

PUBLICACIONES FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

COLECCIÓN DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

1. Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública

Rafael Blanco, Mauricio Decap, Héctor Hernández, Hugo Rojas (2002)

2. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno

Héctor Hernández (2002)

3. La Cuestión Indígena y las Exigencias del Reconocimiento

Maximiliano Prado (2003)

4. La Constitucionalización del Proceso Penal en Chile y sus alcances en la Doctrina y la Práctica Procesal del siglo XIX

Eric Eduardo Palma (2003)

5. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?

Gonzalo García (2004)

6. Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública

Rafael Blanco, Alejandra Díaz, Joanna Heskia, Hugo Rojas (2004)

7. Hacia la Consolidación de la Equidad: Un Defensor del Pueblo para Chile

Aldo Mascareño, Elina Mereminskaya (2005)

8. Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Chileno

Rafael Blanco, Héctor Hernández, Hugo Rojas (2005)

ENSAYOS JURÍDICOS

1. La Culpa en la Responsabilidad Civil

Enrique Barros (2005)

2. Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral

José Luis Ugarte (2006)

OBRAS

1. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal

Rafael Blanco, Mauricio Decap, Leonardo Moreno, Hugo Rojas (Lexis Nexis, 2005)

2. Obras Jurídicas Completas de Alberto Hurtado

Con estudio preliminar de Pedro Irureta (Lexis Nexis, 2005)



ENSAYOS JURÍDICOS

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

Almirante Barroso 6
Santiago de Chile

Ensayos Jurídicos es un espacio abierto a todas las personas interesadas en difundir los resultados de sus investigaciones.

UNIVERSIDAD
ALBERTO
HURTADO

Nº 2 - 2006

ISSN 0718 - 2856

©Derechos Reservados

FACULTAD
DE
DERECHO

ENSAYOS JURÍDICOS

Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral

José Luis Ugarte Cataldo



Ensayos Jurídicos

Publicación periódica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Director

Pedro Irureta

Comité Editorial

Rafael Blanco
Rodrigo Coloma
René Cortínez SJ
Héctor Hernández
Ximena Moreno
Enrique Rajevic
Hugo Rojas
Salomón Serrano

Dirección

Almirante Barroso 6, Santiago de Chile
www.uahurtado.cl

ISSN 0718-2856

Prohibida reproducción parcial o total sin previa autorización del Comité Editorial
Todos los derechos reservados
1000 ejemplares

Colaboraciones

Los académicos e investigadores interesados en enviar artículos, reseñas, traducciones o notas bibliográficas para su publicación en Ensayos Jurídicos deben dirigirse a: Comité Editorial, Ensayos Jurídicos, Almirante Barroso 6, Santiago de Chile. Los textos impresos a doble espacio deberán ser enviados en duplicado, en lo posible con diskette de computación incluido. Los artículos deben ser inéditos y serán sometidos a evaluación por parte de expertos independientes. En caso de traducciones, deben contar tanto con autorización del autor como de la editorial respectiva.

Diseño y diagramación

Revista Mensaje

Impreso en Gráficandes®

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR: El nuevo procedimiento de tutela laboral

JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO*

PRESENTACIÓN. I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y SU TUTELA EFECTIVA: EL MUNDO DE LAS PALABRAS. III. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO MÁS REGLAS ESPECIALES. IV. EL SUJETO PASIVO: EL EMPLEADOR. V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA "LISTA" DE DERECHOS FUNDAMENTALES. VI. LA CONDUCTA LESIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ROL DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL. VII. LAS REGLAS SOBRE LA PRUEBA: LA TÉCNICA DE LOS INDICIOS. VIII. LA SENTENCIA COMO ACTO COMPLEJO: EN BUSCA DE LA EFICACIA DEL DERECHO. IX. EL BALANCE DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA: EL INICIO DE UN LARGO CAMINO.

PRESENTACIÓN

La aprobación de la reforma procesal laboral, especialmente de la Ley N° 20.087 (D.O. 03.01.2006), importa un intento por avanzar en mejorar la eficacia del Derecho del Trabajo, mediante la creación de procedimientos laborales fundados en la inmediatez y la oralidad.

