



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL, ANÁLISIS
COMPARATIVO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL
DERECHO LABORAL CHILENO**

CAROLINA ACUÑA MEZA
PAMELA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Denise Lara Castro

Santiago, Chile

2016

DEDICATORIA

A nuestras familias, por su incondicional apoyo

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
PERSPECTIVA TEÓRICA.....	2
Concepto de Discriminación (Sentido amplio. Antropológico).....	3
Concepto de Igualdad, derecho fundamental de los trabajadores	7
ANTECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS	11
La evolución de los derechos fundamentales de los trabajadores	11
La eficacia horizontal de los derechos fundamentales	14
Contexto Normativo de la Discriminación Laboral	20
Normativa que prohíbe la discriminación en el ámbito laboral en general	20
Normativa internacional ratificada por Chile	21
LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).....	23
Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones	24
Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo	
Composición	25
Mandato	26
Informe de la Comisión a la Conferencia	26
Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Normas de la	
Conferencia	28
LA OIT Y LA SITUACIÓN CHILENA	29
Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, (Número 111)	
(Ratificación: 1971).....	29
Artículo 1° del Convenio 111. Legislación	30
Discriminación por motivos de sexo	31

RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DEL PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN	33
La tutela de los derechos fundamentales	33
 OBJETIVOS	44
Objetivos Específicos	44
Metodología.....	44
 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	46
Discriminación en el Código del Trabajo. Es lo que plantea la OIT? Se recoge la idea?	51
Evolución del ejercicio de tutela laboral por parte de funcionarios públicos: Un ejemplo de discriminación.....	52
Análisis de jurisprudencia administrativa y judicial relativa a la aplicación de la acción de tutela laboral a los funcionarios públicos en los casos de Mobbing	53
 JURISPRUDENCIA JUDICIAL.....	55
Recurso de Protección, Causa “Ramis con Municipalidad de Valdivia”, Rol 665-2006	
Descripción del caso	55
Informe de la autoridad.....	57
Razonamiento de Tribunal.....	59
Comentario.....	60
Demanda de Tutela Laboral, Causa T-17-2011, Juzgado del Trabajo de Valparaíso	
Descripción del caso	64
Comentario.....	67
Cambios en la jurisprudencia y Recurso de Protección	68
 CONCLUSIONES	72
 BIBLIOGRAFÍA	82

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación de tesis se intentará dar cuenta del estatuto normativo internacional vinculante para Chile en materia de discriminación, en el ámbito laboral, verificando las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante también OIT) sobre esta materia, y cómo se cumplen estas normas en el orden interno.

Para lograr una respuesta a esta inquietud se ha escogido, dentro de todo el proceso potencialmente discriminatorio en el trabajo, un área específica cual es la posibilidad que tienen los funcionarios públicos de recurrir de Tutela Laboral para la defensa de aquellas vulneraciones en ocasión de estar trabajando, en comparación con el resto de los trabajadores que claramente pueden recurrir de dicha acción.

Es en este propósito que la estructura de la tesis comienza con la perspectiva teórica, vale decir, se realiza una conceptualización de lo que es la discriminación en términos sociales para luego dar cuenta de cómo se comprende en términos jurídicos, teniendo presente que dicho concepto está claramente relacionado con la igualdad de todos los seres humanos.

Se hace un desarrollo histórico de cómo surge la protección a la no discriminación y, por tanto, a la igualdad en el ámbito laboral. Se analiza, en el marco internacional, cómo la Organización Internacional del Trabajo ha producido convenios para estos fines, los que Chile ha suscrito y, por tanto, son vinculantes.

Finalmente, se describe cómo Chile ha realizado modificaciones en su legislación en pro de la protección de la no discriminación, analizándose tres casos de funcionarios públicos que, en la defensa de sus derechos fundamentales, intentan accionar de Tutela Laboral. Dos de esos casos fueron rechazadas pero un tercer caso, más actual y con una interpretación más extensiva de la Constitución, fue acogido, lo que ha permitido que todos los trabajadores que se sientan vulnerados en sus derechos, tanto del sector privado como del público, puedan accionar de Tutela Laboral.

PERSPECTIVA TEÓRICA

La presente tesis es de carácter descriptiva ya que se propone, por una parte, dar cuenta de la realidad normativa de nuestro país en relación a la discriminación laboral, y por otra, verificar el cumplimiento del convenio ratificado por Chile con la Organización Internacional del Trabajo para el tratamiento de dicha materia. Fundamentalmente se abordará el tema desde la perspectiva de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, en la medida que de esta forma provoca la protección efectiva e incluso -a juicio de parte importante de la doctrina- la aplicación directa del orden constitucional en las relaciones laborales y al interior de la empresa. Dicha protección de derechos es lo que el profesor Ugarte ha conceptualizado como la aplicación horizontal, directa o inmediata de los derechos fundamentales en materia laboral. Analizaremos cronológicamente cómo esta perspectiva de la aplicación horizontal, a través de la acción de tutela, no era posible para ciertos trabajadores de nuestro país. Nos referimos específicamente a los empleados públicos, los que carecían de dicha acción. Un claro ejemplo de discriminación laboral de nuestro país que contradice el convenio sobre la materia ratificado por Chile con la OIT.

En efecto, esta aplicación directa de la Constitución no ha sido pacífica y la jurisprudencia de nuestros tribunales ha avanzado al reconocer la existencia de derechos del trabajador consustanciales a su persona y que deben ser reconocidos al interior de la empresa, lo que se encontraría contemplado en nuestro Código del Trabajo en el artículo 2º incisos 3º y 4º, que disponen que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la igualdad de la persona.

No obstante ello, otra parte creciente de la doctrina ha entendido que las garantías y derechos contemplados en la Constitución Política de la República deben ser aplicados de manera directa u horizontal. En efecto, la primera y más importante fuente normativa es la Constitución Política, la que en su artículo 1º dispone enfáticamente que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y agrega en su artículo 19 N° 2 que “La constitución asegura a todas las personas: ... La igualdad ante la ley”. En el ámbito laboral, la Constitución concreta estos principios señalando, en su artículo 19 N°16

inciso 3º, que “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.”

Esta nueva visión doctrinaria de que las garantías constitucionales deben entenderse como incorporadas al desarrollo de las relaciones laborales de manera directa, invadiendo el orden constitucional a las puertas de las empresas, ha ido poco a poco abriéndose espacio en nuestros tribunales laborales. Este hecho se vio reforzado tras la reforma al procedimiento laboral dictada a través de la Ley 20.087, que instauró una acción y procedimiento especial para el caso de hechos que afectaren los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando estos aparezcan lesionados por el ejercicio de las facultades del empleador, procedimiento denominado de tutela laboral.

Concepto de Discriminación (Sentido amplio. Antropológico)

El concepto de discriminación en su acepción etimológica, proviene del latín “distingue entre”, lo que entendemos como diferenciar o separar. En dicha acepción, la discriminación es una manera de ordenar y clasificar otras entidades, por ejemplo, los animales, las fuentes de energía, las obras de literatura, etc. Sin embargo, el significado más común de esta palabra se refiere a la discriminación como un fenómeno sociológico en los seres humanos que atenta contra la igualdad.

La discriminación como fenómeno sociológico se produce cuando hay una actitud adversa hacia una característica particular, específica y diferente. Es un trato desfavorable o de inferioridad, de desprecio inmerecido hacia una persona, que puede ser discriminada, es decir, separada o maltratada, tanto física como mentalmente, por su etnia, su género o su sexo, su orientación sexual, su nacionalidad o su origen, su religión, su condición, su situación o su posición social, sus ideas políticas, su situación económica, etc.

Una actitud o una acción discriminatoria tienen como resultado la destrucción o el incumplimiento de los derechos fundamentales del ser humano, perjudicando a un individuo en su dimensión social, cultural, política o económica.

Desde una perspectiva antropológica, la discriminación es un ejercicio cognitivo y social que se centra en una distinción entre el nosotros/ellos muy fuerte entre grupos humanos, la cual se carga de juicios de valor, lo que conduce a posicionamientos jerarquizados y de desigualdad.

En este sentido, “hay varios procesos que juegan un rol fundamental en la puesta en práctica de la discriminación. El mecanismo principal que respalda este proceso es el denominado etnocentrismo, noción que articula otros tres conceptos:

- a) La diferenciación, es decir, la construcción de otredad;
- b) La carga valorativa puesta sobre dicha construcción, es decir, los prejuicios y
- c) La fijación social de imágenes de esos Otros, los estereotipos.”¹

El etnocentrismo proviene de la palabra “etnicidad”, basada en la idea de distintividad entre grupos, lo que implica una mirada comparativa donde se eligen y destacan ciertos rasgos culturales (lenguaje, tradición, costumbres, tradiciones) para diferenciarse del resto. Es una postura que tiende a universalizar la propia cultura, al considerar común o general aquello que es particular, característico del pueblo al que se pertenece.

La mirada etnocéntrica “termina de completarse con un posicionamiento valorativo donde a las características distintivas le son sumadas cargas valorativas que construyen jerarquías entre grupos, en términos de mejor/peor, manifestadas comúnmente en una actitud de superioridad cultural de un grupo social hacia otras culturas.”² De esta manera, se evalúa a las otras culturas con los parámetros de la propia, lo que impide entender los sentidos y significados reales, es decir, los otorgados por esa otra cultura que se pretende conocer.

Del mecanismo etnocéntrico podemos distinguir entonces, el concepto de otredad, entendido como una relación donde se experimenta la sensación de la diferencia social y cultural. La noción del “otro” es una doble construcción en la que no solo se construye un “otro” sino también un “nosotros”. Es decir, este concepto consiste en una

¹ HAEFNER, Carlos. El etnocentrismo. Revista Chilena de Antropología.(Nº 6) Santiago: Editorial Universitaria, 1990. (31-32)

²Op. Cit. pp 35

mirada comparativa con una persona o grupo que se percibe distinto frente a la propia mirada, y resulta extraña al posicionamiento de quien compara.

Configurar la otredad es un proceso social que reproducimos tanto individual como colectivamente y que tiene que ver con constituir un propio grupo de pertenencia, un “nosotros” que se fortalece al crear y reforzar límites que señalen a un “otros” como absolutamente diferente a ese “nosotros”.

La “sensación de alteridad” es tener conciencia de la diferencia y surge comúnmente del contacto intercultural, es decir, entre grupos culturalmente diferentes. Este posicionamiento en relación con la percepción de la identidad propia y la de los demás, puede basarse en múltiples características culturales, tales como formas distintas de vestir o de moverse, de saludar, de comunicar el afecto o la disidencia, sabores de comidas, ritmos musicales, formas de habitar un espacio, etc.

Cuando en una sociedad no se reflexiona sobre la construcción de las diferencias, esta puede ser reproductora de prejuicios y estereotipos discriminatorios que refuercen la categoría de “otredad” y aumenten el distanciamiento social.

Otro elemento que forma parte del mecanismo etnocéntrico es el prejuicio. Se trata de un “juicio de valor negativo sobre otras personas o grupos que es previo a todo conocimiento”³. También, el prejuicio suele conformarse sin que tengamos conciencia de ello, y por eso es difícil detectarlo y reflexionar sobre el mismo. Por esta razón, es común que el prejuicio se caracterice por no ser reconocido conscientemente por la persona que lo manifiesta, y muchas veces lo detectan las/os otras/os que la escuchan.

Finalmente, el tercer elemento en juego es el estereotipo: una imagen o idea que se tiene de un grupo basada en una generalización, donde se simplifican las características de esos Otros y se cristalizan sobre unos pocos rasgos, comúnmente asociados a prejuicios. Suele ser fácil conformar estereotipos de un grupo diferente del propio y muy difícil hacerlo sobre un grupo al que se pertenece, y esto es así porque tendemos a no reconocer la complejidad ajena, a no comprenderla en las mismas dimensiones que la propia. Es así que, al estar asociados a prejuicios, la mayoría de los

³Op. Cit.pp 39

estereotipos suelen ser discriminatorios.

Comúnmente, el etnocentrismo se articula con relaciones sociales de poder y sometimiento, es decir de superioridad/inferioridad. Así, las actitudes propias de la mirada etnocéntrica pueden ser de indiferencia, atracción, desprecio u odio, y desde ya debe siempre ser interpretada junto con otras variables que impulsan cada actitud, como intereses políticos y económicos de las sociedades involucradas en esa relación.

La mayoría de las expresiones discriminatorias tienen que ver con esta mirada etnocéntrica hacia los/as otros/as. Entendemos entonces que la discriminación es una relación social, centrada en el posicionamiento identitario jerarquizado y por lo tanto desigual. La desigualdad implica la inferiorización de los otros, es decir, pensar el propio grupo como superior y los grupos ajenos como inferiores, mecanismo que vimos en la definición de discriminación.

Ahora bien, desde una perspectiva jurídica, en que el significado de las palabras se busca fundamentalmente en su uso, se utiliza con preferencia las definiciones de la Real Academia Española (segunda acepción). En esta perspectiva, la palabra discriminación tiene una connotación peyorativa pues discriminar supone “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”.

En la base del concepto de discriminación, puede advertirse en casi la totalidad de interpretaciones una vulneración del principio de la igualdad, que para los efectos jurídicos es un derecho fundamental reconocido internacionalmente y que también nuestra Constitución acoge en su primer artículo en las Bases de la Institucionalidad: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se la reconoce entendiendo por tal que debe existir igualdad en el trato que han de recibir tanto las personas como los grupos y colectividades.

Sin embargo, no es la discriminación per se la que se encuentra en oposición a los derechos fundamentales, sino la discriminación arbitraria. Es así que “La idea de discriminación, de distinción no es contraria a lo justo ni al derecho. Sin embargo, la discriminación arbitraria, carente de justificaciones y basada en prejuicios y en hechos que en definitiva suprimen la igualdad de oportunidades entre las personas, sí constituye un

atentado a la dignidad del ser humano.”⁴

El combate a la discriminación arbitraria es un tópico de gran relevancia en el mundo contemporáneo, no obstante lo cual, nos encontramos frente a una dogmática, tanto nacional como comparada, que adolece de una serie de vacíos, contradicciones o espacios inexplorados de los cuales no nos haremos cargo en esta investigación, ya que se aleja de nuestro objetivo. Sin embargo, cabe señalar que una de tales carencias se refiere a la discriminación arbitraria entre privados. Si bien aquella, así como el derecho a la igualdad de trato, se desarrolló como una prerrogativa de los particulares frente al Estado y sus organismos (i.e., igualdad en y ante la ley), paulatinamente se ha ido invocando también frente a privados. Uno de los problemas surgidos a raíz de este proceso es que, en la actualidad, no existe un criterio explícito y claro que permita distinguir entre la discriminación privada permisible de la no permisible. Es así como nos enfrentamos a una situación altamente fragmentaria, donde existen ciertos ámbitos, tipos o manifestaciones de discriminación entre privados que se encuentran prohibidos por el ordenamiento jurídico, muchas veces en silencio de las disposiciones constitucionales, pero carentes de una lógica común que permita distinguirlos de la discriminación permitida. Frente a esta incertidumbre, los jueces carecen de la orientación necesaria para resolver en forma dogmáticamente coherente casos de discriminación entre privados.

Concepto de Igualdad, derecho fundamental de los trabajadores

Al hablar de derechos fundamentales de los trabajadores no nos estamos refiriendo a los derechos laborales clásicos que aluden al derecho del trabajo, a la seguridad social y a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a toda protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados, “sino que aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban amagados en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por defecto de la

⁴LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. S.I. Editorial Conosur, 1998.

exacerbación de la potestad de mando del empleador” y que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como los derechos laborales inespecíficos (derecho a la intimidad, libertad de expresión, derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, libertad religiosa, etc.), naciendo de esta forma la expresión de ciudadanía en la empresa o laboral.

