de don Carlos Sánchez Moreira, de Komatsu Chile. Se ha solicitado un pronunciamiento de Dirección del Trabajo acerca de

las materias relacionadas con la aplicación de la Ley N°20.348, que regula el derecho de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres.

Jurisprudencia: "... En relación a la consulta signada con este número, cabe tener presente que el artículo 62 bis del Código del Trabajo, agregado por el artículo 1° de la Ley N°20.348, que Resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones, publicada en el Diario Oficial del 1906 2009, dispone:

"El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en la remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa".

De la disposición legal precedentemente transcrita es posible inferir que el empleador se encuentra obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que desarrollen un mismo trabajo, no considerando que sean arbitrarias aquellas diferencias que pudieran producirse en las remuneraciones fundadas en razones de capacidad, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

De la misma norma se infiere que una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa, las denuncias que pudieran realizarse sobre la base de

este precepto, se deben sustanciar en conformidad al procedimiento de tutela laboral contemplado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. ...En ese contexto, agregó, toda infracción a estas normas dará lugar a un procedimiento tutelar de los derechos fundamentales, lo cual constituye toda una innovación en nuestra legislación laboral. La acción de tutela resguarda el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, entre los cuales se encuentra, precisamente, el de la no discriminación. En consecuencia, en el nuevo procedimiento laboral se contempla un mecanismo de protección de estos derechos y al alero del mismo quedarán sujetos los casos de discriminación de que aquí se trata.”...Ahora bien, tanto del tenor literal de la norma en comento, como de la historia fidedigna de la ley revisada en los párrafos que anteceden, resulta posible concluir, en primer término, que el objetivo de la ley que incorporó este artículo en el Código, es eliminar situaciones de discriminación que puedan afectar a las mujeres, en razón de género, en el ámbito remuneracional.

De la misma forma, es dable deducir que la disposición en estudio impone el principio de igualdad de remuneraciones sólo entre hombres y mujeres y no comprende tal igualdad entre personas del mismo sexo.

Asimismo, del precepto en análisis es posible colegir que el empleador ante un mismo trabajo que sea desempeñado por un hombre y una mujer, se encuentra obligado a dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre ambos.

En relación al derecho a la no discriminación y al principio de igualdad, es necesario tener presente la doctrina sustentada por este Servicio sobre el particular, entre otros, en Ordinario N°3704/134, de 11-08-2004, que señala “Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y

derechos”; y el artículo 19 N°2 que: “La Constitución asegura a todas las personas: N°2 La igualdad ante la ley” La Constitución Política efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, conformándose de esta manera, una verdadera “trilogía ontológica”⁶⁸ que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (Ord. N°2856/162, 30.08.2002).

Dicho principio inspirador y modelador de nuestra convivencia nacional es recepcionado, con individualidad propia según se verá, en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a la no discriminación. El artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

Se reconoce el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental y como tal en una expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana y en “una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”.

De esta manera el derecho a la no discriminación se constituye en un verdadero derecho subjetivo “en tanto ampara y tutela los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero status jurídico para los mismos, irrenunciable e irreductible” (Ord. 2856/162, 30.08.2002).

⁶⁸ NOGUERIA Alcalá, Humberto. Dogmática Constitucional. Talca, Chile. Editorial Universidad de Talca. 1997. 380 p.

Por su parte, en el plano infra constitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

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

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

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

Así, su categorización como derecho fundamental otorga al derecho a lo no discriminación un contenido preciso e ineludible, propio de este tipo de garantías, al constituirse en límite a los poderes empresariales. Este mismo pronunciamiento expresa “la noción de igualdad supone la ausencia de arbitrariedad, es decir, el trato injustificadamente desigual, admitiendo en

consecuencia, tratos desiguales a condición de que encuentren una razonable justificación”.

Cabe tener presente, a la vez, lo sostenido en Ordinario N ° 2210/ 035, de 05-06-2009, de este Servicio, respecto al principio de igualdad en comento, a saber “El principio de igualdad ha de entenderse contenedor de un contenido múltiple, al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisión de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, y, finalmente, la prohibición de la discriminación, lo que supone la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad”.

En otras palabras el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles. Así, la norma en análisis establece que no serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad responsabilidad o productividad.