Pero la reforma va más allá, ya que no sólo propicia un cambio desde el punto de vista de la estructura de los procesos laborales, sino que, además, amplía el tipo de derechos que se reconocen al trabajador. En efecto, la creación, por vez primera en nuestra legislación, de un cauce jurídico procesal especial para el ejercicio de garantías constitucionales al interior de las empresas es una novedad mayor para la comunidad laboral.

El denominado *procedimiento de tutela* previsto en la reforma procesal laboral, huella patente del proceso de constitucionalización del derecho, busca proteger aquellos derechos que la Constitución reconoce al trabajador en su condición de ciudadano, y que hasta ahora se habían quedado sólo en el papel. El trabajador deja así, por fin, de ser titular sólo de derechos patrimoniales, asociados a su condición de parte débil, con una fuerte reminiscencia del mundo obrero industrial, para ser considerado un titular de derechos fundamentales como la vida privada y la libertad de expresión, los que están indisolublemente asociados a su condición de ciudadano, integrante de una sociedad democrática.

* Abogado, Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La *constitucionalización del derecho* -algo así como el desembarco de la Constitución en todos los rincones del derecho- importa un cambio de paradigma respecto del antiguo estado legal del derecho: “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹.

Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación. Explicado como “el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”².

En este nuevo paradigma, la clave será considerar que las normas constitucionales tienen todas -sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que establecen los derechos fundamentales de las personas (eficacia directa de la Constitución), y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo.

Pero hay algo más: esa eficacia directa o normativa de la Constitución no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (*eficacia vertical*), sino que también, y ahí la gran novedad, afecta las relaciones entre particulares (*eficacia horizontal*). Queda configurada así, fruto de la impregnación de la Constitución al resto del orden jurídico, la “marcha triun-

¹ GUASTINI, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en AAVV *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49. La constitucionalización, según este autor, es un proceso, una cuestión de grado, y no una cuestión bipolar al modo “todo o nada”. En ese proceso los sistemas jurídicos están más o menos constitucionalizados, según se adopten ciertas condiciones: Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, la “sobreinterpretación” de la Constitución, interpretación conforme de las leyes a la Constitución, e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

² PRIETO SANCHÍS, L. “Constitucionalismo y garantismo”, AAVV *Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 48. Las palabras de PRIETO SANCHÍS no son una exageración y efectivamente, tanto el horario laboral nocturno de las panaderías, como el etiquetado de los chocolates, han sido objeto de ponderación judicial constitucional en el derecho alemán. Al respecto ver ALEXY, R. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002.

fal sin parangón” del Estado constitucional de derecho³ y uno de sus productos más genuinos: el discurso de los derechos fundamentales.

Este discurso se caracteriza, según ALEXY, “por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación”⁴. Este triunfalismo del discurso de los derechos, propio del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, no está, cabe apun- tarlo, libre de críticas⁵.

Este cambio de paradigma sobre la Constitución y particularmente sobre los derechos constitucionales -de un modelo de eficacia indirecta o programática y en todo caso exclusivamente vertical, a un modelo de eficacia directa o vinculante y de eficacia vertical/horizontal- es para América Latina, y particularmente para

³ La optimista frase de ALEXY no debe hacer perder de vista que este proceso no ha estado exento de críticas: por una parte, se denuncia la “sobreconstitucionalización” del orden jurídico, ya que si la Constitución contiene en sí todos los elementos del orden jurídico, estaríamos frente a lo que FORSTHOFF con sarcasmo denominó “un huevo jurídico origina- rio”, de donde todo problema jurídico proviene y hacia donde todo problema va, desde el Código Penal a la ley de fabricación de termómetros. Cfr. FORSTHOFF, E. *El Estado en la sociedad industrial*, IEP, Madrid, 1975. En otras palabras, la Constitución “determinaría completamente la parte normativa de todas las decisiones de la jurisdicción ordinaria. La Corte Constitucional casi podría abandonar entonces su papel de instancia de supervisión y debería convertirse, entre otras cosas, como señaló DIEDERICHSEN en su dura crítica, en la Corte Suprema en materia civil. El moloch depredador tendría entonces dos víctimas: los otros poderes y el propio poder jurisdiccional”, ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 51. Asimismo se critica, en frase de GARCÍA AMADO, su criptoiusnaturalismo: “dicho constitucionalismo encierra a menudo una especie de criptoiusnaturalismo disfrazado de veneración a los valores constitucionales. Así, se argumenta que el juez está sometido a la ley, ciertamente, pero también y en mayor medida aún a la Constitución; que la parte central y definitoria es aquella en que se recogen los valores superiores del orde- namiento jurídico constitucional; que, por tanto, la interpretación judicial del derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; que, en fin, cuando el sentido claro y evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir *contra legem*, decisión que estaría totalmente justifi- cada por ser *pro constitutionem*, es decir, favorable a los valores constitucionales. Cómo puede el juez conocer el contenido exacto y preciso de esos valores es un misterio que no se desvela”, GARCÍA AMADO, J. “La interpretación constitucional”, *RJ Castilla-León*, N°2, 2004, p. 68.