“Los trabajadores, como ciudadanos, son titulares de derechos fundamentales, cuya vigencia se proyecta a todos los aspectos de su vida y, en este sentido, establecimos que el ámbito laboral es uno de los más importantes”. “Ahora bien, entre aquel conjunto de derechos fundamentales reconocidos universalmente como inherente al ser humano por emanar de su dignidad y de su esencia como persona, se encuentra el derecho a lo no discriminación.”⁵

Como señala el profesor Eduardo Caamaño Rojo, “El principio de no discriminación es uno de los principios tutelares de carácter fundamental del trabajo, que asegura la plena vigencia del principio de igualdad de trato prohibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios de distinción de la capacidad e idoneidad del trabajador para la ejecución de una labor o prestación de un servicio determinado.”

A partir de esta concepción, se establece una nueva forma de ver las relaciones laborales, surgiendo así la concepción de la ciudadanía de la empresa, que amplía el respeto, protección y ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana, por sobre la jerarquía que posee el empleador sobre el trabajador subordinado.

Como señala, el profesor Eduardo Caamaño, la ciudadanía en la empresa surge a partir del “reconocimiento legal, jurisprudencial y doctrinal de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en que también tiene cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los sujetos que interactúan en este especial ámbito de la vida social, esto es, la aceptación de la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona”.

⁵ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. El Derecho a la no discriminación en el empleo. Santiago. Editorial LexisNexus, 2005

Este término supone un posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, que hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.

Doctrinariamente, podemos señalar un sin número de definiciones, como la realizada por el profesor Eduardo Caamaño, que indica que discriminación es “todas aquellas diferenciaciones, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad por basarse en criterios reprochables, como son, entre otros, la nacionalidad, el sexo o la religión de las personas, son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos”.⁶

Para el profesor Luis Lizama y José Luis Ugarte, discriminación es “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicalización, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.”⁷

Asimismo, el Código del Trabajo define como actos de discriminación “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 tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”⁸

En el ámbito de protección internacional, el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, define como discriminación en el trabajo “cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo la ocupación.”⁹

De acuerdo a esta definición, la discriminación en el empleo presenta dos

⁶Op.citpp 250

⁷LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. S.I. Editorial Conosur, 1998.

⁸Código del Trabajo, CHILE. 2015. Artículo 2

⁹Convenio 111. Organización Internacional del Trabajo, 1958

elementos:

- Un elemento de hecho, que es la existencia de una distinción, exclusión o preferencia, o sea un motivo que determina una diferencia en el trato, como características de sexo, nacionalidad, o religión.
- Un elemento objetivo, que es el resultado de la diferenciación, como lo es la alteración de la igualdad de trato o de oportunidades, muchas veces reflejada en la remuneración o la estabilidad laboral. En este aspecto, cabe señalar, de acuerdo al Convenio antes mencionado, la sola intención de discriminar no es concluyente para que exista discriminación.

ANTECEDENTES HISTÓRICO NORMATIVOS

La evolución de los derechos fundamentales de los trabajadores

En un contrato de trabajo, el trabajador pone a disposición de un empleador su energía, creatividad y conocimientos personales para que los utilice y saque provecho de ello, a cambio de una remuneración; por lo tanto, tenemos involucrada la propia humanidad del trabajador en una relación jurídica de significado económico.

“Precisamente reconociendo este involucramiento personal del trabajador en el trabajo que realiza, se vislumbra un primer reflejo jurídico del trabajo, la tradición romanista, que consistió en concebirlo como una emanación del trabajador que por ella recibía un pago, pero en todo caso, indivisible de la propia persona de quien efectuaba trabajo.”¹⁰

Sólo con el proceso de positivación (plasmación jurídico-normativa) de los derechos fundamentales, que se desarrolla a partir del siglo XVII en Inglaterra, con la creación de una serie de documentos como la Petition of Rights (1628), el Habeas Corpus (1679), el Bill of Rights (1689); y del siglo XVIII en Estados Unidos (la Declaración de Independencia (1776) y el Bill of Rights del Buen Pueblo de Virginia (1776)); y en Francia (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la primera Constitución francesa de 1791), “el trabajo dejó de ser reflejo de la persona del trabajador para devenir en un bien patrimonial, negociable, distinto de la persona del trabajador. El trabajo bajo esta perspectiva, fue visto como un objeto de derecho, mercadería a la cual se le adjudica un precio, emanación patrimonial del trabajador que por ella recibe un salario”.¹¹

“La visión jurídica liberal del trabajo otorga legitimidad al acuerdo económico

¹⁰LÓPEZ, Diego. Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertades y dignidad para las personas que trabajan. [www.dt.gob.cl/documentación/1612/articles-86657 Recurso 1 pdf, pag 3] 2006.

¹¹Op. Cit. pp 6

de prestación de servicio, a cambio de una remuneración y que permitió el funcionamiento del mercado de trabajo; pero cabe preguntarse si se compra el trabajo de una persona y por tanto, su dedicación y obediencia ¿se adquiere también su libertad? Es revelador observar el esfuerzo teórico de larga data, que implicó diferenciar la esclavitud del trabajo libremente pactado, pero con una subordinación o servidumbre personal de parte del trabajador. La esclavitud pactada se excluyó precisamente en la medida en que se reconoció la inalienabilidad de la persona del trabajador. Se hizo pues evidente para el derecho la necesidad de impedir que la subordinación del trabajador contratado supusiera el despojo de su libertad y dignidad. En consecuencia, el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita, ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador.”¹²

La incorporación de esta concepción -de los derechos fundamentales inherentes al trabajador- a las legislaciones del trabajo fue tardía, se llevó a cabo a partir de la década de los setentas.

La explicación histórica de la desvinculación entre los derechos fundamentales y el mundo industrial de trabajo se debe por una parte, a “la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, tan importante para la ciencia jurídica de comienzo de siglo veinte, y la ubicación del contrato de trabajo en esta última área, lo que provoca un alejamiento del horizonte conceptual de la regulación de las relaciones laborales, entendidas como un vínculo entre privados, sujetas a principios propios de un negocio contractual, pertenecientes al derecho privado, figuras alejadas de la normativa pública constitucional, incluida una de sus más potentes construcciones: las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos”¹³, y por otra parte, “la radical distancia entre el prototipo ideológico”¹⁴ (sobre el que se construirán la regularización jurídica del contrato de trabajo, con relación a la aplicación de los derechos fundamentales de los trabajadores) y el obrero industrial, que se encontraba desprotegido frente al burgués liberal.

¹²Op. Cit. pp 8

¹³UGARTE CATALDO, José. El Nuevo derecho del Trabajo.Santiago, Chile : Universitaria. Primera edición. 2004. Pp 189

¹⁴Op. Cit. pp 192

Las garantías constitucionales, versión jurídica positiva de los derechos fundamentales, son, antes que todo, las prerrogativas que en el estado liberal se acuerda para proteger al comerciante de la invasión estatal, se trata en ese sentido de derechos individuales, contra los abusos que pueden cometer los entes públicos. Poco o nada tiene que ver, con esta matriz ideológica de los derechos fundamentales, el prototipo social base del Derecho Laboral: primero, el obrero del inicio del industrialismo, después el sujeto que labora ordenes de otro para sobrevivir”¹⁵.

De hecho, “el mundo de las relaciones y su regulación jurídica, con el mundo de los derechos fundamentales y su armadura constitucional, se acercarán precisamente, cuando comienzan a desarrollarse procesos que vayan mitigando o desconstruyendo los obstáculos recién descritos: por una parte, la disolución de la *summadvivissio* entre derecho privado y público a manos de la constitucionalización del derecho, y por otra parte, el acercamiento del prototipo del ciudadano político (ex burgués) con el del ciudadano laboral (ex obrero) mediante la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales y su progresiva aplicación a las relaciones laborales”.¹⁶

Todos los derechos fundamentales constituyen un elemento condicionante a los poderes empresariales respecto al desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores; no pierden su vigencia en la relación de trabajo, más bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica.

La teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales fue desarrollada en Alemania por Hans Carl Nipperdey en 1954, siendo aceptada por la jurisprudencia por el Tribunal Federal del Trabajo, en 1958, al anular una cláusula de un contrato de trabajo por vulneración de derechos fundamentales, y posteriormente, por el Tribunal Constitucional de ese país. En los años siguientes, producto de presiones sindicales, los Estados comenzaron a dictar normas que garantizaban la eficacia concreta de los derechos fundamentales en el mundo del trabajo, incorporando una nueva materia de estudio al derecho laboral.

“La nueva tendencia cristalizará en Italia con la dictación del conocido

¹⁵Op. Cit. pp 194

¹⁶Op. Cit. pp 191

StatutodeiLaboratori, de 1970, y también, paralelamente, en países de tradición anglosajona, como Estados Unidos, con la dictación de diversas normas antidiscriminatorias, especialmente el Título VII de la Ley sobre Derechos Civiles, de 1964, que prohíbe la discriminación laboral por diversas razones. Desde ese momento, vendrán diversos desarrollos normativos que darán como resultado la protección del trabajador como ciudadano y sus derechos fundamentales en la empresa y pasan a ser un componente estructural de las relaciones laborales.”¹⁷

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

“La Drittwirkung plantea el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, es decir, en sus relaciones con los terceros. Esto supone, entonces, que estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no solo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollándose así una eficacia horizontal.”

“En la concepción tradicional del constitucionalismo liberal se concibe los derechos fundamentales como medio de defensa frente al poder del Estado en contraposición a un Estado absoluto; esto es, se entienden los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes público (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Dicho de otra forma, la acción del Estado ha quedado necesariamente limitada por los derechos esenciales de las personas, emanados de su naturaleza humana y consagrada por el Derecho Natural, superior al Derecho Positivo. Sin embargo la teoría en comento cambia radicalmente el postulado anterior, en virtud de la comprobación fáctica de la existencia cada vez más extendida de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder, de tal manera que ya no es sólo el Estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales de las personas, sino que son también los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno

¹⁷Op. Cit. pp 195

ejercicio de estas libertades.”¹⁸

De esta forma, “conforme al planteamiento desarrollado por la Teoría de la Drittwirkung, en el ámbito de acción de los derechos fundamentales encuentra no sólo en la esfera de lo público su natural desarrollo, sino que se va trasladando al ámbito privado, donde naturalmente se ubica la empresa, en cuanto constituye el espacio en el cual se desenvuelven las relaciones jurídicas entre trabajadores y empleador, con un elemento propio característico que no se da en otro tipo de relaciones jurídicas entre particulares y que coloca a la persona del trabajador bajo los poderes empresariales. Desde esta perspectiva, en la conformación social que conocemos, los poderes del empresario o la empresa en cuanto poder privado constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador, y ello se debe no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos, sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúan naturalmente como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.”¹⁹

Es pertinente señalar que los partidarios de la teoría de la Drittwirkung se dividen en lo que respecta a la forma en que se materializa la eficacia entre privados de los derechos fundamentales, de tal manera que es posible identificar dos líneas distintas de pensamiento:

1.- Teoría de la eficacia mediata o indirecta

Esta teoría sostiene que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados se lleva a cabo de una manera indirecta, filtrándose a través de las normas del Derecho Privado, al ser los derechos fundamentales normas objetivas de principio y como tal deben influir en la interpretación en el ordenamiento jurídico en su conjunto y vincular a todos los poderes del Estado, a través de cláusulas generales, al estilo de la buena fe o el orden público o bien a través de la labor interpretativa de los jueces de las normas de Derecho Privado.

¹⁸CAAMAÑO ROJO, Eduardo. El derecho a la no discriminación en el empleo. Santiago: Lexis Nexos, 2005. Pp 204

¹⁹Op. Cit. pp 205

2.- Teoría de la eficacia inmediata o directa

Esta teoría reconoce directamente una vinculación de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos amparados con garantías constitucionales, a las relaciones de particulares, es decir, son oponibles frente a sujetos privados con independencia de que una ley haya procedido o no a delimitar el contenido constitucionalmente protegido por el derecho.

Ahora bien, en cuanto a las funciones de los derechos fundamentales dentro de la empresa, estos cumplen la función de ser limitadores de los poderes empresariales.

“Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes -procesos de selección de personal-, en su desarrollo y en su conclusión; tanto en el ámbito estrictamente laboral -límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial- como fuera de él -límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales.”²⁰

“La conformación del poder empresarial ha de suponer, en cuanto a su ejercicio, el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y, por ende, al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no pueden suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual -modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices o la organización empresarial-; tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicompreensivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder -expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado jurídicamente en

²⁰DT. Dictamen. Santiago : s.n., 2002. 2856/162.

virtud del contrato de trabajo y de la ley- necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador.”²¹

“Se reconoce que los derechos fundamentales poseen una verdadera fuerza expansiva en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento laboral. Se crea pues así un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos”.²²

En nuestro orden jurídico constitucional no hay un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, una parte de la doctrina nacional sostiene que dicha doctrina se encuentra recepcionada y es posible desprenderla por diversas disposiciones de la Constitución Política de la República.

El caso chileno correspondería “a un caso de eficacia directa y horizontal de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares, con vigencia inmediata, donde el lesionado podría recurrir a la jurisdicción constitucional en busca de amparo de sus derechos fundamentales contra un acto de terceros.”²³

En este sentido, corresponde primeramente hacer una mención al artículo 6 inciso 2º de la Constitución Política de la República, que señala en forma textual: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, de la cual se infiere que los derechos constitucionales son exigible directamente no sólo respecto de los órganos públicos y estatales, sino también respecto de terceros (particulares), es decir, “la normativa de los derechos fundamentales se debe aplicar sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores

²¹Op. Cit. pp 5

²²CAAMAÑO ROJO, Eduardo. El derecho a la no discriminación en el empleo. Santiago : Lexis Nexis, 2005. Pp 207

²³GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Lineamientos del Derecho del Trabajo. Editorial LexisNexis, 2006. Primera Edición. Pp. 205

(autosuficiencia de la norma fundamental)”.²⁴

La idea de que nuestro ordenamiento jurídico recepciona la doctrina de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales se ve reforzada por la consagración en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, del denominado Recurso de Protección que, según el profesor Eduardo Soto Kloss, es un ”remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o puede estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares.”²⁵

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, ocupa un papel preponderante en este sentido el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, conforme al cual se asegura a todas las personas “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Finalmente, hay que tener en cuenta los principios vitales en los cuales descansa nuestra institucionalidad, como son el “Principio de Supremacía Constitucional”, el cual establece que todas las normas de un ordenamiento jurídico deben encontrarse en conformidad con la Constitución, y el de la “Vinculación Directa”, que establece que las normas constitucionales son obligatorias tanto para los gobernantes como gobernados. Por ello, teniendo presentes los principios anteriormente expuestos y las normas constitucionales citadas, podemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico la eficacia horizontal directa e inmediata de los derechos fundamentales es ampliamente aceptada y que dichos derechos son componentes estructurales básicos del conjunto del ordenamiento objetivo como de cada una de la rama que lo integran.