Ahora según el principio de hermenéutica legal establecido en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, la primera regla de interpretación nos lleva a aplicar el principio gramatical, según el cual, el sentido que debe darse a las palabras no es otro, según lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada de nuestros Tribunales, que aquel que le es asignado al vocablo por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, texto que a la voz de “capacidad” asigna el significado de “aptitud, el talento o la cualidad que

dispone a alguien para el buen ejercicio de algo”. Asimismo, el Diccionario citado asigna a la palabra “calificación” el significado de “acción y efecto de calificar” y “calificar”, a la vez, es “apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o algo”.

Por su parte, el vocablo “idoneidad”, según el mismo diccionario es “cualidad de idóneo” e “idóneo” es “adecuado y apropiado para algo”. A la vez, “responsabilidad” es “cualidad de responsable” y “responsable” dicho de una persona: “que pone cuidado y atención en lo que hace o decide”. Finalmente, el vocablo “productividad”, según el aludido diccionario es “cualidad de productivo” y “productivo” “que tiene virtud de producir” y en otra acepción, es “que es útil y provechoso”.

Este precepto reconoce, de esta forma, la posibilidad de que ante iguales funciones desempeñadas por un hombre y una mujer, pueda asignarse remuneraciones distintas, fundándose en criterios objetivos, como pueden ser la aptitud, el talento o la cualidad de que disponga un trabajador para desempeñarse en una determinada labor, el cuidado, atención y esmero que coloque en su trabajo, el rendimiento que tenga en él, etc.

Continuando con el análisis del artículo 62 bis, el inciso 2º de este precepto establece que las denuncias que se realicen invocando esta norma, se deben sustanciar en conformidad al procedimiento de tutela laboral contemplado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, una vez concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa...”⁶⁹

⁶⁹ Ver texto completo en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-97655.html>

15.2 Jurisprudencia judicial sobre la tutela de los derechos fundamentales.

15.2.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador. Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto. RIT T-1-2009.

Con fecha 09 de diciembre de 2009, doña Antonella Barba Rodríguez, abogado, en representación de doña Amada Beatriz Astorga Guajardo, profesora, interpone demanda en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, mobbing o acoso laboral y cobro de prestaciones, señalando; que ocurrió un cambio de funciones de la actora con menoscabo del trabajador, infracción al ius variandi y situación de acoso laboral, ya que ha sido objeto de diversos menoscabos hasta concluir en un cambio de sus funciones, con una consecuente rebaja de sus remuneraciones, además de una falta de lugar de trabajo, ya que no cuenta con un espacio donde funcionar el equipo de gestión (sus funciones). Razones por las cuales se ven vulnerados sus derechos, estos son principalmente la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, entre otros, ello con ocasión de discriminación, maltrato, desigualdad y daño psicológico.

Jurisprudencia: "...DÉCIMO SEXTO: Que ha consecuencia de lo expresado en los considerandos anteriores, la demandante de autos doña Amada Beatriz Astorga sufrió un grave menoscabo emocional, ya que se vio degradada, humillada como profesional y como persona, entre otros, lo que la llegó a una baja en su autovaloración, seguridad, a la angustia, baja en su honor, conduciéndola incluso a consultar un profesional, a fin de pedir ayuda frente a éste cuadro de hostigamiento laboral. Y principalmente, en mérito de la prueba pericial rendida por la demandante, en que se indican con detalle, los cuadro vividos por la demandante, su sufrimiento, depresión, maltrato psicológico, frustración, los que señala la profesional señorita Gallardo, tajantemente que se deben a su dificultosa relación laboral, y no como dice la

demandada a los problemas familiares que ésta tendría. Que teniendo presente, que la indemnización por daño moral no está establecida en nuestra legislación como una pena o sanción para el empleador negligente, sino que como una compensación al trabajador que ha sufrido un daño, y estando ésta acreditada por la prueba pericial de autos, donde se acredita el nexo causal entre el hostigamiento laboral y el cuadro depresivo de la demandante, no se tendrá más que acceder a dicha solicitud.