⁴ ALEXY, R. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en AAVV *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002, p. 32.

⁵ La principal crítica al triunfalismo del *discurso de los derechos* proviene desde los *estudios críticos*: como apunta BROWN “si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia -como el movimiento de los Civil Rights en Estados Unidos-, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías”, BROWN, W. “Lo que se pierde con los derechos”, AAVV *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, p. 83.

Chile, un proceso algo traumático y aún inacabado⁶. Hace muy poco, en una muestra clara de lo amargo que resulta este nuevo trago para nuestra comunidad, el principal medio de prensa conservador editorializaba impugnando lo que definía como la “muy controvertida teoría de la aplicación directa de la Constitución”, la que traicionaba el ideal de nuestro derecho republicano: “para estos ideales, el derecho estaba fundamentalmente en la ley, en ella estaba la voluntad soberana”⁷. Más allá del evidente error técnico en que este editorial incurre, su importancia es que trasunta con toda claridad la concepción política sobre la cual se ha construido el derecho chileno.

Precisamente, una idea central de esta revolución constitucional corresponderá a la *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, esto es, a “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”⁸.

Esta idea de origen alemán⁹, convertida hoy en una exitosa exportación cultural a la tradición jurídica occidental, ha girado en torno a dos versiones: la de la eficacia mediata o indirecta, donde los derechos fundamentales vinculan y obligan directamente única y exclusivamente a los poderes y autoridades públi-

⁶ Un país, cabe agregarlo, cuya elite fundadora en el siglo XIX no sentía mayor vinculación a la Constitución en cuanto afectara su interés, tal como lo dejan claro las palabras de su principal exponente: Portales señalaba, en carta a Antonio Garfías, sin tapujos que “de mí sé decirle, que con ley o sin ella, esa señora que llaman la Constitución hay que violarla cuando las circunstancias son extremas. Y qué importa que lo sea, cuando en un año la parvulita lo ha sido tantas por su perfecta inutilidad”.

⁷ “Los jueces y la ley”, Editorial, El Mercurio, 13.07.2003.

⁸ PEÑA, C. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, U. Diego Portales, Santiago, 1996, p. 668.

⁹ Como señala ALEXY “el estallido que originó esta doctrina tuvo lugar en 1958 en la sentencia del caso Lüth, aunque esta expansión ya se había presagiado en épocas anteriores”, ALEXY, R. *op. Cit.* p. 43. El famoso caso Lüth se refiere a los llamados efectuados por un agente de prensa, Lüth, para boicotear una película de Harlan, cineasta que había trabajado con los nazis, quien fue condenado en justicia ordinaria al pago de una indemnización civil, la que, sin embargo -*Drittwirkung* de por medio-, es anulada por el Tribunal Constitucional por considerar esos llamados al boicot amparados por la libertad de expresión. Los presagios anteriores al caso Lüth a los que se refiere ALEXY corresponden, y es de todo rigor reconocerlo, a sentencias de Derecho del Trabajo. NIPPERDEY, impulsor inicial de la *Drittwirkung* a principios de los cincuenta, asume como magistrado del Tribunal Federal alemán, y comienza a dar aplicación a sus ideas en diversas sentencias, aplicando de modo directo o inmediato los derechos fundamentales a disputas laborales, lo que ocurre con anterioridad a que dicha idea fuera asumida, con carácter indirecto o mediato, por el Tribunal Constitucional. Así, el Tribunal Laboral Federal dictó, el 5 de mayo de 1957, una sentencia en que anuló cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. En este caso, una joven trabajadora de un hospital había sido despedida por haber contraído matrimonio, cuestión que, de acuerdo a una cláusula del contrato de trabajo suscrito, habilitaba al empleador a despedirla. El Tribunal Laboral Federal estimó, aplicando por primera vez la doctrina de la *Drittwirkung*, que dicha cláusula contractual era nula, porque vulneraba directamente los derechos fundamentales de protección a la maternidad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

cas, quienes deben en el ejercicio de sus funciones aplicarlos a las relaciones entre particulares, mediatizados y traducidos en leyes que los desarrollen o interpretaciones judiciales que los invoquen¹⁰. Y la de la eficacia directa o inmediata, donde los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrollen dichos derechos.