Sin embargo, si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla una vía procesal especial y cualificada para la protección de los derechos fundamentales

²⁴CAAMAÑO ROJO, Eduardo. El derecho a la no discriminación en el empleo. Santiago. Lexis Nexis, 2005. Pp 209

²⁵ROSEMBLUT, Álvaro. Apuntes de estudio para la cátedra del profesor DavorHarasic. Los Recursos y la cosa juzgada. Editorial Universitaria. 2001. Pp 35

garantizados en la Constitución, y que corresponde al Recurso de Protección, cabe señalar que dicha acción se ha mostrado absolutamente inútil para la protección de dichos derechos en la relación laboral.

El profesor José Luis Urgarte Cataldo, en su libro “El nuevo derecho del trabajo”, da tres razones, entre otras, para sostener la inutilidad del recurso de protección en relación a los derechos fundamentales en la esfera laboral:

a) La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, y de la forma de tramitación del autocordado complementario, alejado de los principios propios del derecho del trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales.

b) El remedio judicial de carácter extraordinario que la acción de protección importa (casi como solución de equidad), lo hace inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que entre otras cosas requiere, para su eficacia real, de la declaración de nulidad de los actos lesivos de dichos derechos o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige de un proceso de fondo ante un juez de grado.

c) Las restricciones inherentes a la acción de protección, en especial su tutela selectiva de ciertos derechos constitucionales del artículo 19 de la Constitución, quedando excluido, uno de los derechos fundamentales más relevantes en el ámbito laboral: la no discriminación laboral, contenida en el Artículo 19 N° 16, inciso 3 de la Constitución Política de la República.

El Recurso de Protección, por lo tanto, es ineficaz para la protección de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, evidenciando la falta de cauces judiciales efectivos en sede laboral para ejercer dichos derechos, que se mantenían nada más que como derechos sobre el papel. La reforma procesal laboral, de enero de 2006, vino a subsanar la falta de protección efectiva de los derechos fundamentales al incorporar un procedimiento especial de tutela de dichos derechos.

Contexto normativo de la discriminación laboral

Antes que todo, se debe tener presente que la discriminación está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por una multiplicidad de normas, de variadas fuentes y jerarquías. La primera y más importante fuente normativa es la Constitución Política, la que a su vez la prohíbe también para el ámbito laboral. Asimismo, diversa normativa internacional ratificada por Chile se aplica en la materia. Por último, a nivel legal interno, el Código del Trabajo dispone que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”, y los define, indicando una serie de causales vedadas de diferenciación, tales como raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social.

Normativa que prohíbe la discriminación en el ámbito laboral en general

La discriminación, o con mayor exactitud, la discriminación arbitraria -lo que no es un mero asunto terminológico porque la Constitución Política se refiere a “discriminación arbitraria” para enfatizar el hecho de que las discriminaciones o diferenciaciones no son antijurídicas per se, sino sólo aquellas que sean arbitrarias (es decir, usa la palabra “discriminar” en su primera acepción, según la Real Academia Española: seleccionar excluyendo); y el Código del Trabajo por su parte habla de actos de discriminación, a secas, lo que es sinónimo de “discriminación arbitraria” bajo la terminología de la Constitución (es decir, el Código del Trabajo usa la palabra “discriminar” en su segunda acepción, según la Real Academia Española: dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etarios, etc.), está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por una multiplicidad de normas, de variadas fuentes y jerarquías.

En efecto, la primera y más importante fuente normativa es la Constitución Política, la que en su artículo 1 dispone enfáticamente que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y agrega en su artículo 19 N° 2 que “La constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley”. En el ámbito laboral, la Constitución concreta estos principios señalando, en su artículo 19 N°16 inciso 3°, que “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.”

Normativa internacional ratificada por Chile

Nuestro país ha ratificado los siguientes instrumentos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sus artículos 2.1. y 23.2 disponen respectivamente que “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”, y que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En su artículo 26 dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El artículo 2.2. dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.”

- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Dispone su artículo 24 que: "... Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

- Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo

Este convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, en su artículo 1 define discriminación como: "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"; aclarando que "Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación."

LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919, en virtud del Tratado de Versalles, que puso término a la Primera Guerra Mundial. Reflejó entonces la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Es la más antigua organización del sistema de la ONU. Consideraciones de seguridad, humanitarias, políticas y económicas dieron impulso a la creación de la OIT.

En el Preámbulo de la Constitución de la OIT se reconoce la importancia de la justicia social para lograr la paz, en contraste con un ominoso pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados. Se reconoce, asimismo, que cualquier problema laboral puede repercutir desfavorablemente en lo social, económico y político, erosionando la tranquilidad y paz anhelada por todos los pueblos.

En los primeros años de existencia de la Organización, la adopción de las normas internacionales del trabajo y las actividades de control regular tenían lugar cada año en el marco de las sesiones plenarias de la Conferencia Internacional del Trabajo. Sin embargo, el considerable aumento del número de ratificaciones de los convenios entrañó rápidamente un importante incremento del número de memorias anuales presentadas. Pronto se puso de manifiesto que la sesión plenaria de la Conferencia ya no podría examinar al mismo tiempo todas estas memorias, la adopción de normas nuevas y otros asuntos importantes. Es por ello que la Conferencia adoptó, en 1926, una resolución instituyendo cada año una Comisión de la Conferencia (luego denominada Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia) y solicitó al Consejo de Administración el nombramiento de una comisión técnica (que se llamaría en lo sucesivo Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones), que se encargaría de la preparación de un informe para la Conferencia. Estas dos Comisiones se han convertido en los pilares del sistema de control de la OIT.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

La Comisión de Expertos se compone de 20 expertos. Se trata de destacados juristas a escala nacional e internacional, que son nombrados por el Consejo de Administración a propuesta del Director General. Los nombramientos se realizan a título personal, efectuándose la elección entre personalidades de todas las regiones del mundo reputadas por su imparcialidad, competencia e independencia, con el objetivo de permitir que la Comisión se beneficie de una experiencia directa de diferentes sistemas legales, económicos y sociales. Cada miembro es nombrado para un período de tres años renovable.

En 2002, la Comisión decidió que los miembros ejercieran sus funciones durante un máximo de 15 años, a saber, que después del primer mandato de tres años su mandato sólo se pudiera renovar cuatro veces. En su 79.a reunión (noviembre-diciembre de 2008), la Comisión decidió que su Presidente sea elegido por un período de tres años renovable una sola vez por otro período de tres años. La Comisión elige a un Ponente al principio de cada reunión.

Mandato

La Comisión de Expertos se reúne cada año en noviembre-diciembre. De conformidad con el mandato conferido por el Consejo de Administración 5, se invita a la Comisión a examinar lo siguiente:

- las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución, sobre las medidas adoptadas por los Estados Miembros para dar efecto a las disposiciones de los convenios de los que son parte;
- las informaciones y las memorias relativas a los convenios y a las recomendaciones que comunican los Miembros, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución;
- y
- las informaciones y las memorias sobre las medidas adoptadas por los Miembros, con arreglo al artículo 35 de la Constitución.

La Comisión de Expertos tiene la tarea de indicar en qué medida la legislación

y la práctica de cada Estado están de conformidad con los convenios ratificados y en qué medida los Estados cumplen con las obligaciones que les incumben, en virtud de la Constitución de la OIT en relación con las normas. Al realizar esa tarea, la Comisión hace siempre suyos los principios de independencia, objetividad e imparcialidad.

Los comentarios de la Comisión de Expertos sobre la manera en que los Estados Miembros dan cumplimiento a sus obligaciones normativas, adoptan la forma de observaciones o de solicitudes directas. Las observaciones son comentarios acerca de las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado Miembro. Se publican en el informe anual de la Comisión de Expertos, que se presenta luego a la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, en el mes de junio de cada año. Las solicitudes directas se refieren, en general, a cuestiones más técnicas o de menor importancia. No se publican en el Informe de la Comisión de Expertos y se comunican directamente al gobierno interesado. Además, la Comisión de Expertos examina, en el marco de un Estudio General, el estado de la legislación y la práctica sobre un tema específico cubierto por algunos convenios y recomendaciones seleccionados por el Consejo de Administración. Este Estudio General se basa en las memorias sometidas en virtud de los artículos 19 y 22 de la Constitución y concierne a todos los Estados Miembros, tanto a los que han ratificado los convenios como a los que no lo han hecho. De conformidad con la decisión adoptada por el Consejo de Administración en su 307.ª reunión (marzo de 2010), los temas de los estudios generales se alinean con los cuatro objetivos estratégicos de la OIT enunciados en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 (Declaración sobre la Justicia Social).

Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo

Composición

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia es una de las dos comisiones permanentes de la Conferencia. Es tripartita y comprende, por consiguiente, los representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. En cada reunión, la Comisión elige su mesa directiva, compuesta de un presidente (miembro gubernamental),

de dos vicepresidentes (miembro empleador y miembro trabajador) y de un ponente (miembro gubernamental).

Mandato

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia se reúne cada año con ocasión de la reunión de junio de la Conferencia. En virtud del artículo 7 del Reglamento de la Conferencia, tiene por mandato examinar:

- las medidas adoptadas para dar efecto a los convenios ratificados (artículo 22 de la Constitución);
- las memorias comunicadas de conformidad con el artículo 19 de la Constitución (Estudios Generales);
- las medidas adoptadas con arreglo al artículo 35 de la Constitución (territorios no metropolitanos).

Informe de la Comisión a la Conferencia

En relación con el examen técnico e independiente de la Comisión de Expertos, el procedimiento de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia brinda a los representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores la ocasión de examinar juntos la manera en la que los Estados dan cumplimiento a sus obligaciones normativas, especialmente a las obligaciones relativas a los convenios ratificados. Los gobiernos tienen la posibilidad de completar las informaciones que figuran en las memorias examinadas por la Comisión de Expertos, de indicar las demás medidas adoptadas o propuestas desde la última reunión de esta Comisión, de señalar a la atención las dificultades que encuentran para cumplir con sus obligaciones y de solicitar asistencia para superar esos obstáculos.

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia examina el Informe y el Estudio General de la Comisión de Expertos, al igual que los documentos enviados por los gobiernos. Los trabajos de la Comisión de la Conferencia comienzan por una discusión general que se basa, fundamentalmente, en el informe general de la Comisión de Expertos,

y por un debate sobre el estudio general. Habida cuenta de que el tema de los estudios generales se alinea con el objetivo estratégico que se discute en el marco del informe recurrente en virtud del seguimiento de la Declaración sobre la Justicia Social, los resultados de la discusión de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia en relación con el estudio general se transmiten a la Comisión de la Conferencia que se encarga de examinar el informe recurrente. Tras la discusión general, la Comisión de la Conferencia examina los casos de incumplimiento grave de la obligación de presentación de memorias o de otras obligaciones vinculadas con las normas.

Por último, y esto constituye el objeto principal de sus trabajos, la Comisión de la Conferencia examina algunos casos individuales de aplicación de convenios ratificados que hayan sido objeto de observaciones de la Comisión de Expertos. La Comisión de la Conferencia invita a los representantes de los gobiernos interesados a asistir a una de las sesiones para discutir las observaciones en consideración. Tras haber escuchado a los representantes del gobierno concernido, los miembros de la Comisión de la Conferencia pueden formular preguntas o hacer comentarios. Tras la discusión, la Comisión de la Conferencia adopta las conclusiones sobre el caso de que se trata. Además, con arreglo a una resolución adoptada por la Conferencia en 2013, la Comisión de la Conferencia ha celebrado, en cada una de las reuniones que han tenido lugar desde el año 2000, una sesión especial sobre la aplicación por Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29).

En su informe 14 presentado a la Conferencia en sesión plenaria para su adopción, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia puede invitar al Estado Miembro cuyo caso individual se haya discutido, a recibir una misión de asistencia técnica de la Oficina Internacional del Trabajo a fin de ayudarle a estar más preparado para dar cumplimiento a sus obligaciones, o proponer otro tipo de misión. La Comisión de la Conferencia puede asimismo invitar a un Gobierno a que transmita informaciones complementarias o a que tenga en cuenta algunas de sus preocupaciones cuando elabore una próxima memoria para la Comisión de Expertos. Por otra parte, el informe de la Comisión señala a la atención de la Conferencia algunos casos como los casos de progreso y los casos de incumplimiento grave de los convenios ratificados.

Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia

En muchos informes, la Comisión de Expertos ha insistido en la importancia del respeto mutuo, el sentido de la responsabilidad y el espíritu de cooperación que siempre han caracterizado a las relaciones entre la Comisión de Expertos y la Comisión de la Conferencia. A este respecto, es costumbre que el Presidente o la Presidenta de la Comisión de Expertos asista como observador u observadora a la discusión general de la Comisión de la Conferencia, así como a la discusión sobre el Estudio General y que, además, tenga la posibilidad de dirigirse a esta Comisión en la apertura de la discusión general y formular observaciones al final de la discusión del Estudio General. De igual modo, los Vicepresidentes empleador y trabajador de la Comisión de la Conferencia, son invitados a reunirse con la Comisión de Expertos durante sus reuniones para celebrar entrevistas sobre cuestiones de interés común, en una sesión especialmente prevista a tal efecto.

LA OIT Y LA SITUACIÓN CHILENA

La Organización, a través de sus comisiones, ha revisado y enviado recomendaciones a nuestro país respecto de distintas situaciones que fueron puestas en su conocimiento y que, en alguna y otra medida, infringen el principio de discriminación.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) (ratificación: 1971)

La Comisión toma nota de los comentarios presentados por la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), la Asociación de Funcionarios del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), el Colegio de Profesores de Chile A.G., la Confederación Nacional del Comercio y Servicios, y la Confederación de Sindicatos Bancarios y del Sistema Financiero de Chile de 15 de septiembre de 2011. La Comisión observa que, según las organizaciones sindicales, el sistema de pensiones privado vigente, que se basa en un régimen de capitalización, es discriminatorio respecto de las mujeres debido a la utilización de tablas de mortalidad diferenciadas para hombres y para mujeres. Debido a la utilización de dichas tablas, un trabajador y una trabajadora con igual fondo acumulado, que se acogieran a la jubilación a la misma edad, percibirían rentas vitalicias de montos diferentes sólo con motivo del género. La Comisión toma nota de que en su respuesta el Gobierno señala que la utilización de tablas diferenciadas se debe a que la esperanza de vida de las mujeres es más alta y a que las pensiones de los afiliados al sistema privado se financian con los aportes de los mismos afiliados. El Gobierno indica que de aplicarse el sistema de tablas unisex las pensiones de las mujeres aumentarían, pero se agotarían más rápido. El Gobierno añade que el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional analizó la conveniencia de introducir tablas de mortalidad unisex y consideró que no era recomendable por diversas razones entre las cuales se cuentan:

- puede existir un riesgo de que las reservas constituidas por las compañías de seguros no sean suficientes;

- implicaría un subsidio cruzado entre hombres y mujeres;
- no existe experiencia de aplicación de tablas unisex en otros países con sistemas de pensión por capitalización individual.

Observando que la utilización de tablas diferenciadas de mortalidad tiene como consecuencia que las mujeres perciban una pensión menor que los hombres debido a las mayores expectativas de vida de éstas, lo cual podría ser discriminatorio, la Comisión pide al Gobierno que evalúe el impacto real de las tablas diferenciadas desde su implementación a la actualidad en los montos percibidos de manera concreta por las pensionadas y que envíe información al respecto.