Sin embargo, según se dijo, las lesiones psíquicas ocasionadas a la demandante, le han causado daño moral, el cual se valora teniendo en consideración la forma en que se produjeron, los sufrimientos ocasionados, el tratamiento que implica su recuperación, para lo cual es como bien dice la perito se debe realizar un tratamiento con la demandante, a fin de mejorarse completamente, y por lo demás, fijando el monto de la indemnización en la suma de cuatro millones de pesos (\$ 4.000.000), más los reajustes e intereses que se dispondrán...”;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, analizada la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, éste tribunal ha llegado a la convicción que:

La demandante doña Amada Beatriz Astorga Guajardo fue vulnerada en sus derechos fundamentales, es decir, en su integridad síquica, a raíz del hostigamiento laboral de que fue objeto y acreditada en el presente juicio, con el consecuente menoscabo en su salud síquica, valoración de sí misma, llevándola a una depresión producto de aquello. Lo que fue probado con la prueba rendida ya expuesta y detallada en esta sentencia, y sin dejar de lado la inspección personal de ésta juez, que hizo en el lugar en cuestión, en la comuna de San José de Maipo, donde se pudo corroborar la efectividad de que la demandante no tenía funciones claras a desarrollar, no contaba con un lugar físico donde desarrollar sus funciones; luego de su licencia médica la

habían cambiado de funciones y rebajado sus remuneraciones, argumentos por los cuales se accederá a las solicitudes planteadas por la demandante, y por consecuente se desestimará lo planteado por la demandada, conforme a los antecedentes ya mencionados.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en el artículo 87 del estatuto docente, los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11,12, 63, 87, 184, 432, 446, 453, 454, 485 y siguientes del Código del Trabajo, y artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

I.- Que se acoge la demanda de autos interpuesta por don Fernando Torres Astorga en representación de doña Amada Beatriz Astorga Guajardo, en contra de la Corporación Municipal de San José de Maipo, declarándose en consecuencia la existencia de vulneración de garantías fundamentales establecidas en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y el artículo 2 del Código del Trabajo.

II.- Que se ordena en éste acto el cese inmediato por parte de la demandada en su actuar antijurídico, bajo el apercibimiento del artículo 492 del Código del Trabajo.

III.- Por lo que deberá la demandada:

1.- Reincorporar de manera total e inmediata a las funciones que desarrollaba la demandante ante de la comisión de los hechos, es decir, antes de abril de 2009, con la remuneración total de dicha función.

2.- Dar un tratamiento psicológico y psiquiátrico.

3.- Dar Excusas públicas en un medio de circulación nacional por la conducta discriminatoria, arbitraria, ilegal, desidiosa y carente de preocupación mostrada en este caso.

4.- Entregar por concepto de daño moral la suma de \$ 4.000.000.-...”

15.2.2 El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador. Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT T-45-2009.

Comparece doña Mónica Isabel Melo Soto, secretaria, , quien demanda en procedimiento de tutela laboral a COMERCIAL COMPU-PRINT LIMITADA, fundado en que durante la relación laboral con la demandada se le vulneraron sus derechos en su esencia, a través de diversos actos que constituyen un ejercicio abusivo por parte de su empleadora del poder de dirección, que tiene como consecuencia directa e inmediata su humillación colocando en entredicho no sólo la calidad de trabajo y profesionalismo sino su dignidad de persona al punto de resultar una perturbación de su integridad física y su derecho a la honra.

La demandante en acto seguido solicita que se declare vulnerado sus derechos fundamentales reconocidos y amparados por la legislación laboral, específicamente el derecho a la vida e integridad física y psíquica, el derecho a la honra con ocasión de los hechos y circunstancias que rodearon el término de la relación laboral y de manera subsidiaria que se declare que el despido fue indebido.

Jurisprudencia: “...NOVENO: El orden jurídico laboral, en un proceso de progresivo reconocimiento pleno y posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales de las relaciones de trabajo, ha

evolucionado recientemente desde el expreso reconocimiento de la función limitadora que cumplen tales derechos respecto de las potestades que el mismo ordenamiento reconoce al empleador para dirigir, organizar, y regular la actividad empresarial hasta una fase de garantía plena de tales derechos. En tal evolución se reconoce una fase de afianzamiento o reconocimiento de tales límites con las normas que introduce primero la reforma de la ley 19.759 a los artículos 5 y 154 del Código del Trabajo. Las primeras normas ponen a la dignidad de la persona del trabajador como eje central del trato respetuoso que debe presidir las relaciones del trabajo, en el marco de una relación de poder asimétrica y factible de desbordarse, desde el ejercicio de las potestades legales del empleador, lesionando los derechos fundamentales de la parte más débil de la contratación.