Lo interesante de todo es que el sector del ordenamiento jurídico donde este debate se difumina es, precisamente, el Derecho Laboral. Aquí la lógica de la autonomía privada y de la igualdad de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastrocada desde mucho antes de la constitucionalización del derecho -y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales-, en razón de haber intentado esta rama del derecho, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador. Esa relación de poder, que duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano, que a la del vendedor y comprador del Código Civil¹¹.

De ahí que se haya escrito con toda naturalidad en el laboralismo que “en los contratos civiles la voluntad se compromete: en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”¹². Así las cosas, como es fácil de advertir, la lógica propia del Derecho del Trabajo no es proteger espacios de autonomía y libertad de los privados -como ocurre en el Dere-

¹⁰ Los derechos fundamentales operan como un sistema objetivo de principios y valores que deben ser aplicados por los organismos públicos, que intermedian entre esos derechos y los particulares. Esa mediación se realiza por el legislador a través de la dictación de las leyes que los desarrollen o por los jueces a través de fallos que interpreten las normas legales vigentes “a la luz” de los derechos fundamentales (“interpretación conforme a la Constitución”). Esta es la tesis del Tribunal Constitucional alemán, la que viene en ese caso apoyada por el propio texto de la Ley Fundamental (art. 1.3): los derechos fundamentales “vinculan a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”.

¹¹ Una de las razones de la resistencia a la eficacia horizontal en el derecho privado corresponde, precisamente, a la tensión que esta idea genera con respecto a la autonomía de la voluntad, entendida como “el poder atribuido a los individuos de crear normas jurídicas en determinados campos a ellos reservados”, FERRI, L. *La autonomía privada*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 88. La objeción sería que “si en el tráfico jurídico privado, los sujetos estuvieran vinculados por los derechos fundamentales en la misma medida en que lo están los poderes públicos, no podrían establecer libremente el contenido de esas relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de autonomía de la voluntad”, VENEGAS, M. *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004, p. 19. Ahora, la autonomía privada, idea central en la construcción del derecho civil clásico, tiene un rol devaluado en el Derecho del Trabajo, que la somete a una regulación de orden público organizada en torno al canónico principio de irrenunciabilidad de derechos laborales (artículo 5 del Código del Trabajo). Así, por el menor afecto que por la idea de autonomía privada tiene el Derecho del Trabajo, no existe mayor sentimiento de pérdida por su reducción por este nuevo límite: el de los derechos fundamentales del trabajador.

¹² SUPLOT, A. *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1996, p. 145.

cho Civil- sino frenar los eventuales abusos de una situación de poder que se rotula como de mando y de obediencia, y que es precisamente la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales. No hay tensión, por tanto, entre la lógica propia del Derecho del Trabajo y la eficacia horizontal directa o inmediata de los derechos fundamentales.

Debate, en todo caso, inoficioso entre nosotros, incluso para las restantes ramas del orden jurídico. En Chile, la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada, y en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata¹³. Reconocida, en efecto, bajo la denominación local de *principio de vinculación directa de la Constitución*, según los claros términos de su artículo 6°, inciso segundo, que señala que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”¹⁴.