Artículo 1 del Convenio 111. Legislación

La Comisión toma nota de la adopción de la ley número 20609 de julio de 2012 que establece medidas contra la discriminación. La Comisión observa que la misma es de alcance general y tiene el objetivo de instaurar un mecanismo judicial para dar tratamiento a los actos de discriminación contra cualquier persona. La ley establece los siguientes criterios de discriminación: raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Al tiempo que toma nota de la inclusión de nuevos criterios de discriminación, la Comisión observa que los criterios de color, ascendencia nacional y origen no figuran en la enumeración propuesta por la ley. Dichos criterios figuran, sin embargo, en el artículo 2 del Código del Trabajo. La Comisión pide al Gobierno que indique el modo en que se articulan en la práctica el Código del Trabajo y la ley número 20609 en cuanto a los criterios establecidos y en cuanto a las acciones disponibles a favor de las víctimas. Solicita enviar también información sobre la implementación en la práctica de dicha ley, en cuanto al empleo y la ocupación.

La Comisión toma nota asimismo de los comentarios presentados por la

Federación de Sindicatos de Supervisores Rol A y profesionales de CODELCO Chile (FESUC) de 14 de junio de 2012, que se refieren a que los trabajadores de la empresa CODELCO que fueron contratados después de 2010, grupo que está constituido por más trabajadoras que trabajadores, no perciben las mismas remuneraciones, ni tienen las mismas condiciones de trabajo que los contratados con anterioridad a 2010.

La FESUC señala también que el Código de Conducta adoptado por la empresa en 2011 contiene la disposición siguiente: «soy consciente que la reputación de CODELCO puede verse comprometida si participo de la vida política mientras soy trabajador de la empresa, aunque lo haga fuera de las horas de trabajo».

La Comisión pide al Gobierno que envíe sus observaciones al respecto.

Discriminación por motivos de sexo

La Comisión se refiere desde hace años a que, a fin de otorgar iguales derechos a los cónyuges, es necesario modificar el artículo 349 del Código de Comercio que establece que una mujer casada que, en el momento de contraer matrimonio no eligiese junto con su marido el régimen de separación de bienes, puede celebrar un contrato de sociedad sólo si recibe la autorización especial de su marido.

A este respecto, la Comisión toma nota de que el Gobierno informa que el 5 de abril de 2011 el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal que se fundió con otros dos proyectos previos. El proyecto, que se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, prevé la igualdad ante la ley del marido y la mujer, la plena capacidad de ambos cónyuges y la protección económica del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos o del hogar y ha trabajado en menor medida por ese motivo.

La Comisión pide al Gobierno que continúe informando sobre el trámite de este proyecto de ley que modifica el régimen patrimonial establecido en el Código Civil y que indique si el mismo prevé la modificación del artículo 349 del Código de Comercio a

fin de que la mujer pueda celebrar contrato de sociedad sin necesidad de autorización especial de su marido.

RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DEL PRINCIPIO A LA NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no-discriminación, actualmente en nuestra legislación se encuentra reconocido y garantizado con una serie de normas y mecanismos que atestiguan que el cumplimiento de dichos derechos se encuentra en armonía con las normativas y doctrinas supranacionales.

El Convenio 111 de la OIT no especifica la discriminación por razones de edad, sin embargo, a partir del 2003, el tema cobra relevancia, y la OIT lo agrega en el informe denominado “La hora de Igualdad en el Trabajo”, al reconocerlo como una de las nuevas “y más sutiles formas” de discriminar.

Según el informe, son pocos los avances obtenidos luego de suscrito el Convenio 111, lo que indica que si bien existe el compromiso formal por parte de las naciones de combatir este y otros flagelos, en la práctica las medidas no se aplican.

Consideran los expertos, que es necesario ir más allá en la búsqueda de soluciones, por lo que se comienzan a escuchar algunas propuestas como la planteada en el Foro Económico Mundial, que busca retrasar la edad legal para jubilarse, en los países europeos.

La tutela de los derechos fundamentales

La Ley 20.087, de 2005, que sustituye el Procedimiento Laboral Contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, introdujo cambios fundamentales a nuestro procedimiento laboral, estableciendo que los juicios laborales, a partir de su entrada en vigencia, serán orales, públicos y concentrados, primando en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Conjuntamente con la reforma al procedimiento, se establecieron otros

derechos y garantías que importan una modificación no sólo formal de la ley laboral, sino que reconocieron ciertas garantías constitucionales y el respeto a los fundamentales de los trabajadores.

En relación a los principios que informan todo el procedimiento laboral, tenemos los siguientes:

a. Oralidad

La regla general es que todas las actuaciones del proceso sean orales, conociéndose el procedimiento ordinario laboral en dos audiencias orales, en las que el juez y las partes interactúan directamente. En la primera básicamente se resumen las pretensiones de las partes, se alegan acciones y excepciones, se ofrecen las pruebas y se ordenan diligencias si proceden. Y en la audiencia de juicio se pondera la prueba.

No obstante ello, de todas formas existe la posibilidad de presentar escritos y de trabar incidentes, los que se resuelven por escrito.

b. Publicidad

El artículo 428 expresa que los actos procesales serán públicos. A diferencia de lo que ocurre en otros cuerpos legales, este precepto no admite excepciones, ya que el juez laboral no podrá disponer la reserva o secreto de la totalidad o de parte de las actuaciones del juicio.

c. Concentración

Conforme al mismo artículo 428 recién citado, se procurará concentrar en un solo procedimiento, siempre que sea posible, los distintos actos procesales. Un ejemplo de ello es que las reposiciones se presentan la misma audiencia resolviéndose en el acto, dejándose excepcionalmente la posibilidad de presentarlas por escrito. Además de ello, la audiencia no puede suspenderse y, por lo tanto, el juez debe extenderse o habilitar horarios especiales hasta su completa conclusión, salvo por motivos de fuerza mayor.

En cuanto a la rebeldía de las partes no produce otro efecto, una vez notificada, que provocar que ante la inasistencia del empleador o trabajador igualmente la

audiencia se celebre en ausencia de la parte y le afecten todas las resoluciones tomadas en ellas, sin necesidad de posterior notificación.

d. Inmediación

El artículo 427 del Código del Trabajo expresamente señala que las partes frente al juez ofrecen, producen y rinden la prueba en las audiencias, por lo que el contacto directo con las partes constituye uno de los pilares en que descansa cualquier juicio oral. En efecto, cuando se afecta este principio, la sentencia definitiva adolece de un vicio susceptible de ser atacado mediante el recurso de nulidad.

e. Celeridad

Este principio se relaciona directamente con un cambio sustantivo en la visión del juicio laboral. En efecto, el juez tiene facultades oficiosas, las que aplica cuando sin ellas se retarde la dictación de la sentencia definitiva. Se trata del principio de economía procesal, en el que se trata de realizar en un solo acto el máximo de diligencias. Además de ello, el juez puede rechazar de plano los incidentes y actuaciones de las partes que son realizadas con el solo objeto de demorar la prosecución del juicio. Se trata por lo tanto de evitar la práctica de dilatar los procesos, situación utilizada generalmente por los abogados de las empresas para negociar un acuerdo rápido con el trabajador.

f. Buena Fe

En el artículo 430 del Código del Trabajo se señala que los actos procesales deben ejecutarse de buena fe, facultando al juez para que de oficio tome los resguardos para evitar el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las ya comentadas actuaciones dilatorias.

g. Bilateralidad de la audiencia

Este principio se estableció en el artículo 425 del Código del Trabajo, en el que se dispone que el juez ha de dar a las partes la oportunidad de hacer valer sus argumentos, alegaciones y oponer excepciones y defensas. Por lo tanto, se establece la necesidad de que las partes hayan sido debidamente notificadas para que las actuaciones

procesales sean válidas, sin descuidar con ello el principio de celeridad.

h. Gratuidad

Este principio también ha sido fundamental en la implementación de la reforma procesal laboral, puesto que los trabajadores no incurren en gastos de notificación, situación que evita la declaración de caducidad tan común en el procedimiento antiguo debido a que los receptores judiciales normalmente no actuaban con la misma diligencia cuando se trataba de notificar causas que llevaban las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Por otra parte, si bien es cierto que las Defensorías Laborales atienden a un número limitado de trabajadores (los que perciben menores ingresos), la implementación de un sistema gratuito de asistencia legal llevado por abogados ha sido muy importante para este sector, que estaba desprotegido por no tener acceso a asesoría legal especializada en materias laborales.

Además de estos principios que modernizan el procedimiento laboral, la Ley 20.087 estableció un “procedimiento especial” de Tutela de determinados derechos establecidos en la Constitución Política y que puedan ser vulnerados durante la vigencia de la relación laboral.

Por lo tanto, y tal como lo señalamos al comenzar este capítulo, la Ley N° 20.087 de 2005, no sólo significó la modificación del procedimiento que sirve para tramitar los juicios laborales, sino que reconoció la posibilidad de que los derechos y garantías establecidos en la Constitución en favor de los trabajadores pudieran ser violentados al interior de la empresa y estableció, junto con un procedimiento especial para estos casos – destinado a evitar que la vulneración de derechos continuara al interior de la empresa una vez que los trabajadores realizaran la denuncia- una serie de sanciones que involucran tanto a la autoridad administrativa (Dirección del Trabajo) como al empleador que incurre en conductas atentatorias de derechos.

En este punto debemos recordar lo planteado por el profesor Ugarte en cuanto a la aplicación directa de la norma Constitucional y la intromisión de las garantías constitucionales al interior de la empresa. En efecto, las facultades de mando y dirección

del empleador y el deber de obediencia por parte del trabajador se encuentran limitados por la idea de “ciudadanía en la empresa”.

No obstante lo anterior, la acción de Tutela fue concebida con bastantes limitaciones, porque solamente se aplica en el cuerpo legal a ciertos derechos constitucionales protegidos especialmente, no acogiendo por completo la idea de “ciudadanía en la empresa” que refiere a la aplicación directa de todos los derechos y garantías constitucionales al interior de las organizaciones.

En efecto, por este motivo es que la norma se refiere a la Tutela de derechos como un “procedimiento” que se aplica en ciertos y determinados casos como lo son:

I. Violación de determinados derechos fundamentales de los trabajadores producidos durante la vigencia de una relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

Además se establecieron los siguientes requisitos copulativos:

En primer lugar, debe tratarse de cuestiones suscitadas dentro de una relación laboral. Al respecto se ha planteado el asunto de los trabajadores “a honorarios” en casos en que se trata de relaciones laborales encubiertas. Al respecto, se ha concluido que además de la violación de derechos debe acreditarse por el trabajador la existencia de la relación laboral. Además, se ha discutido si esta acción se aplicaría a los trabajadores del sector público, cuyas relaciones con el Estado se regulan por otros cuerpos normativos distintos al Código del Trabajo. En este punto, ha existido un desarrollo favorable para dichos trabajadores que en un principio se encontraban excluidos de dicha acción y así la más reciente jurisprudencia ha hecho extensiva esta acción y procedimiento a los trabajadores del sector público, logrando con ello eliminar distinciones discriminatorias que persistían aun habiendo un acuerdo internacional específico de esta materia con la OIT.

En segundo término, los hechos materia de la acción de Tutela Laboral deben haberse producido por aplicación de las normas laborales, y no por algún otro motivo.

En tercer lugar, esta violación de derechos mencionados especialmente en la

ley deben haber resultado lesionados "en el ejercicio de las facultades del empleador", esto es por el ejercicio de la facultad de mando y dirección de su empresa.

En este punto, podríamos preguntarnos si cabría aplicar este procedimiento en el caso de mobbing horizontal, en el que la víctima es acosada por compañeros de trabajo y la responsabilidad del empleador está vinculada al deber que tiene de velar por la mantención de un adecuado clima laboral.

Por último, y principalmente, se limitó la acción de Tutela de protección de las garantías constitucionales a ciertos y determinados "derechos fundamentales del trabajador", y no otros derechos laborales que no tengan ese carácter.

Para estos efectos, se consideraron especialmente protegidos a través del procedimiento de Tutela sólo los siguientes derechos, todos ellos consagrados en la Constitución Política de la República:

- 1.- Artículo 19 N° 1, inciso primero. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de los actos ocurridos en la relación laboral.²⁶
- 2.- Artículo 19 N° 4. Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
- 3.- Artículo 19 N° 5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, ello en cuanto a las comunicaciones que realice el trabajador en la empresa, durante la jornada de trabajo.²⁷
4. Artículo 19 N° 6, inciso primero. Libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a

²⁶Además de la Garantía Constitucional aludida, el deber de cuidar la salud de los trabajadores tiene sustentos legales que se contenían en la normativa laboral aún antes de toda reforma al procedimiento, es así que artículo 184 del Código del Trabajo se desprende el deber del empleador de velar por la vida, salud y seguridad del trabajador. Su inciso primero prescribe la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, situación reconocida en su vez por la Ley N° 16.744. sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

²⁷Respecto a este derecho podemos citar el emblemático caso "Cronos" en el que el Tribunal estableció la inviolabilidad del correo electrónico y e incluso del Chat cuando éste se ocupa dentro de la jornada del trabajo, incluso en el caso de que el trabajador ocupe un computador proporcionado por el empleador y un correo electrónico de la empresa.

las buenas costumbres o al orden público.

5.- Artículo 19 N° 12, inciso primero. Libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la Ley.

6. Artículo 19 N° 16. La libertad de trabajo y su protección, en lo relativo a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección.

7.- Artículo 19 N° 16 inciso cuarto. “Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una Ley lo declare así. Ninguna Ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos...”.

II. Además, el mismo procedimiento de Tutela Laboral se aplica para el conocimiento de actos discriminatorios contemplados en el Artículo 2° del Código del Trabajo, esto es, cuando el empleador realice distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social y que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo. En este caso, el derecho a la no discriminación en el empleo debe haber sido vulnerado por el empleador cuando arbitraria y desproporcionadamente discrimine entre trabajadores, violentando la esencia del derecho legalmente establecido.

Por último, se concede el derecho a ejercer la acción de Tutela Laboral en el caso de que el empleador haya empleado represalias en contra de los trabajadores cuando hayan denunciado una infracción a la Inspección del Trabajo.

III-. En tercer término, también se conocerán mediante el procedimiento de Tutela Laboral el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales establecidas en los artículos 292 y siguientes del Código del Trabajo.

IV-. Finalmente las infracciones por prácticas desleales en una negociación colectiva, contempladas en el artículo 389 del Código del Trabajo.

En cuanto a la posibilidad de ejercer la acción directamente en sede constitucional, es preciso señalar que la Ley 20.087 hace incompatibles las acciones de Tutela Laboral y la acción de Protección Constitucional contemplada en el Artículo 20 de la Constitución Política de la República, debiendo el trabajador optar por una u otra acción.

Al respecto podemos señalar que en relación a la violación de otros derechos y garantías constitucionales no protegidas por la Ley especial laboral, los trabajadores pueden ejercer la acción de protección constitucional conforme a los requisitos establecidos en la Carta Fundamental.

En cuanto a la aplicación del procedimiento de tutela laboral en el caso del mobbing resultaba clara su procedencia, particularmente considerando que se trata de un atentado en contra de la vida e integridad física y psíquica de la persona, entendiéndose que tales prácticas implican directamente la vulneración del Artículo 19 N° 1 de la Norma Constitucional, contemplada especialmente en la Ley 20.087.

En efecto, como primera observación a este “procedimiento”, tenemos que debe tratarse de violación a los derechos taxativamente señalados en el inciso primero del artículo 485b del Código del Trabajo, ella debe suscitarse a propósito de un abuso del derecho de mando y dirección del empleador, y sólo en cuanto este abuso sea injustificado, arbitrario o atente en contra de la esencia del derecho.