El inciso tercero del artículo 2° señala que *“Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”* El inciso primero del artículo 5° prescribe que *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”*

Resulta evidente que, por sus características, el método que se utilizó para imputar una sustracción de dinero a la actora carece de rigurosidad. La demandada esgrime una justificación para la realización de la medida pero ésta, en la forma en que se ha llevado a cabo, dada su manifiesta disociación con la esfera legítima que el ordenamiento reserva al ejercicio de las potestades empresariales, no resiste el test de la finalidad lícita y por lo mismo, el de idoneidad (la relación medio-fin que éste supone, y que exige que el primero se configure bajo una conducta amparada por el derecho), al configurarse como un procedimiento sin bases claras que dieran cuenta de la ilicitud en el flujo normal y corriente de dineros que manejaba la actora. No puede desatenderse en este punto del análisis, que el fundamento último de la

acción de la empleadora (la causa que esgrime para justificar su conducta) dice relación con la gravedad que representa para la empresa la pérdida de cerca de un millón de pesos y la posibilidad que le dio ésta a la actora a fin de devolver los dineros, sin embargo aquel se desarrolló en un proceso interno carente de información, bilateralidad, rigurosidad, exactitud, coherencia con el manejo de dineros, instrucciones o documentos, con presiones indebidas y atemorizantes, sin recurrir a la conducta que le hubiere permitido alcanzar una finalidad similar, una prolija y bien informada investigación interna seria, respetando el principio de inocencia, sin afectar los derechos fundamentales.

La infracción al deber de generalidad en la aplicación de la medida no impone mayor análisis, desde que es claro que la medida se dirige determinada y específicamente sobre quién aparece como sospechosa y responsable en la pérdida del dinero.

Finalmente, la última exigencia legal, aquélla que exige la subordinación de toda medida al imperativo de respeto a la dignidad del trabajador permite abordar, de lleno al específico análisis acerca de la lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

Hay lesión de *garantías* fundamentales señala la norma del inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo *“cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”*. Que la arbitrariedad manifiesta se refleja en la inexactitud de los montos supuestamente apropiados, no es posible que la imputación efectuada no señale un monto determinado y concreto.....” Que los hechos acreditados en el proceso contienen suficientes referencias a la forma cómo se investigaron las cosas y que por su pura forma de ejecución tiene aptitud suficiente para concluir que se ha afectado gravemente la integridad psíquica de la actora, en los hechos causó aflicción, desasosiego,

angustia, nerviosismo, refrendado el estado anímico, por la testigo de la demandante, constatado por esta propia Juez al momento de ser interrogada por la contraria.

Finalmente en relación con el derecho previsto en el número 4 del artículo 19 de la Carta fundamental, que en la demandada se postula como un atentado contra su vida privada y honra personal, es preciso volver brevemente a la cuestión fáctica para recordar algunas cuestiones necesarias.

No se ha discutido la labor desempeñada por la actora durante el tiempo que duró esta relación laboral, la misma ha hablado de confianzas, al acompañar al tener mandato para retirar la cuenta corriente de su ex empleador, que de hecho, no se habían producido jamás entredichos entre las partes relativas a dinero e incluso ésta se refiere al Gerente General como una persona tranquila, pacífica, que fue lo que la llevó también atemorizarse “en la entrevista que ambos tuvieron a puertas cerradas.

Respecto del procedimiento de investigación, de lo informado en la carta de despido e incluso la forma en que se ha contestado la demanda en la especie son por cierto seriamente lesivos de la honra del actor, más aún si el resto de los miembros que forman aquella comunidad laboral se encontraban al tanto de lo sucedido Encuadrado en la norma del artículo 489 del Código del Trabajo, como un caso de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, las indemnizaciones previstas en el inciso tercero de la norma, son procedentes...”;

DECIMO PRIMERO: Que la indemnización compensatoria del daño extra patrimonial que se demanda bajo el rótulo de *daño moral* será desestimada únicamente por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio de la lesión de

los bienes extra patrimoniales anotados, sin perjuicio de lo que pueda decirse en otros casos a la luz del principio general del derecho que impone la reparación integral del daño, cuando la tarifa legal pueda impresionar como manifiestamente insuficiente...”