Este principio se traduce, según la doctrina constitucional, “en la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución”. Agregándose que los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución son absolutos “porque ese respeto puede reclamarse indeterminadamente a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera”¹⁵. Así, además, se

¹³ En Chile, ante este categórico panorama normativo, no tiene sentido un debate especulativo sobre eficacia vertical vs. horizontal de los derechos fundamentales como ha ocurrido, entre otros casos, en Estados Unidos, donde la doctrina del *state action* ha supuesto un acto estatal para la violación de un derecho fundamental. Al respecto ver BILBAO, J. M. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997. Lo que no significa que dicha recepción directa e inmediata no esté sometida a crítica, sobre todo por los pobres resultados jurisprudenciales que dicha eficacia ha significado en Chile, especialmente para el resguardo de los derechos sin contenido económico. Al respecto ver PEÑA, C. “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, *AAVV Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, N° 6, 1996. Tal como señala JAÑA, de la práctica argumentativa del recurso de protección en Chile, caracterizada por una jurisprudencia de equidad inarticulada, “no puede decirse que la eficacia directa de los derechos fundamentales haya redundado particularmente en un fortalecimiento o desarrollo de una cultura protectora de las libertades individuales. Es más, en algunos casos el efecto ha sido precisamente el inverso; en otros -la mayoría- se ha impuesto una falta total de consistencia en el desarrollo de las garantías constitucionales, probablemente con la excepción de los derechos de contenido económico”, JAÑA, A. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política*, 2001. Precisamente, el mezquino resultado que para el trabajador ha significado la eficacia directa de los derechos fundamentales por la vía de la acción de protección, ha llevado al Derecho del Trabajo a crear -en la reforma en comento- su propio mecanismo procesal para encauzar esa eficacia.

¹⁴ Nuestra Constitución es similar en este sentido a la portuguesa, la que establece expresamente la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, señalando en su artículo 18.1 que “los preceptos relativos a derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas”. Es una de las pocas en el ámbito europeo que zanja expresamente el problema sobre qué tipo de eficacia horizontal se reconoce en dicho sistema jurídico, y que no genere, entonces, la clásica disputa “directa vs. indirecta”.

¹⁵ VERDUGO, M. et al. *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 193.

desprende de modo inequívoco de los amplísimos términos en que está concebida nuestra acción de amparo constitucional, que según el artículo 20 de la Constitución, puede ser ejercida en contra de “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” que provoquen “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” establecidas en el artículo 19, según los números que en dicho artículo se indican.

Esa idea ha sido directamente traducida por las normas del Código del Trabajo, que en su artículo 5° señala, en una apretada síntesis de eficacia horizontal e inmediata, que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”¹⁶. Esta calurosa recepción de la legislación laboral a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que contrasta con el mutismo del resto del derecho privado chileno, se explica tanto por el rol debilitado de la autonomía de la voluntad en esta rama del derecho, según ya apuntamos, como por el tipo de relaciones entre privados que regula. Y este último parece ser un elemento muy gravitante.

En efecto, estos derechos -los fundamentales o constitucionales del trabajador- son especialmente relevantes para la relación jurídica a que da lugar el contrato de trabajo. La relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de subordinación o dependencia, que se traduce en la práctica en el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido y a fin de cuentas legitimado por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular. Dicha subordinación, de algún modo, quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, y lo acerca más a la relación de jerarquía entre supraordenado y subordinado, propia del derecho público, generando un escenario propicio para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y SU TUTELA EFECTIVA: EL MUNDO DE LAS PALABRAS

Pese a esta relevancia, el reconocimiento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro orden jurídico no había

¹⁶ La jurisprudencia administrativa, emanada de la Dirección del Trabajo, ha señalado en este sentido que “mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas” (dictamen Nº 287/14, de 11.01.96).

significado hasta ahora la vigencia efectiva de los mismos, cuestión que la doctrina había destacado anotando un profundo divorcio entre las normas y la realidad. Era lo que denominábamos nuestro particular *Macondo jurídico*¹⁷. Numerosas normas jurídicas sustantivas, con interesantes giros conceptuales, a la par de países que se han tomado el tema en serio, que se contrastan con una cruda realidad judicial: nadie parece sentirse encargado de aplicar las normas constitucionales y legales vigentes. Y como en una buena novela latinoamericana la realidad está constituida por palabras y sólo palabras, a nadie parece importarle lo que ocurre fuera del mundo de las palabras¹⁸.

El problema era que, a pesar de la existencia de diversas normas que apuntan en la línea de reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresaba, precisamente, en la falta de cauces procesales idóneos y específicos, situación que lo alejaba considerablemente del nivel de aquellos países que se han tomado en serio la idea de otorgar tutela efectiva a dicho derechos.

Tal como habíamos señalado en otra ocasión, la vía estándar que nuestro ordenamiento jurídico contempla para la tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, la denominada acción de protección, se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral¹⁹.