Por ello, las normas en comento incluso facultan al empleador a que en casos calificados restrinja los derechos protegidos por la acción de Tutela Laboral, siempre cuando esta limitación sea justificada ante el tribunal laboral.

Al respecto, cabe señalar que existe una posibilidad de defensa del empleador si es que logra acreditar en el tribunal que la limitación de derechos ha sido realizada en el

ejercicio de las facultades de mando y dirección que le confiere la Ley, sin arbitrariedad y de manera proporcional, así la norma expresamente señala en su artículo 485 inciso tercero que:

“Se entiende 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 y desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial”.

Esta justificación en juicio de la limitación de algún derecho o garantía constitucional de las protegidas es proporcionado, no es arbitrario ni limita la “esencia de la garantías”, por lo tanto, la protección a las mismas no es absoluta, por el contrario, la norma permitiría a nuestro juicio limitar los derechos de los trabajadores al interior de la empresa siempre y cuando tal medida fuere razonable.

Además de lo anterior, la reforma al procedimiento laboral agregó como titulares de la acción de Tutela Laboral además del trabajador afectado por la vulneración de sus derechos a la Dirección del Trabajo y al Sindicato al cual estuviese afiliada la víctima denunciante. Ello es importante en cuanto obliga a tales instituciones a “acompañar” al requirente en su acción y a apoyarlo de tal manera que el trabajador no se sintiere en desigualdad de condiciones en la contienda judicial.

Así, tanto el trabajador como la Organización Sindical a la cual esté afiliado podrá ser sujeto activo de la acción de Tutela Laboral, siempre que se den los siguientes presupuestos:

- 1.- Deberán invocar un “derecho o interés legítimo”, esto es, el trabajador debe ser una víctima del acoso moral que se reclama y el Sindicato debe ser una organización a la cual esté afiliado el trabajador
- 2.- Deberán considerar lesionados derechos “fundamentales” protegidos específicamente por la acción y procedimiento de Tutela Laboral
- 3.- La vulneración de derechos debe haberse producido durante la vigencia y en el ámbito del Contrato de Trabajo

- 4.- La infracción denunciada debe ser competencia de los Juzgados del Trabajo
- 5.- Sólo se podrá impetrar la acción en caso de que no se haya recurrido de protección ante las Cortes de Apelaciones atendido el hecho de la incompatibilidad de las acciones de Tutela Laboral y de Protección constitucional en comento.

Al respecto, la posibilidad de que la organización sindical inicie la acción de tutela laboral o se haga parte en el proceso está prohibida por el legislador en caso de que la vulneración de derechos constitucionales se desarrolle con ocasión del despido y se hayan vulnerado los derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo.

En el caso de las Organizaciones Sindicales, estas serán sujeto activo de la acción de Tutela Laboral cuando se trate de otros derechos conculcados a los trabajadores cuya acción no haya sido reservada exclusivamente al trabajador que fue víctima de las violaciones a sus garantías en la forma anteriormente señalada.

Por lo tanto, podrán hacerse parte en el proceso iniciado por un trabajador, como tercero coadyuvante, siempre que el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya ya incoado una acción según el procedimiento de Tuteta Laboral, que el actor se encuentra afiliado directa o indirectamente a la organización sindical, y que no se haya incoado una acción de protección constitucional.

Al respecto, a la luz de la reforma procesal laboral también la Inspección del Trabajo, se encuentra facultada para actuar en juicio como sujeto activo de la acción de Tutela Laboral, incluso iniciando el procedimiento. Ello se puede producir cuando el Tribunal que conoce de los hechos solicita un oficio a la Dirección del Trabajo, organismo que, a propósito de una inspección, encontrar irregularidades en la aplicación de la Ley laboral, que vinculen con la vulneración de los derechos y garantías constitucionales protegidas por esta acción especial.

Por ello, la Inspección del Trabajo fue facultada como sujeto activo de la acción de Tutela Laboral atendido el hecho de su deber de velar por el respeto a la normativa laboral y a que puede conocer de eventuales casos de vulneraciones de derechos,

entre los cuales tenemos al acoso moral laboral.

Por lo tanto, en el ejercicio de sus facultades, la Dirección del Trabajo ejercerá la acción de Tutela Laboral sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras generales, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, habiendo tomado conocimiento de mobbing a través de alguna inspección producto de una denuncia o inspección de oficio, elaborando un informe de fiscalización en el que se cuenta de la infracción de derechos o garantías constitucionales especialmente protegidos por la acción de Tutela Laboral, pudiendo además hacerse parte en el juicio, una vez fracasada la mediación entre las partes que se establece como procedimiento administrativo previo al ejercicio de la acción.

OBJETIVOS

El objetivo central de la presente tesis es analizar si la normativa laboral nacional cumple con el acuerdo suscrito por Chile con la OIT sobre la materia de discriminación laboral.

Objetivos específicos

- i. Conceptualizar en forma general el concepto de discriminación con el fin de entender cuáles son sus características como fenómeno social.
- ii. Analizar el proceso de conceptualización de la discriminación por parte de la perspectiva jurídica en general y en relación al ámbito laboral.
- iii. Analizar el procedimiento de tutela laboral en su aplicación a los funcionarios públicos.
- iv. Describir como nuestra legislación, vigente el convenio N°111 de la OIT, incorpora lentamente el principio de no discriminación laboral.

Metodología

- a. Estrategia de la investigación

Para la realización de la presente memoria, recurriremos a los métodos tradicionales de investigación jurídica, vale decir, el análisis de la legislación constitucional, laboral y especial vigente, considerando las reformas a la ley laboral, incorporando además la jurisprudencia sobre el tema y doctrina chilena en relación a la discriminación laboral.

Se identifica un área específica en relación a la discriminación laboral en nuestro país, lo cual no se condice con el acuerdo suscrito con la OIT: para estos efectos metodológicos se abordara la acción de tutela que en sus inicios no podía ser ejercida por

los empleados públicos; se da cuenta del planteamiento jurisprudencial y doctrinario que no permitía ejercer esta acción por dichos trabajadores constituyendo una abierta violación al principio de no discriminación laboral. Se concluye finalmente, luego de esta ardua discusión, que dicha acción es parte de la protección de todo trabajador independiente si este es privado o es público.

b. Sujeto de estudio

Empleados públicos que han hecho valer sus derechos fundamentales hasta la real aplicación de la tutela laboral sin ser discriminados en su accionar.

c. Instrumentos

i. Se analizarán dos fallos reconocidos en la materia de la defensa de los derechos constitucionales como trabajadores del sector público.

ii. Se utilizará asimismo jurisprudencia administrativa

iii. Cambio de criterio por nuestros Tribunales Superiores de Justicia

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En esta parte del trabajo corresponde hacer un breve análisis de los preceptos estatutarios que se encontraban vigentes con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.607 y que sirvieron de base para que la Jurisprudencia se pronunciara respecto de denuncias de supuestos actos de acoso laboral que se produjeron en el interior de la Administración. También nos permitirán entender cómo se procedía en aquellas circunstancias y de qué acciones disponían.

En efecto, en el DFL N° 29, de 2004, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, encontramos referencias a principios constitucionales y a garantías que, en sede laboral, serían susceptibles de ser amparados a través de una acción de Tutela.

Al respecto, en el Estatuto Administrativo se contienen algunos artículos que hacen referencia a los derechos de igualdad de trato, derecho a la no discriminación arbitraria, dignidad de la función pública, mejoramiento de las condiciones de desempeño de los funcionarios y respeto a la carrera funcionaria.

Es así que tenemos que el artículo 17 del Estatuto se refiere al ingreso a los cargos de carrera y a la posibilidad de que se exijan requisitos para la provisión de los mismos, sin perjuicio del debido respeto a que “Todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho a postular en igualdad de condiciones.

Prohíbese todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias basadas en motivos de vigésimo raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo.

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

Cabe consignar en este punto que la norma citada reproduce en gran medida el artículo 2° del Código del Trabajo, por el cual se consagra el principio a la no discriminación en el empleo entendiendo que el postulante, para optar a un determinado cargo o empleo, debe cumplir con determinados requisitos de carácter objetivo y previamente establecidos, con los que se podrá determinar la idoneidad y competencias para ejercer la función, sin que importen una decisión puramente arbitraria.

Lo anteriormente señalado deriva de una matriz común: la Constitución Política de la República, puesto que su artículo 1° dispone que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; en su artículo 19 N° 2 que: “La constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley, y, específicamente, en el artículo 19 N° 16, inciso tercero, dispone que: “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”.

En síntesis, el derecho a la no discriminación es un principio fundamental que tiene su principal fuente en el orden constitucional por cuanto las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que, la dignidad se relaciona estrechamente con la libertad e igualdad.

A mayor abundamiento, el Estatuto Administrativo se refiere precisamente a la noción de dignidad humana, y, en su artículo 3°, letra f), define a la carrera funcionaria como un “sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”.

La citada norma es más que una simple declaración de principios. Tiene su fuente normativa en el artículo 38 de nuestra Constitución, y en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado. En efecto, en el artículo 2° de la Ley de Bases, se expresa que los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su

competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Asimismo, su artículo 3° expresa que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la Ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. Agrega el precepto citado que la Administración deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativa.

Ahora bien, en relación a los servidores públicos la referida norma señala que:

“Los funcionarios de la Administración estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado.

Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico.

Asimismo, deberán observar el principio de probidad administrativa y las normas legales generales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella.”

Respecto de la Carrera Funcionaria, la ley determina que es un sistema integral de regulación del empleo público, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.

Todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado.

A este respecto, podemos citar a la Contraloría General de la República, que en su Dictamen N° 2415 de 1993 expresó: “Este precepto establece la igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso en el sistema de la carrera funcionaria”.

Así, en cuanto a la igualdad de oportunidades para el ascenso, se reconoce que las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deben cumplir con la carrera funcionaria, la igualdad de oportunidades y proteger la dignidad de la función pública, guardando conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado.

Además, sin perjuicio de que a la Administración Pública le es aplicable plenamente la Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, esto es, en el caso del moobing el funcionario puede, en caso de sufrir afecciones de índole físico o psicológico, solicitar se declare su afectación por parte de la entidad calificadora. En efecto, dentro del listado de enfermedades profesionales se encuentra estipulada la Depresión Reactiva, constituida por los siguientes trastornos: desadaptación, ansiedad, somatización y dolor crónico.

Por lo tanto, si el acoso laboral importa un daño de carácter grave que afecta la salud del trabajador podría eventualmente ser declarado como causante de una enfermedad profesional y resulta aplicable por la ley especial citada. Y estaríamos en presencia de cómo un derecho fundamental, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, se protege. Esto es una aplicación indirecta de la Constitución.

A mayor abundamiento, se puede verificar la existencia de la obligación del jerarca de velar y supervigilar las actuaciones del personal que tiene a su cargo y mantener un clima de trabajo adecuado para el desempeño de los funcionarios de la administración, que se encuentra contenida en el artículo 64 de la Ley N° 18.834, que expresa:

“Serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas las siguientes:

a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y

oportunidad de las actuaciones;

b) Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y

c) Desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios”.

La normativa estatutaria citada perfectamente puede asimilarse a la obligación general de empleador contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo de cuidar por la salud, vida y seguridad del trabajador, por lo que es sostenible que la Administración tiene el deber de fomentar un ambiente de trabajo favorable al desarrollo funcionario y el cuidado de su salud física y psíquica.

Por último, y en el caso de las prohibiciones funcionarias, el artículo 84 del Estatuto Administrativo prescribía antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.607 lo siguiente:

“El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones:

1) Realizar cualquier acto atentatorio contra la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º inciso 2 del Código del Trabajo”.

La norma transcrita, si bien es el resultado de la incorporación de la figura del acoso sexual en materia laboral, en su primera parte precisa expresamente la prohibición de realizar actos que atenten en contra de la dignidad de los funcionarios, por lo que, haciendo una interpretación extensiva de lo que importa el mobbing, se pudo llegar a la conclusión que los funcionarios públicos podrían denunciar y demandar ante la Contraloría General de la República y los Tribunales de Justicia la reparación del mal causado por tales conductas y la realización de procedimientos disciplinarios que sancionaran tales actos.

En efecto, se puede citar el siguiente dictamen de la Entidad Fiscalizadora

aludida, que señala a los actos de acoso sexual constituyen un grave atentado a los derechos funcionarios, que provocan un entorno hostil al desempeño de la función pública y que además, importa una violación al principio de la probidad administrativa:

“Procede aplicar la medida disciplinaria de destitución en un empleado público, por haberse acreditado en un sumario administrativo que éste hizo uso de su posición jerárquica para presionar a distintas funcionarias con insinuaciones de connotación sexual y ejerció un hostigamiento en contra de dos de esas servidoras, creando un entorno hostil de trabajo al utilizar un lenguaje soez en su contra, conductas que constituyen una violación grave al principio de la probidad administrativa establecido en el Título II de la Ley N° 18.575 y en el Estatuto Administrativo”

Es así que la norma y el Dictamen citados reconocen limitaciones para el Jefe en el ejercicio de su función y el hecho de no poder violentar garantías constitucionales y, especialmente la dignidad de la persona, lo que en la práctica importó un reconocimiento jurisprudencial, tanto administrativo como judicial de la figura del acoso moral laboral y del hecho que tal acepción fuera aplicable a los funcionarios públicos.

Discriminación en el Código del Trabajo. Artículo 2. ¿Es lo que plantea la OIT? Se recoge la idea?

A nivel legal interno, el artículo 2° del Código del Trabajo (incisos 3°, 4° y 5°) dispone que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”; y los define, señalando que “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; asimismo, aclara sin embargo que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”

Además, y complementando estas normas se encuentra la ley N° 20.609, cuyo

ámbito de aplicación no excluirá a las discriminaciones en el campo laboral, y que define, en su artículo 2, discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”. Del mismo modo, aclara que “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”

Evolución del ejercicio de tutela laboral por parte de Funcionarios públicos: un ejemplo de discriminación

Aunque el procedimiento de tutela responde en su origen a la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales, también puede concebirse en una dimensión vertical tratándose de las personas que trabajan para la Administración Pública. Si bien originalmente la jurisprudencia rechazó esta posibilidad, a poco andar la sentencia de la Corte de Apelaciones (en adelante, SCA) de Valparaíso Rol N° 267-2009, del cuatro de septiembre de dos mil nueve, admitió su procedencia en estos casos. Con ello abrió un debate que, al momento, se inclina por confirmar esa postura tras las sentencias de la Cuarta Sala de la Corte Suprema (CS) Roles N° 10.972-2013, de treinta de abril de dos mil catorce, y N° 3.515-2014, de veintiuno de octubre de dos mil catorce, que acogieron un recurso de unificación de jurisprudencia admitiendo su procedencia tratándose de funcionarios del sector público regidos por el estatuto administrativo (en adelante, EA)

Análisis de jurisprudencia administrativa y judicial relativa a la aplicación de la acción de tutela laboral por los funcionarios públicos en los casos de mobbing.

Como ya lo hemos señalado, la ley sobre el mobbing tuvo una extensa tramitación, presentándose la moción pertinente sin que los funcionarios públicos fueran considerados en la protección de la normativa.

En efecto, la moción parlamentaria se basó en la doctrina internacional sobre el tema, además de justificar una incipiente reforma a la ley laboral en lo que respecta al reconocimiento de la norma laboral del hecho de que las garantías constitucionales deben ser aplicadas a las relaciones laborales.