DECIMO TERCERO: La prueba analizada lo ha sido conforme a las reglas de la sana crítica. La restante prueba no contiene información que contradiga aquellos hechos asentados por los medios que se han tenido en consideración para fijar los hechos.

De acuerdo a las consideraciones antedichas, normas citadas y teniendo en vista además lo que disponen los artículos 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Preámbulo y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, Número 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 5, 6 inciso segundo, 19 de la Constitución Política de la República; 1, 2, 5, 7, 41, 420, 425, 432, 454, 455, 456, 459, 445, inciso primero, 485, 486, 490, 491, 493, 495 y 506 del Código del Trabajo se declara que:

I.- Se hace lugar a la demanda declarándose que la demandada COMERCIAL COMPU-PRINT LIMITADA vulneró la dignidad del demandante, su honra e integridad psíquica con ocasión del despido de que fue objeto el 2 de octubre de 2009, en la investigación de 30 de septiembre de ese año que sirve de sustento a la exoneración...”

15.2.3 La libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias religiosas y el ejercicio de todos los cultos. Sentencia Tribunal Constitucional de España. ROL 38/2007.

Doña M.C.G.M. había venido prestando servicios como profesora de religión (educación infantil y primaria), a propuesta del Obispo de Canarias, en diversos centros escolares públicos, desde el curso académico 1990/1991. En octubre del año 2000 se le comunicó que no se le formalizaría nuevo contrato, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. La Sra. G.M. interpuso ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria demanda de tutela de derechos fundamentales contra el Ministerio de Educación y Ciencia, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Obispado de Canarias. Se invocaba la lesión del principio de igualdad y del derecho a la intimidad personal, la libertad de religión.

Jurisprudencia: "...En este punto es de recordar que el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del art. 2 LOLR, según el cual "para la aplicación real y efectiva de estos derechos los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar... la formación religiosa en centros docentes públicos..." "...El derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las

confesiones religiosas se realice por las personas que las profesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido. Sin embargo, por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las profesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional...” “...En realidad, el eventual conflicto con la Constitución del sistema considerado se produciría por la vulneración únicamente del art. 14 CE, en relación con los arts. 9.3 y 103.3 CE, al tratarse de contratos laborales, en los que, como ha declarado en diversas ocasiones este Tribunal, no se aplica el art. 23.2 CE (por todas, SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; y 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2), y constituir la religión uno de los motivos de discriminación expresamente vedados por el art. 14 CE. Por ello, el análisis de la cuestión planteada habrá de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE, recordando a este respecto que su vulneración “la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 5; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)” (STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)...” “...Se trataría así de determinar si la contratación laboral por las Administraciones educativas de los profesores de religión, al venir

condicionada por la previa declaración eclesiástica de idoneidad, vulneraría el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, discriminando a los posibles candidatos en función de criterios religiosos...”⁷⁰

15. 2. 4 La libertad de emitir opinión y la de informar sin cesura previa. Sentencia Tribunal Constitucional de España. ROL 020-2002.

El recurrente presenta en primera instancia demanda por despido nulo o improcedente aduciendo que se le había despedido de la empresa como consecuencia del ejercicio de su legítimo derecho a discrepar con las autoridades de la empresa al emitir opiniones críticas en contra de ellas. La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid. Frente a la anterior resolución judicial la parte actora interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso que fue rechazado. Contra la anterior Sentencia, el recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por último interpone el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Jurisprudencia: “...invoca el actor la vulneración de su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE) alegando que las manifestaciones críticas dirigidas al presidente de Argentaria, S. A., en un foro ajeno al trabajo se convirtieron en el único elemento justificante de su despido. Siendo esta la pretensión de la demanda de amparo nos corresponde, como Tribunal de garantía o tutela de los derechos fundamentales, efectuar la ponderación del derecho que el recurrente estima vulnerado y de las

⁷⁰Ver texto completo en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9199>.

circunstancias concurrentes en su ejercicio, al objeto de determinar si tuvo lugar dentro de su ámbito legítimo, constitucionalmente protegido frente al poder disciplinario empresarial, y si las limitaciones establecidas por los órganos judiciales están constitucionalmente justificadas (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; y 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2). Y aunque, en principio, tal ponderación deben hacerla los órganos judiciales, nuestro enjuiciamiento, cuando de la infracción de derechos fundamentales sustantivos se trata, no se limita a examinar la razonabilidad de la motivación de las Sentencias objeto de impugnación (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 134/1999, de 15 de julio FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 112/2000, de 7 de junio, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3), sino que alcanza a comprobar si se ha realizado una ponderación adecuada «que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental aquí en juego y de las obligaciones que puedan modularlo. Juicio que permitirá determinar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reacción empresarial que condujo al despido es legítima o, por el contrario, el trabajador fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo.