La razón es, básicamente, la construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, y de su forma de tramitación, que alejados de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor del contratante

¹⁷ UGARTE, J. L. *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria, Santiago, 2004, pp. 115 y ss.

¹⁸ Tal como señala PEÑA “los derechos humanos poseerán una realidad extendida e intensa en nuestros países si y sólo si no nos dejamos engañar por las palabras y enderezamos, en cambio nuestros esfuerzos, a institucionalizar y fortalecer un conjunto de mecanismos que aseguren su goce efectivo dentro del Estado, e, incluso, contra el propio Estado y ante la comunidad internacional”, PEÑA, C. *op. cit.*, p. 189.

¹⁹ UGARTE, J. L. “Derechos fundamentales del trabajador: el largo camino hacia los tribunales”, *Anuario de la Sociedad Chilena del Trabajo*, 2001. Las cifras estadísticas del recurso de protección no dejan margen a la duda sobre a qué tipo de derechos van dirigidos sus esfuerzos: del total de este tipo de recursos acogidos en el año 2004, en el 70,27 % el derecho invocado era el de propiedad, en el 20,27 % el de juzgamiento por juez natural y en el 14,86 % por libertad económica. Los casos acogidos en que se invocaba el derecho a la no discriminación arbitraria eran el 1,35 %, honor el 4,05 % y salud el 6,76 %. Ver datos en MASCAREÑO, A. Y MEREMINSKAYA, E. “Hacia la consolidación de la equidad: un defensor del pueblo para Chile”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2005.

débil, lo que produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador²⁰.

Ahora, lo que el trabajador no obtenía de la acción de amparo constitucional, tampoco lo recibía de las normas procesales del Derecho del Trabajo. La razón era simple: nuestro Derecho Procesal del Trabajo, objeto de zigzagueantes vaivenes en su parte orgánica, se había mantenido fijo en su parte funcional durante un buen período de tiempo. Desde el gobierno militar, y salvo retoques específicos, las normas que regulan cómo pueden ejercerse los derechos ante los Tribunales habían mantenido inalterable la estructura de corte patrimonial de la tutela procesal.

Esta concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual se construye la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, entiende que el único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos.

Obviamente, así entendidas las cosas, no había existido en nuestra legislación laboral adjetiva espacio para la creación de los cauces procesales necesarios para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicio por salario, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano.

En ese sentido, la reforma procesal laboral implementada por la Ley Nº 20.087 (D.O. 03.01.2006) y en particular el procedimiento de tutela corresponden al primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el *modelo cerrado de empresa*, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamen-

²⁰ Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, cuando expresa que “superando tendencias que creían que el Derecho Procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades irremediables”, por lo mismo, “el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y la relación entre las normas procesales y sustantivas para obtener iguales finalidades” justifican “la singularidad del proceso laboral” y la exigencia de garantizar “al trabajador, parte más débil de la relación de trabajo, una mayor accesibilidad a la jurisdicción”. Reflexión en nada distinta de la realizada, a propósito de la prueba, por la Corte de Apelaciones de Santiago: “si bien en lo primario la prueba en materia laboral también está regulada por los criterios generales de la carga de la misma, en atención al carácter protector del Derecho Laboral -que por consecuencia de ello también lo tiene el Derecho procesal laboral-, no puede hacerse la exigencia de probar en términos absolutos a la parte que se encuentra en peor condición para generar convicción en el Tribunal, esto es, al trabajador, porque este requerimiento conduciría las más de las veces a desestimar peticiones en virtud de razonamientos jurídicos propios del derecho privado que al tenor del principio de primacía de la realidad y al ya referido carácter protector resulten inadecuados” (Corte de Apelaciones de Santiago, 11.06.2004).

tales. Idea esta última, en la que por fin comienzan a confluir tanto la ley como la jurisprudencia judicial²¹.

III. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO MÁS REGLAS ESPECIALES

La ley incorpora con el equívoco nombre de *tutela laboral* -todos los procedimientos del Código del Trabajo son de tutela laboral- un mecanismo de protección o de tutela calificada que sólo protege un tipo de derechos: los derechos fundamentales del trabajador.

Este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado en la relación laboral: el empleador.