El hecho de que la Constitución Política de la República garantiza en sus artículos 1º y 5º, y en los tratados internacionales suscritos por nuestro país, el respeto a la dignidad en todas sus formas y dimensiones, de tal forma que se asegura a todos los habitantes de la República sin distinción, en el artículo 19 N° 1 de la misma Carta Fundamental, el respeto a la integridad física y psíquica, nos permite afirmar que esta protección alcanzaría a las personas en todo momento, debiendo el empleador respetar tales derechos al interior de la empresa.

La normativa señala que se debe asegurar a las personas el respeto a la integridad en las distintas dimensiones de su existencia como por ejemplo, la de ésta en el trabajo. Necesario resulta señalar que es de todo orden claro que ésta es digna en su quehacer laboral, pero para ello es necesario que las condiciones que proporcionan un trato acorde de respeto en el trabajo sean estatuidas y preceptuadas por la Constitución y la Ley, para así poder garantizar su efectivo cumplimiento en el desenvolvimiento diario de las relaciones laborales.

Conjuntamente con ello, la ley en comento se sustenta en el principio protector del derecho laboral, el cual reconoce el hecho de que en las relaciones laborales la parte más débil es el trabajador, quien no sólo aporta a la empresa su fuerza de trabajo sino que además, y según la naturaleza de la labor realizada, su propia seguridad, situación que obliga a la parte empleadora a hacerse cargo de la protección de la vida y la integridad de sus trabajadores, tal como se establece en el artículo 184 del Código del Trabajo y en la Ley

16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Sin perjuicio de lo señalado, entendemos que a nuestro juicio la ley en comento no se hizo cargo de enunciar toda la importancia del principio protector en cuanto es fundamental para explicar la obligación del empleador de velar por el mejoramiento del ambiente del trabajo y por el respeto dentro de la empresa de la dignidad de todos los trabajadores. De esta forma, es justamente este principio protector el que debe iluminar al derecho laboral:

“Este principio se refiere al criterio fundamental que orienta a todo el derecho laboral. En lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un estado preferente de una de las partes: el trabajador.”

A mayor abundamiento, ya nos referimos a la dificultad que la norma en comento no contenga de manera expresa la procedencia de la Tutela laboral en el caso de los funcionarios de la administración.

Quizás sea por ello que los funcionarios siguen prefiriendo recurrir frente a los actos de acoso moral laboral por la vía de la acción constitucional de protección, la que tiene la limitación de no otorgar a los dependientes de la administración las indemnizaciones contempladas en el procedimiento de Tutela.

En efecto, si el funcionario pretende ser indemnizado por el daño ocasionado por los malos tratos y la afectación de sus derechos y garantías constitucionales, debería optar por dos opciones: demandar en juicio ordinario y solicitar indemnización de perjuicios y daño moral, o bien recurrir de protección con la pretensión de volver a su cargo, lo que resulta poco efectivo considerando la gran cantidad de funcionarios públicos integrantes de la administración en calidad de “contrata” y honorarios.

Al tratar acerca de la naturaleza jurídica del acoso moral laboral decíamos que, al ser vulnerada la dignidad del acosado, se infringirían algunos de sus derechos fundamentales, lo que conllevaría daños de distinta naturaleza, materiales y morales. En tal sentido, surge la cuestión referida a la procedencia de la reparación de dichos daños, como asimismo, las vías por las cuales es posible recurrir para obtener resarcimiento.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Como ya lo hemos señalado, nuestra jurisprudencia ha analizado el problema del acoso moral laboral acudiendo a las normas jurídicas legales propias del Derecho Laboral y Constitucional, esto último considerando que el acoso moral laboral ha sido conocido por vía de recursos de protección o acciones constitucionales de protección y en contados casos a partir de causas llevadas en sede Laboral. Para ilustrar esto, comentaremos dos sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y analizaremos los razonamientos y fundamentos de los mismos. Nos referiremos en particular a dos sentencias ejemplificadoras del tratamiento de protección de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución en relación al trabajo y en particular a las acciones que los empleados públicos pueden deducir para proteger sus pretensiones:

Recurso de Protección, Causa “Ramis con Municipalidad de Valdivia”. Rol 665-2006.

Descripción del caso

El caso en comento se trata de un recurso de protección deducido por una ex funcionaria de la Municipalidad de Valdivia, doña María José Ramis Gutiérrez, quien recurrió de protección en contra del Director del Departamento de Aseo y Ornato de la I. Municipalidad de Valdivia argumentando que, mientras prestaba servicios en dicha institución, le comunicó al recurrido que se encontraba embarazada, lo que a él le molestó, manteniendo a partir de esa fecha una conducta hostil y persecutoria hacia su persona. Al regreso de su primera licencia médica derivada de su embarazo, se le comunicó que había sido desligada de todo su trabajo, actividad que fue traspasada a una colega; durante ese período no se le asignó ninguna tarea, por lo que se vio en la necesidad de cooperarle a la secretaria a contestar el teléfono.

Posteriormente, el día que regresó de su postnatal, se llevó a efecto una reunión con el personal del departamento, a la cual la trabajadora no fue invitada y al salir de ella su jefe le informó que durante tres meses desempeñaría labores en la oficina de la

Municipalidad y que luego de ello recién retornaría a sus funciones habituales pero sólo en forma parcial. Una vez que entregó los proyectos que le fueron asignados, su jefe le comunicó que no podría ocupar la camioneta que se le había sido asignado para las funciones inherentes a su cargo, es decir, salidas a terreno en su condición de paisajista, ya que el vehículo había sido destinado a otras finalidades.

Además de lo anterior, al comenzar el segundo proyecto, luego de sus vacaciones, sólo encontró trabas de parte del demandado para la ejecución de su trabajo, siguió privándosele del uso de vehículos y de los insumos necesarios, los que llegaban tardíamente, hechos que la afectaron profundamente, no sólo en la actividad laboral, sino en su fuero interno y estima personal. Además, la trabajadora sostuvo que el hostigamiento laboral del cual fue víctima llegó al punto de que en muchas ocasiones fue al vivero de la Municipalidad –lugar esencial a su ejercicio profesional– para sacar plantas para los proyectos que tenía a su cargo y se le informó que su jefe no le había autorizado para realizar funciones necesarias para el proyecto, orden que vulneraba el contrato y que además la perjudicaba en el ejercicio de sus funciones.

Dicha situación de acoso laboral se mantuvo en el tiempo hasta que se le negó permanentemente la entrada al vivero, parte sustantiva del proyecto que le habría sido asignado. Agregó que la persecución laboral que sufrió era persistente, lo que le causó detrimento psíquico y moral permanente.

El daño moral invocado por la trabajadora fue acreditado en el juicio a través de un certificado médico psiquiátrico que acompañó al proceso, por el que se describen los síntomas de un cuadro angustioso y depresivo de tipo reactivo, asociado a conflictos sostenidos en el tiempo en su ámbito laboral.

Además, señaló en su demanda que el “acoso laboral” sufrido por ella, también lo sufrió otra trabajadora, quien terminó por renunciar, el mismo día en que se le ofreció a ella el puesto de paisajista a contrata.

En efecto, ante la persistencia del acoso laboral y la gravedad que el acoso laboral implicó, la trabajadora recurrió ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia a través de un recurso de protección, puesto que los hechos que sufrió como víctima de

acoso moral laboral fueron persistentes en el tiempo, siendo de tracto sucesivo. Para probar el hecho del acoso moral laboral sufrido por ella, acompañó al recurso declaraciones juradas de otras trabajadoras de la Municipalidad que también sufrieron acoso laboral y fueron testigos de la situación vivida por la trabajadora recurrente.

A través de este recurso de protección, la trabajadora sostuvo que se le vulneraron sus garantías constitucionales contenidas en la Constitución Política de la República, especialmente en lo concerniente al artículo 19 N° 1 –derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona- y 19 N° 24 –que corresponde al legítimo derecho de propiedad sobre el trabajo para el cual fue contratada. En efecto, la trabajadora sostenía que mediante el mecanismo de “acoso laboral o moobing” se le causó un perjuicio patrimonial directo, provocando un grave daño a su integridad física, síquica y moral que la mantiene enferma sicológicamente.

Finalmente, solicitó concretamente a la Ilustrísima Corte de Apelaciones que se declarara vulneradas las garantías y derechos constitucionales que señaló y que la recurrida, Ilustre Municipalidad de Valdivia, debía reincorporarla a sus labores habituales, esto es, restituirla en la oficina y lugar físico en donde ejercía sus labores y reponerla en las funciones propias e inherentes a su cargo de paisajista, restituyéndole asimismo el vehículo del cual fue despojada.

A lo anterior se sumó que además pidió en forma expresa, a través de su recurso de protección, que el funcionario recurrido de la I. Municipalidad de Valdivia debía abstenerse de “acosarla laboralmente”, debido a los efectos dañinos que esas acciones provocaron en su salud física y síquica.

Informe de la autoridad

La autoridad edilicia atacó formalmente el recurso de protección denunciando la extemporaneidad del recurso puesto que habrían transcurrido más de 15 días desde que se habría cometido la supuesta ilegalidad, por lo que el recurso de protección interpuesto por la ex trabajadora estaba caduco. En cuanto al fondo, argumentó la falta de legitimidad pasiva, puesto que la recurrente pretendía por vía de un recurso de protección mejorar sus condiciones laborales o que se le asignara un vehículo de manera exclusiva, decisiones de

carácter laboral que no eran tomadas por la autoridad recurrida sino por vía de la administración municipal.

En segundo lugar, la Municipalidad señaló que nunca tuvo la intención ni la actitud de menoscabar a la trabajadora en sus funciones ni menos provocar un acoso moral laboral respecto de ella o en relación a otros trabajadores que prestaban servicios en su dependencia, siendo el recurso de protección deducido por la trabajadora además de improcedente, falso en sus fundamentos.

Además, la autoridad edilicia señaló su sorpresa frente a la actitud de la trabajadora porque la acción de protección fue ejercida por una persona que él personalmente recomendó con el Alcalde al momento de proponerla para ser contratada por el servicio. Para comprobar esta situación acompañó una copia de un memorándum interno, donde quedó plasmada la recomendación de la autoridad para que la trabajadora fuera contratada en la Municipalidad de Valdivia.

En efecto, la autoridad recurrida expresó en su defensa que a la trabajadora no se le separó de sus funciones ni tampoco se modificó de manera alguna su condición de trabajo ni el ejercicio de la función establecida en el contrato que la vinculaba con su empleadora, esto es, como paisajista, prestando servicios en su calidad de tal para la Dirección de Aseo y Ornato, primero contratada a honorarios y luego a contrata por el Municipio. Por lo que, como todo funcionario técnico de la Municipalidad, fue destinada a un departamento específico donde la profesional realizó las funciones encomendadas por el Jefe del Departamento respectivo, por lo que no se le despojó arbitrariamente de funciones inherentes al cargo de paisajista. Por el contrario, luego de ser contratada a honorarios, se le contrató directamente como funcionaria a contrata, existiendo además dos paisajistas en el Municipio que trabajan en el dicho Departamento realizando idénticas funciones.

Además, la autoridad argumentó su defensa señalando que no era efectivo que se haya negado el ingreso al vivero municipal a la trabajadora ni tampoco el hecho que se le habría negado el uso de un vehículo municipal para efectuar sus funciones.

Razonamiento del Tribunal.

Lo primero que tenemos que acotar es que el caso planteado es de naturaleza esencialmente laboral y llama la atención de que ni en los argumentos de la trabajadora ni de la autoridad aludida se refirieran a la Ley laboral ni al deber de protección del empleador a partir, por ejemplo, del artículo 184 del Código del Trabajo ni tampoco de otra norma laboral especial.

En segundo término, al analizar la acción de protección constitucional, deducida por la trabajadora, el libelo del recurso, el informe de la autoridad y la prueba rendida, la Ilustrísima Corte concluyó que efectivamente la denuncia de malos tratos por parte de la actora no era aislada; por el contrario, de una sesión del Concejo Municipal acompañada por la trabajadora, se expresaba que varios miembros de este organismo trataron el problema de las actitudes poco apropiadas de la autoridad recurrida con el personal de la Municipalidad. En efecto, se trató el problema como grave, puesto que eran varias las denuncias de distintos trabajadores respecto a la autoridad aludida, sus malos tratos y el temor que producía en ellos un eventual despido propiciado por dicha autoridad municipal, la que ostentaba en los hechos la Jefatura de Personal y ejercía un poder abusivo con los trabajadores. De este modo, en dicha sesión se propuso una sanción administrativa en contra de la autoridad recurrida, asumiendo por un lado el hecho de que fueron varios los trabajadores que reclamaban de los malos tratos de la autoridad recurrida y por otro, mantención de los continuos malos tratos que la autoridad ejercía sobre los trabajadores.

Además, la ICA de Valdivia consideró que en la unidad de Aseo y Ornato de la I. Municipalidad de Valdivia, donde prestaba servicios la trabajadora, no existían condiciones propicias para un adecuado ambiente de trabajo. En efecto, de las declaraciones de los trabajadores que laboraban en dicho lugar se desprendió el hecho de que era recurrente y constante el asedio de la autoridad recurrida respecto a sus trabajadores afectando gravemente el ambiente laboral y, específicamente en el caso de la trabajadora aludida, afectando su salud.

En efecto, la sentencia en comento fue confirmada por la Corte Suprema en cuyo fallo existe un reconocimiento explícito al hecho que la situación anteriormente

descrita constituía una vulneración de los derechos fundamentales de la actora. De esta forma, en la sentencia se señala:

“DÉCIMO TERCERO: La Constitución de la República asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y, en resguardo de esa garantía, es necesario tomar medidas para poner término a dicho ambiente laboral.

Por ello, sostenemos que la ICA de Valdivia asumió el hecho de la vulneración de la garantía constitucional establecida en el Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, ya que en esta norma de la más alta jerarquía se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, por lo que, acogiendo el recurso deducido por la trabajadora, se protegía la salud, su integridad física y psíquica, afectadas en el caso particular por el inadecuado ambiente laboral que existía en el servicio.”

Comentario

Si bien el inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo excluye de la aplicación de sus normas a las personas que indica, en la medida que se encuentren sometidas por ley a un estatuto especial, cuyo es el caso de los funcionarios de la Administración del Estado como el demandante, lo cierto es que el inciso tercero de la referida norma prevé la posibilidad de que a “los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente”, les sean aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos, copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

Ahora bien, “en relación al primero de los requisitos antes señalados, es posible establecer que revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo, no se advierte que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. Lo anterior significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino sólo a la revisión administrativa del órgano contralor,

cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, sin perjuicio que, además, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo, en circunstancias que el procedimiento de tutela laboral comprende cualquier acto ocurrido en la relación laboral, como consecuencia del ejercicio de las facultades del empleador. En consecuencia, las reflexiones precedentes conducen a sostener que se cumple el primer requisito previsto en la norma, cual es que exista un vacío legal en el estatuto especial, respecto de una materia o aspecto que sí se encuentra regulado en el Código del Trabajo, como es el procedimiento de Tutela Laboral a través del cual se busca proteger al trabajador, por la vía jurisdiccional, en el goce o disfrute de sus derechos fundamentales en el ámbito del trabajo”.

“La conclusión anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece que el procedimiento de Tutela Laboral “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”. En efecto, el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también trabajadores, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo -entre los que se menciona a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de las empresas del Estado- se indica en el inciso tercero, “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código”, sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo. Lo anterior está en concordancia, además, con la forma en que es concebida la excepción a la regla del inciso primero del artículo 1° del cuerpo legal citado. La regla del inciso primero es una de carácter general, por la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso segundo, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general. Así, el inciso segundo establece que “estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”, lo que quiere decir que, no obstante ser éstos trabajadores, quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión sin embargo, utilizada en este

contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso primero -es una relación laboral entre empleador y trabajador- se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comentario”.