Hemos de examinar, en consecuencia, si en el presente caso el recurrente en amparo hizo un uso legítimo de su derecho fundamental de libre expresión al emitir sus críticas contra el presidente de Argentaria, S. A., durante la celebración de la Junta General de Accionistas, en cuyo caso, la sanción de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual habría vulnerado aquel derecho fundamental y también las Sentencias impugnadas en la medida en que no repararon la lesión, o si, por el contrario, sus manifestaciones fueron inapropiadas, en la forma o en el fondo, excediendo los límites constitucionalmente admisibles, y, en su consecuencia, fue proporcionada y adecuada la medida disciplinaria adoptada por la empresa...” “...según jurisprudencia consolidada, el derecho a la libertad de

expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental. "...Pues bien, planteándose nuevamente ante este Tribunal la cuestión relativa a la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación de trabajo, se hace preciso recordar que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). Es cierto que tanto el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), como el derecho a la información (art. 20.1.d CE), revisten matices específicos cuando su ejercicio se realiza en el ámbito de la relación laboral, pues la buena fe o la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual que les une actúa como límite adicional a ese ejercicio. Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de

ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Sin embargo, esto no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales. Por este motivo, es preciso que en casos como el presente, los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin. “...Hemos dicho que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1.a CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Y hemos distinguido entre «personaje público», categoría reservada únicamente a todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público...” “...el derecho de libre expresión no permite que la crítica pueda ir acompañada de expresiones formalmente injuriosas o que se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación resulte innecesaria para hacer uso de ese derecho de participación social, pues, pese a la notoriedad pública de la persona frente a la que se dirige la crítica u opinión o revelación adversa, que puede alcanzar una mayor intensidad que la dirigida frente a aquellas personas privadas sin vocación ni proyección pública, aquélla, como es obvio, no carece de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas. Lo que no implica que se pueda silenciar o

recriminar a quienes emiten sus opiniones, comentarios o críticas sobre su actuación gestora, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión...”⁷¹

⁷¹ Ver texto completo en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7747>

CONCLUSION

De lo expuesto en esta memoria, se debe concluir que los derechos fundamentales de los trabajadores tienen como finalidad favorecer el desarrollo integral de la persona humana en el ámbito laboral. Estos derechos están consagrados en la Constitución Política de la República y en el Código del Trabajo, los cuales, como se analizó en esta memoria, pueden ser vulnerados en diversas formas.

El procedimiento tutela laboral de los derechos fundamentales es una vía procesal que vela por los derechos fundamentales de los trabajadores expresamente establecidos en el Código del Trabajo, derechos que son protegidos mientras afecte al trabajador, sea como trabajador o en su calidad de persona.

Este procedimiento previsto en los artículos 485 y siguientes del Código de Trabajo significó la efectiva protección judicial de los derechos fundamentales y vino a mejorar el procedimiento señalado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, suponiendo aplicar en el ambiente laboral los derechos fundamentales de los trabajadores garantizados por nuestra Constitución.

A pesar de existir este procedimiento, que hace más accesible a la Justicia al afectado, en la actualidad ha tenido un avance lento, ya que pocas personas se atreven a denunciar un hecho sin antes perder su empleo.

Esta reforma laboral con el tiempo irá demostrando su efectividad y amparo a los derechos fundamentales, logrando su reconocimiento y existencia.

BIBLIOGRAFÍA

ASTETE Mella, Claudia. Protección de los derechos fundamentales bajo el procedimiento de tutea judicial, en el marco de la tercerización laboral (memoria para optar al grado de Licenciada en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile. Facultad de derecho, Diciembre 2009. 103 p.

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral. Revista de Derecho, XIV:25-41, 2003.

CÓDIGO del Trabajo. 4a.ed. Santiago, Chile: LexisNexis Chile, 2012.