En efecto, una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocien el término empleador a un contrato de trabajo -y no a un decreto de nombramiento- o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de la Administración, ejerce funciones habituales de dirección -términos que utiliza el artículo 4° citado- como lo hace todo empleador, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública. Desde esta perspectiva, entonces, tampoco existe impedimento para aplicar las normas de Tutela a los funcionarios de la Administración del Estado, en la medida que su ámbito de aplicación abarca o comprende a todos los trabajadores sin distinción, calidad que -como se dijo- también poseen los referidos funcionarios.

No es despreciable para la interpretación que se efectúa, el especial significado que reviste la consagración de un instrumento de defensa de derechos fundamentales al interior de la relación laboral, que el trabajador aprecie le son desconocidos o lesionados por el empleador en el ejercicio de sus facultades, derechos de aquellos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en los capítulos que especifica el inciso primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo. Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que según también se dijo, deben considerarse “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus

trabajadores, siendo este un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador. Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador -artículo 17 inciso 2º- y ha reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos, sostuvo la sentencia.

Demanda de Tutela Laboral, Causa T-17-2011, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Descripción del caso

Se trata de ex funcionaria despedida por el Ministerio de la Cultura y las Artes, quien solicitó en Procedimiento de Tutela Laboral una serie de prestaciones de carácter típicamente laborales (indemnización por falta de aviso previo y por años de servicio).

Al respecto, cabe comentar que el Tribunal Laboral se declaró incompetente, ante lo cual la actora recurrió a la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso a través del recurso de nulidad, la que acogió el recurso ordenando remitir los autos al Tribunal de origen.

El fundamento de la decisión del Tribunal de Alzada es bastante sui géneris y radica en que el artículo 1º inciso tercero del Código del Trabajo señala el carácter supletorio de la norma laboral y, consecuentemente, es factible recurrir al procedimiento de Tutela laboral a partir de la citada norma, entendiendo que el Estatuto Administrativo no se pronuncia al respecto.

Acá debemos considerar que la Ley N° 20.607, no se encontraba vigente a la fecha del fallo.

En efecto, en su considerando séptimo la sentencia comentada señaló que:

“Que, de lo consignado en el fundamento anterior, aparece que aun cuando una persona en materia de trabajo se rija por un estatuto especial, es posible que en algunos aspectos pueda quedar sujeto a las normas del Código del Trabajo en materias que no estén reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que no fueren contrarias a ellos. Esta situación es la que precisamente ocurre en la especie, puesto que, si bien el actor es una persona que en su contrato se ha indicado que se rige por la Ley 18.834, esta normativa no contempla la posibilidad de accionar en un procedimiento especial por vulneración de tutela de derechos fundamentales, no pudiendo entenderse que una acción de esta clase se oponga a las normas de ese estatuto especial atendido a que el procedimiento de tutela, si bien aparece establecido para solucionar un conflicto que surge en una relación vinculada

al trabajo, busca cautelar en definitiva derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas sin distinción.”

A mayor abundamiento, ante la inexistencia de un procedimiento contemplado en las disposiciones estatutarias, debiera aplicarse el de Tutela de Derechos Fundamentales, situación en la que se asimiló la extinción de la contrata a la figura del despido, por tener una esencia común cual es poner “término al vínculo entre las partes” (considerando décimo séptimo).

Sin perjuicio de los considerandos anteriormente descritos, es preciso reiterar que la jurisprudencia judicial no ha sido particularmente asidua a la aplicación de la Tutela laboral, tal cual se puede inferir de lo sentenciado por la Corte Suprema a propósito de un recurso de Unificación de Jurisprudencia de fecha 5 de octubre de 2012, en causa Rol N° 1972-2011:

“Segundo: Que, por consiguiente, la controversia de derecho consiste en determinar la competencia de los juzgados del trabajo para aplicar la tutela de los derechos laborales fundamentales a funcionarios públicos designados en calidad de contratas en sus respectivos cargos.

Cuarto: Que de las disposiciones transcritas en los considerandos que preceden, resulta que los denunciantes en sus relaciones con la Intendencia Regional se hallaban especialmente sometidos al Estatuto Administrativo y, en forma supletoria, a las normas del Código del Trabajo, pero sólo en los asuntos no regulados por dicho Estatuto y en la medida en que las normas del Código Laboral no fueran contrarias a las de esa normativa especial.

Quinto: Que de esas mismas disposiciones y de las restantes normas de la Ley N° 18.834, aparece que el Estatuto Administrativo establece su propia regulación en torno a las calidades funcionarias que pueden formar parte de una dotación institucional y en cuanto a las causales de expiración en los cargos de contratados y sus disposiciones rigen con preferencia a quienes integran una dotación como la de que se trata, excluyendo el imperio del derecho laboral común en esos asuntos, al tenor de lo preceptuado tanto en los artículos 1° y 11 del mismo Estatuto Administrativo como en los incisos segundo y tercero

del artículo 1 del Código del Trabajo, sin perjuicio de considerarse además el artículo 13 del Código Civil.

Sexto: Que, por otra parte, el artículo 485 del Código del Trabajo, establece que este procedimiento de tutela laboral- se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan. Es decir, a la vinculación surgida en los términos de los artículos 7º y 8º del mismo texto legal y, en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, Ley N° 18.834.

Séptimo: Que, en armonía con lo reflexionado, sólo es dable acoger la presente nulidad sustantiva por haberse incurrido en el error de derecho anotado, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre los otros yerros hechos va leer por el recurrente.

Octavo: Que, en consecuencia, debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratas en una Intendencia Regional en sus respectivos cargos”

El citado criterio de la Excelentísima Corte Suprema, sin embargo, debería tender a cambiar a propósito de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.607 , de 2012, en estudio, puesto que al reconocer la figura de acoso moral laboral, y al mismo tiempo, la aplicación directa de las garantías y derechos constitucionales en materia laboral y funcionaria, a nuestro juicio resulta forzoso concluir la posibilidad cierta de que los dependientes de la administración puedan ejercer la acción a través de una demanda de Tutela Laboral.

En efecto, principios como la no discriminación, la dignidad de la función pública y el deber de la administración de propiciar un ambiente de trabajo adecuado, de tal modo de no afectar la integridad física y psíquica de los trabajadores del sector público, deben a nuestro juicio regir las normas estatutarias en esta materia, siendo indispensable

para dilucidar las dudas procesales pertinentes un pronunciamiento por parte del legislador que autorice de manera expresa que los funcionarios de la administración del Estado tienen derecho a demandar en sede laboral cuando se ven afectadas sus garantías constitucionales, al igual que los trabajadores del sector privado.

Comentario

Se evidencia un proceso tendiente a introducir reglas sustantivas, orientadas a explicitar y reforzar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, como las relativas a la prohibición de las discriminaciones (artículo 2° del Código del Trabajo) y las que consagraron la idea de ciudadanía laboral en la empresa (artículo 5° del mismo cuerpo legal), en cuanto se reconoce la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, en el seno de la relación de trabajo. En ese contexto y en busca de la vigencia efectiva en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, las normas de Tutela consagradas recientemente vienen a colmar ese vacío, al establecer una acción específica para salvaguardarlos, abriendo un espacio a lo que se ha denominado la “eficacia horizontal”.

Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no solo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.

Que, si bien el inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo excluye de la aplicación de sus normas a las personas que indica, en la medida que se encuentren sometidas por ley a un estatuto especial, cuyo es el caso de los funcionarios de la Administración del Estado como el demandante, según se ha anotado precedentemente, lo cierto es que el inciso tercero de la referida norma prevé la posibilidad de que a “los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente”, les sean aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos, copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

Cambios en la jurisprudencia y Recurso de Protección

Para comprender como ha cambiado el criterio de los tribunales se procede a analizar el siguiente caso:

Santiago, treinta de abril de dos mil catorce. Vistos:

En autos RIT T-118-2013, RUC N°1340008096-2, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en procedimiento de Tutela Laboral, don Pablo Andrés Bussenius Cornejo denunció a la Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), por haberlo privado de su empleo público vulnerando la garantía de no discriminación directa, por razones sindicales, e indirecta, en el empleo y ocupación de las normas que indica, a efectos de lo cual solicita el reintegro a sus funciones y, en subsidio y atendida la especial gravedad de lo acontecido, se la condene al pago del equivalente a 11 remuneraciones, entre otras prestaciones.

La demandada solicitó el rechazo de la acción y, aceptando los aspectos que hacen a las características laborales del actor (funciones, tiempo servido, calidad de la relación a contrata), alegó incompetencia absoluta del tribunal y falta de legitimación, las que fueron rechazadas por el tribunal en audiencia preparatoria. En cuanto al fondo, como defensa subsidiaria, la demandada contravirtió todos los hechos afirmados por el actor y, expresamente, el haber incurrido en actos de discriminación.

La sentencia definitiva de veinticuatro de junio de dos mil trece acogió la denuncia por vulneración de derechos fundamentales, y declaró que Cenabast discriminó, ejerciendo una acción antisindical al poner término a los servicios del actor el 31 de diciembre de 2012, y ordenó reincorporarlo a sus funciones habituales una vez ejecutoriada la resolución, pagarle las remuneraciones devengadas hasta su efectiva reincorporación y publicar la sentencia en su intranet corporativa. Como medida cautelar dispuso la reincorporación del actor dentro de quinto día de notificada la sentencia.

En contra de dicha sentencia, la demandada, representada por el Consejo de Defensa del Estado, interpuso recurso de nulidad fundada en la causal del artículo 477 del

Código del Trabajo, por infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación a los artículos 1°, 3° letra c) y 160, todos de la ley 18.834, artículo 15 de la ley 18.575, y asimismo, en relación a los artículos 1°, incisos 2° y 3°, 4°, 420 y 485, todos del Código del Trabajo, al interpretar y aplicar erróneamente dichos artículos, lo que le lleva a concluir que existió falta de jurisdicción del juez para conocer del asunto controvertido. En subsidio, y con los mismos argumentos esgrimidos en relación a la causal principal, alegó la del artículo 478 letra a) del Código del Trabajo, incompetencia del tribunal, para después alegar en forma subsidiaria, una en pos de otra, la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación a los artículos 485 y 3° letra a), ambos del Código del Trabajo y nuevamente la causal del artículo 477 citada en relación al artículo 10 de la ley 18.834, la causal del artículo 478 letra b) y la del artículo 478 letra e), por decisiones contradictorias, ambas del cuerpo legal citado.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del citado recurso, lo acogió, en fallo de primero de octubre de dos mil trece, por estimar que concurría la causal principal de nulidad alegada, invalidó la sentencia y dictó una de reemplazo que rechazó la acción de tutela intentada, fundada en que al estar el actor sometido a un estatuto especial, no le eran aplicables las normas sobre tutela contenidas en el Código del Trabajo.

En contra de la resolución que falló el recurso de nulidad, la demandante dedujo ante la Corte Suprema un recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando se lo acoja y se deje sin efecto lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, dictando una sentencia de reemplazo que haga lugar a la denuncia de tutela, más las costas de la unificación.

Se ordenó traer los autos en relación, y se tomó en consideración lo siguiente:

“Considerando:

1°) Que, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 483 y 483-A, ambos del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existen distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes, emanados de Tribunales Superiores de Justicia. La presentación debe ser

fundada e incluir una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones existentes en relación a la materia fallada en la sentencia contra la que se recurre, amén de acompañar copias fidedignas del o los fallos que se invocan como fundamento.

2º) Que la parte recurrente sostiene que la materia de derecho objeto del presente recurso, que habrá de dilucidar esta Corte, dice relación con la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, para conocer y fallar acciones de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, respecto de personas que prestan servicios al amparo del Estatuto Administrativo.

3º) Que, luego de referir los antecedentes de hecho del proceso, el recurrente señala que la Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo que impugna, se aparta de la jurisprudencia de otros tribunales superiores que, amparada en el inciso 3º del artículo 1º y en el artículo 420, ambos del Código del Trabajo, ha declarado la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer acciones de tutela como la que se ventila en este juicio, interpuestas por quienes tienen o han tenido la calidad de funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo.

En relación a la segunda causa citada, caratulada “Torrealba Alcérreca con Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes”, señala que se establece el criterio de que aun cuando una persona se rija por un estatuto especial, es posible que quede sujeta a las normas del Código del Trabajo, en materias que no están reguladas en sus propios estatutos, siempre que no fueren contrarios a ellos, que es lo que ocurre en el caso de los funcionarios públicos, toda vez que el Estatuto Administrativo no contempla un procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda entenderse que una acción de esta clase se oponga a las normas estatutarias, ya que ésta busca cautelar en definitiva derechos fundamentales a todas las personas sin distinción. Agrega la citada sentencia que la voz “trabajadores” utilizada en el artículo 1º del Código del Trabajo, para referirse a los funcionarios de la administración del Estado, resulta relevante para estos efectos.

A la luz de lo anterior, el recurrente indica que el criterio contenido en la sentencia cuya interpretación impugna infringe la normativa legal citada, toda vez que, en

su opinión, no puede dejarse de lado que el artículo 84 del Estatuto Administrativo hace una remisión expresa al artículo 2° del Código del Trabajo, en tanto que el artículo 17 de la ley 18.834, hace la misma remisión en forma tácita, lo cual considera un criterio de interpretación que demuestra que el Estatuto Administrativo confiere a los funcionarios de planta y a contrata el derecho a no ser discriminados, pero no un procedimiento judicial para accionar ante la vulneración de tal garantía. Señala, en consecuencia, que el Juzgado del Trabajo, en procedimiento de tutela de los artículos 485 a 495 del Código del Trabajo, resulta ser competente para conocer de tales acciones de tutela por vulneración de derechos fundamentales interpuestas por quienes presten o hayan prestado servicios para entidades públicas, estando regidos por el Estatuto Administrativo.

Termina señalando que, como se aprecia, ante hipótesis prácticamente idénticas, referidas a la competencia de los Juzgados del Trabajo para conocer y fallar acciones de tutela como las indicadas, las respectivas Cortes de Apelaciones han aplicado los artículos 1° y 420 del Código del Trabajo con criterios diametralmente opuestos, olvidando la sentencia que se recurre que el artículo 486, inciso primero, del Código del Trabajo, otorga en forma expresa competencia a los Juzgados del Trabajo para conocer de las denuncias que particulares y organizaciones hagan por vulneración de derechos fundamentales, de suerte que, sostiene el recurrente, dicha norma otorga competencia, en los términos de los literales a) y g) del artículo 420 y del inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, para conocer de la acción que se ventila en el juicio de autos, aun cuando quienes la interpongan presten servicios de aquellos regidos por un estatuto especial, como el contemplado en la ley 18.834. Todo lo cual, señala, justifica ampliamente la interposición del presente recurso de unificación de jurisprudencia, a fin de que esta Corte determine la interpretación que se ajusta a derecho.

CONCLUSIONES

Chile firma el Convenio sobre Discriminación el año 1958 y lo ratifica el año 1971 con la Organización Internacional del Trabajo. En los primeros informes, la Comisión toma nota de los comentarios presentados por la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), la Asociación de Funcionarios del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), entre otros.