DERECHOS fundamentales del trabajador en la empresa. [Fecha de consulta: 14 de Octubre 2013] Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/13_trabajador-en-la-empresa.pdf>

CONSTITUCIÓN Política de La República de Chile Año 198. 5ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1996.

CORDERO Meneses, Mario Arturo y CORVALAN Soto, Jorge Andrés. La jurisprudencia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva justicia laboral (memoria para optar al grado de Licenciada en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2010. 180 p.

Los DERECHOS fundamentales en el trabajo: garantías de libertad y dignidad para las personas que trabajan. Chile. Temas laborales Dirección del Trabajo. Departamento de estudios, 9(22), 2004. [Consulta: 5 de Abril de 2013]

Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-86657_recurso_1.pdf>

DIAZ, García Iván. Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores. Artículos de doctrina – Derecho del trabajo. Revista lus et praxis, 16 (2): 353-382, 2010.

DICTAMEN N°2856/0162 de la Dirección del Trabajo. Fija sentido y alcance del inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo. Santiago, Chile: Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile, 30 de agosto de 2002. 7 p. [consulta: 6 de Octubre de 2013]. Disponible en: <www.dt.gob.cl>

FERRADA Bórquez, Juan Carlos y WALTER Díaz, Rodolfo. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Revista de derecho, XXIV(2):91-111, Diciembre 2011.

GAZMURI Riberos, Consuelo. Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género. Diciembre 2004 [Fecha de consulta: 8 de Octubre 2013] Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/m/1620/articles-71195_recurso_1.pdf>

GAMONAL Contreras, Sergio y PRADO López, Pamela. El mobbing o acoso moral laboral. 2a.ed. Santiago, Chile: LexisNexis. 2007. 160 p.

GAMONAL Contreras, Sergio. La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución. Revista laboral chilena. (123): 62-72, Enero 2004.

GAMONAL Contreras, Sergio. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2a. ed. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008. 92 p.

GAMONAL Contreras, Sergio. Introducción al derecho del trabajo. Santiago, Chile: jurídica ConoSur Ltda, 1998. 231 p.

GAMONAL Contreras, Sergio. Fundamento de derecho laboral. 2ª.ed. Santiago, Chile: Legal Publishing. 2009. 162 p.

HISTORIA de ley N° 20.087 Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Valparaíso, Biblioteca del congreso nacional de Chile. 3 de Enero 2006.

LIZAMA Ugarte, Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Chile: Conosur, 1998. 284 p.

MELLA Cabrera, Patricio. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX (39):177–219, Diciembre 2012.

MUSA, Juan Carlos. Algunas reflexiones sobre la carga de la prueba en la tutela laboral de derechos fundamentales [Fecha de consulta: 17 de Diciembre 2013] Disponible en: <<http://es.scribd.com/doc/174447738/Algunas-Reflexiones-Sobre-La-Carga-de-La-Prueba-en-La-Tutela-JCMUSA>>

ORD. N° 2210/035. Derechos fundamentales. Santiago, Chile. Departamento jurídico: Dirección del Trabajo, 5 de Junio de 2009.

PROCEDIMIENTO de Tutela Laboral, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, BCN Blog Legal (sa) [consulta: 16 de Octubre de 2013] Disponible en: <<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/312630/Procedimiento-de-tutela-laboral.html>>

RIQUELME González, Gonzalo. Exámenes toxicológicos de alcohol y drogas como medidas de control del empleador: análisis crítico propuesto desde los derechos fundamentales como límites a la actividad empresarial (memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, 2011. 158 p.

UGARTE Cataldo, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. Doctrina, estudios y comentarios. Boletín oficial dirección del trabajo. (139), 2000 [Fecha de consulta: 11 de Octubre 2013] Disponible en: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf

UGARTE Cataldo, José Luis. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Revista de derecho. XX (2): 49-67, Diciembre 2007.

UGARTE Cataldo, José Luis. Los derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral. Santiago: Facultad de derecho: 2006. Ensayos jurídicos Universidad Alberto Hurtado, N°2.

UGARTE Cataldo, José Luis. Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII: 215-228, Segundo semestre de 2009.

WALKER Errázuriz, Francisco y LIENDO, Ricardo. Derechos fundamentales y acoso sexual en el trabajo. Revista Economía y Administración, (150): 9-18 2005.

WELDT Umaña, Anderson. Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales. [Fecha de consulta: 10 de Octubre 2013] Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/10-weldt.pdf>