Se ha evidenciado que los cambios requeridos por nuestra legislación en el ámbito laboral en pro del cumplimiento del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación, han avanzado lentamente desde su ratificación en el año 1971.

La Comisión toma nota de la adopción de la ley número 20.609 de julio de 2012 que establece medidas contra la discriminación. Observa que la misma es de alcance general y tiene el objetivo de instaurar un mecanismo judicial para dar tratamiento a los actos de discriminación contra cualquier persona. La ley establece los siguientes criterios de discriminación: raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Al tiempo que toma nota de la inclusión de nuevos criterios de discriminación, la Comisión observa que los criterios de color, ascendencia nacional y origen no figuran en la enumeración propuesta por la ley. Dichos criterios figuran, sin embargo, en el artículo 2 del Código del Trabajo. La Comisión pide al Gobierno que indique el modo en que se articulan en la práctica el Código del Trabajo y la ley número 20.609 en cuanto a los criterios establecidos y en cuanto a las acciones disponibles a favor de las víctimas. Solicitó enviar también información sobre la implementación en la práctica de dicha ley, en cuanto al empleo y la ocupación.

Aunque el procedimiento de tutela responde en su origen a las personas que se

rigen por el código del trabajo, y por tanto; no es posible de accionar de tutela por los empleados públicos, en principio, lo que se evidencia abiertamente contrario al principio de igualdad ante la ley y obviamente es discriminatorio según el Convenio N° 111.

Este procedimiento, que permite la aplicación vertical de los derechos fundamentales en la empresa, ha ido evolucionando para incluir también a los trabajadores del sector público. Es así, que a través de la presente tesis vemos como si bien originalmente la jurisprudencia rechazó esta posibilidad, a poco andar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 267-2009, de 04.09.2009, admitió su procedencia en estos casos. Con ello abrió un debate que, al momento, se inclina por confirmar esa postura tras las sentencias de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, Roles N° 10.972-2013, de treinta de abril de dos mil catorce, y N°3.515-2014, de veintiuno de octubre de dos mil catorce, que acogieron un recurso de unificación de jurisprudencia admitiendo su procedencia tratándose de funcionarios del sector público regidos por el estatuto administrativo.

Para aplicar la Tutela en los casos de trabajadores del sector público se estableció que debían existir dos elementos copulativos:

El primero de los requisitos señalados; es el de establecer que, revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo, no se advierta que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. En efecto, el procedimiento especial de reclamo consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, al que ha aludido la demandada, es un recurso de carácter administrativo que conoce la Contraloría General de la República, por vicios de legalidad que pudieren afectar los derechos conferidos a los funcionarios en dicho Estatuto. Lo anterior significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino solo a la revisión administrativa del órgano contralor, cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, sin perjuicio que, además, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo, en circunstancias que el procedimiento de tutela laboral comprende cualquier acto ocurrido en la relación laboral que, como consecuencia del ejercicio de las

facultades del empleador, implique una lesión en los derechos fundamentales del trabajador, en los capítulos que especifican los incisos 1° y 2° del artículo 485 del Código del Trabajo.

En consecuencia, las reflexiones precedentes conducen a sostener que se cumple el primer requisito previsto en la norma, cual es que exista un vacío legal en el estatuto especial, respecto de una materia o aspecto que sí se encuentra regulado en el Código del Trabajo, como es el procedimiento de Tutela Laboral a través del cual se busca proteger al trabajador, por la vía jurisdiccional, en el goce o disfrute de sus derechos fundamentales en el ámbito del trabajo.

El segundo requisito, previsto en el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, exige que las normas que habrían de aplicarse en forma supletoria no sean contrarias a las disposiciones del estatuto especial. A este respecto, es menester señalar que tampoco se encuentra en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y, es que no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado. No se debe; pues, confundir, al pretender contraponer lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 18.575, que establece que el personal del Estado se regirá por las normas estatutarias en cuanto al ingreso, deberes, derechos, responsabilidad administrativa y cesación de funciones, con el procedimiento de tutela laboral, toda vez que este último tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral y, en ningún caso, modificar u obviar el estatuto laboral que rige a los funcionarios públicos, respecto de quienes lo que se pretende es aplicar - cualesquiera sean las características del régimen de trabajo- un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte del empleador.

En consecuencia, satisfechos los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, no resulta existir inconveniente para la aplicación supletoria de las normas que se consagran en el párrafo 6° del Título I del Libro V del

referido cuerpo legal, respecto de la tutela de derechos fundamentales, a los funcionarios que se encuentran sujetos al Estatuto Administrativo.

La conclusión anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece que el procedimiento de Tutela Laboral “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”. En efecto, el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también trabajadores, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo -entre los que se menciona a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de las empresas del Estado- se indica en el inciso tercero, “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código”, sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo. Lo anterior está en concordancia, además, con la forma en que es concebida la excepción a la regla del inciso primero del artículo 1° del cuerpo legal citado. La regla del inciso primero es una de carácter general, por la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso segundo, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general. Así, el inciso segundo establece que “estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”, lo que quiere decir que, no obstante ser estos trabajadores quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión sin embargo, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso primero -es una relación laboral entre empleador y trabajador- se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comento.

Las reflexiones precedentes permiten descartar la interpretación que del artículo 3° letra a) del Código del Trabajo se hace habitualmente, así como la mención al artículo 4° del mismo cuerpo legal. En efecto, una vez entendido que la relación entre el

funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocien el término empleador a un contrato de trabajo -y no a un decreto de nombramiento- o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de la Administración, ejerce funciones habituales de dirección -términos que utiliza el artículo 4º citado- como lo hace todo empleador, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública. Desde esta perspectiva, entonces, tampoco existe impedimento para aplicar las normas de Tutela a los funcionarios de la Administración del Estado, en la medida que su ámbito de aplicación abarca o comprende a todos los trabajadores sin distinción, calidad que -como se dijo- también poseen los referidos funcionarios.

No es insignificante para la interpretación que se efectúa, el especial significado que reviste la consagración de un instrumento de defensa de derechos fundamentales al interior de la relación laboral, que el trabajador aprecie le son desconocidos o lesionados por el empleador en el ejercicio de sus facultades, derechos de aquellos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en los capítulos que especifica el inciso primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo. Se trata en definitiva, no sólo de un reconocimiento material, sino también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que según también se dijo, deben considerarse “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador. Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador -artículo 17 inciso 2º- y ha

reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos.

Es así que se tiene que en los últimos años aparece la idea de “ciudadanía en la empresa”, que se opone a la tradicional concepción existente en cuanto a que al interior de la entidad productiva el empleador tendría una facultad de dirección sin contrapeso, sustentada en el derecho de propiedad, sin lugar a dudas un derecho muy protegido por nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la posibilidad de que el empleador, en el ejercicio de sus facultades como propietario de la empresa, del capital, de los medios de producción y, en definitiva como organizador de su empresa, estuviese limitado no era parte del lenguaje ni de la institucionalidad jurídica.

Así también, se entendía que los funcionarios públicos se rigen por ley especial y por lo tanto no tendrían la posibilidad de accionar de tutela. Sin embargo, el criterio integrador de la Constitución ha dado muestras del cambio en la jurisprudencia.

Es en este sentido que se ha entendido que la Constitución Política no es sólo una mera declaración de principios sino que se le otorga una aplicación directa. En efecto, pese a la existencia de las acciones de amparo y protección, la doctrina y la jurisprudencia laborales fueron reticentes a limitar la facultad de mando y dirección del empleador, considerando que al privilegiar el derecho de propiedad, nuestro ordenamiento jurídico de alguna manera subordinaba el principio protector del trabajador a la facultad de organización del empleador.

En definitiva, este razonamiento tradicional significaba la posibilidad cierta de que, en el ejercicio de sus facultades, algunos empleadores pudieran vulnerar los derechos que los trabajadores tenían en cuanto personas, en razón de su poder de decisión al interior de la empresa.

Sin embargo, este argumento no sería sustentable en el tiempo, sobre todo considerando el principio de la Supremacía Constitucional y el lento pero constante avance de la Jurisprudencia Judicial, la que, no obstante la inexistencia de una normativa expresa que tipificara los actos de discriminación, acoso moral entre otros, logró conocer y sancionar los mismos a través de una interpretación extensiva y omnicomprendensiva de la Carta Fundamental.

Para nosotros, este es un razonamiento bastante lógico y objetivo, que parte de que los derechos, cualesquiera que sean éstos, tienen una limitación en la protección a la dignidad de la persona humana.

Es así que resulta a lo menos razonable que, si la propia Carta Fundamental limita la facultad del Estado frente a las personas y sus derechos, parece del todo razonable que de igual forma se limiten las facultades del Estado frente a los derechos de los funcionarios públicos y claramente del empleador para proteger al trabajador en sus garantías fundamentales.

A mayor abundamiento, quizás la garantía más importante contemplada en nuestra Constitución Política de la República la encontramos en el Artículo 19 N° 1 que establece el derecho a la integridad física y psíquica de la persona y por lo tanto, resulta del todo lógico que dicha garantía sea protegida en el desarrollo de la relación laboral, sea esta entre particulares o entre el Estado y los funcionarios públicos. En efecto, el trabajador, privado o público, como persona tiene una serie de derechos garantizados constitucionalmente, los que “lleva” a su lugar de trabajo, por lo que la facultad de mando y dirección del empleador, sea este privado o público, tiene justamente como límite dichos derechos y garantías constitucionales.

Lo anterior fue considerado por el legislador al establecer en el nuevo procedimiento laboral la acción de Tutela, la que específicamente garantiza el respeto a ciertos derechos constitucionales que se consideraron fundamentales de ser respetados al interior de la empresa.

En efecto, con la reciente entrada en vigor de la Ley N° 20.607 de 2012, al menos permitió que la Contraloría General de la República reconociera que la figura del

acoso moral laboral no sólo se encuentra tipificada en la nueva normativa, sino que tiene su fuente en la Norma Constitucional:

“Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 1° de la Constitución Política de la República proscribire todos aquellos actos que atenten contra la dignidad de los individuos, de manera que la transgresión a dicha norma compromete la responsabilidad administrativa del infractor”.

En efecto, la entrada en vigencia de esta norma ya ha significado un cambio en la jurisprudencia administrativa y judicial.

Sin perjuicio de ello, reconocemos el hecho de que, pese a la carencia de legislación positiva que regulara la figura, tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral ya habían incorporado esta noción y reconocido, en primer lugar, la existencia del acoso moral laboral como un atentado a la dignidad del trabajador, e incluso de funcionarios que servían a la administración.

Sin perjuicio de lo anterior, se mantuvo la diferencia de criterios en el caso de los funcionarios públicos puesto que en variadas ocasiones los Tribunales Superiores de Justicia y en particular la Excelentísima Corte Suprema no ha reconocido la facultad de demandar al Estado en procedimiento de Tutela Laboral, por violación a derechos y garantías fundamentales situación que, a nuestro juicio importa, una abierta discriminación, puesto que, en el ámbito privado sí se ha reconocido el hecho de que la víctima debe tener una indemnización por los daños sufridos a raíz de este abuso.

Sin embargo y como ya lo hemos señalado en estas líneas, sostenemos que la situación anteriormente descrita debería variar sustancialmente, puesto que la Ley N° 20.607 debería entenderse como el reconocimiento de la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito laboral en los organismos fiscales, tratándose de violaciones de derechos funcionarios especialmente graves, reñidas con el principio rector de la probidad administrativa.

La Tutela Laboral es un procedimiento nuevo y especial, introducido por la ley 20.087, con el objeto específico de proteger los derechos fundamentales del trabajador

(en estricto rigor no es un procedimiento especial, puesto que su tramitación se efectúa conforme al procedimiento de aplicación general). Se trata, en definitiva, de un mecanismo o conjunto de reglas que permite al trabajador reclamar el resguardo y la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, cuando aquellos se aprecien lesionados por el ejercicio de las facultades del empleador.

Dicha nueva modalidad, aparece como la culminación de un proceso tendiente a introducir reglas sustantivas, orientadas a explicitar y reforzar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, como las relativas a la prohibición de las discriminaciones (artículo 2º del Código del Trabajo) y las que consagraron la idea de ciudadanía laboral en la empresa (artículo 5º del mismo cuerpo legal), en cuanto se reconoce la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, en el seno de la relación de trabajo. En ese contexto y en busca de la vigencia efectiva en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, las normas de Tutela consagradas recientemente vienen a colmar ese vacío, al establecer una acción específica para salvaguardarlos, abriendo un espacio a lo que se ha denominado la “eficacia horizontal” de esa clase de derechos.

Así lo destacaba el mensaje presidencial que acompañó al proyecto de ley que dio origen a la modificación legal analizada, señalando que “uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico – laboral, de los derechos que el trabajador detenta no solo en cuanto trabajador sino en cuanto persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.”

A su turno, en el debate parlamentario quedó de manifiesto que se trata de derechos fundamentales que exceden los que se han considerado tradicionalmente como derechos propiamente laborales (como el derecho a la sindicalización, negociación colectiva, entre otros) y que la nueva modalidad busca salvaguardar el ejercicio de los

derechos de las personas, los cuales se estiman “inviolables en cualquier circunstancia, incluso al interior de la micro sociedad que es la empresa, y están garantizados para todos los habitantes en la Constitución Política.

Por lo tanto, a nuestro entender resulta plenamente aplicable al caso concreto de los funcionarios de la Administración del Estado sometidos a vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral, la Ley 20.087, que sustituyó el procedimiento laboral contemplando la acción de Tutela con el preciso objeto de proteger al trabajador en su calidad de persona dotada de derechos protegidos por nuestra Constitución y por el Convenio N°111 y otros suscritos con la Organización Internacional del Trabajo, para evitar toda discriminación arbitraria en el ámbito laboral que es del caso particular que nos interesaba describir a fin de evaluar como nuestro país cumple con dicha normativa.

BIBLIOGRAFIA

LEY N° 18.620.CHILE. Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, enero de 2003.

111, Convenio sobre la discriminación. OIT. 1958. Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958) – Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales). 14 Artículos.

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. El derecho a la no discriminación en el empleo. Santiago, Chile: LexisNexis, 2005. 327 p.

2856/162. DICTAMEN Dirección del Trabajo. Empresa. Facultades de administración. Alcance Derechos Fundamentales. Santiago, 2002. 6 p.

HAEFNER, Carlos. El etnocentrismo. Revista Chilena de Antropología,(6): 11-45, Marzo 1990.

HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Subtítulo: Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral. 2ª ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2004.3 v.

KIRSTEN, María Schapira. Sistemas de control de la OIT. [En línea] [Citado el: 26 de agosto de 2014.] Disponible en: <<http://documents.mx/documents/sistemas-de-control-de-la-oit-kirsten-maria-schapira-felderhoff-kirsten-maria.html>>

LIRA Urquieta, Pedro. Apuntes de derecho del trabajo y de la seguridad social. 10ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1973. 347 p.

LIZAMA Portal, Luis, y UGARTE, José Luis. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Santiago, Chile: Conosur, 1998. 220 p.

LÓPEZ, Diego. Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertades y dignidad para las personas que trabajan. [Citado el: 15 junio 2015]. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentación/1612/articles-866757_Recurso_1.pdf>

OIT. Organización Internacional del Trabajo. [En línea] [Citado el: 20de agosto de 2014.]
Disponble en:<<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>. 1>

THAYER Arteaga, William. Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno. [Citado el 25 de septiembre 2015]. Disponible en:<<http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?&index=BIB&term=80316>>

UGARTE Cataldo, José. El Nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile: Universitaria, 2004. 177 p.