En el proyecto original presentado por el gobierno, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales era, en rigor, un procedimiento nuevo y especial cuyo objeto específico era la protección de derechos fundamentales del trabajador.

La ley N° 20.087 no contempla, curiosamente, dicho procedimiento especial. Lo que hace es algo distinto: efectúa un reenvío directo al procedimiento común, señalando el artículo 491 del Código del Trabajo que, admitida la acción de tutela a tramitación, “su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3°.” De este modo, en estricto rigor, no existe un tal procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sino una cosa ligeramente distinta: el procedimiento de aplicación general con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales.

De este modo, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales corresponde al procedimiento general, con aplicación de su estructura de doble audiencia (preparatoria y de juicio) y la regulación legal establecida en el párrafo 3° del capítulo II del Libro V del Código del Trabajo, pero sujeta a diversas

²¹ En lo que podríamos denominar una sentencia inaugural, y conociendo la impugnación de un sistema de cámara de televisión utilizado para efectuar seguimientos de los trabajadores, el máximo tribunal chileno acaba de señalar que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación”, que son sólo “protección y seguridad empresarial” (Corte Suprema, 05.01.2006, Rol 5234/2005).

normas especiales: los titulares y el objeto de la acción, la carga de la prueba y la estructura de la sentencia definitiva.

¿Es la falta de un procedimiento especial y distinto al común algo criticable en la nueva reforma procesal laboral?

Es obvio que se ha sacrificado la preferencia y velocidad que requiere la resolución de asuntos referidos a derechos fundamentales de rango constitucional, sometiénolos a la velocidad normal del procedimiento ordinario, más propio de derechos laborales de rango meramente legal. Es una crítica razonable pero que admite matices: por una parte, en la lógica del “primer intento” o la primera vez, es preferible adoptar un procedimiento ordinario más reglas especiales que no tener, como hasta ahora, ni procedimiento ni reglas especiales sobre la materia. Más aún cuando se asume que políticamente éste será de seguro un punto a ser revisado en el futuro²².

3.1. La acción de tutela de derechos fundamentales: reglas básicas

La acción que permite a un trabajador o a una organización sindical reclamar el resguardo y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales inespecíficos del primero se encuentra sujeta a ciertas reglas básicas:

3.1.1. La acción tiene un plazo de ejercicio de sesenta días desde que se ha producido la vulneración respectiva, suspendiéndose en el caso previsto en la ley: cuando el trabajador dentro de este plazo interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho plazo sigue su curso cuando se concluya el trámite en la Inspección, pero en ningún caso podrá recurrirse al tribunal pasado noventa días hábiles desde la vulneración denunciada (artículo 168 del Código del Trabajo).

3.1.2. La acción de tutela y el procedimiento a que da lugar sólo tiene por objeto la protección de derechos fundamentales de los previstos en el artículo 485 del Código del Trabajo. Por lo mismo, no es susceptible de acumularse: a) con acciones de otra naturaleza, como por ejemplo intentar cobrar remuneraciones u otras prestaciones laborales pendientes por esta vía procesal, o b) con acciones con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos, como, por ejemplo, demandar la tutela contra la discriminación laboral del trabajador

²² Pero, por otro lado, el nuevo procedimiento de tutela aprobado contiene una interesante medida precautoria especialísima que podría permitir atenuar, si los jueces del trabajo actúan con decisión, la eventual lentitud del procedimiento ordinario: el juez puede desde el mismo momento del ejercicio de la acción de tutela, a petición de parte o de oficio, disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado. El artículo 492 del Código del Trabajo señala: “El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes”.

discapacitado fundado en la ley N° 19.779 (art. 17) o del trabajador portador de VIH basado en la ley N° 19.284 (art. 48).

3.1.3. La acción de tutela de derechos fundamentales es incompatible con el recurso de protección. Ejercida la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, ya no es posible jurídicamente ejercer la acción del procedimiento de tutela de derechos fundamentales por “los mismos hechos” según señala la ley (artículo 485). Entendible en términos conceptuales, esta incompatibilidad es básicamente inútil: como ya explicamos, salvo un dislate, ningún trabajador debería utilizar la acción de protección para buscar tutela a sus derechos fundamentales, porque como muestra su historia ha servido de poco, por no decir de nada, para su resguardo.

3.2. Sujeto activo: los titulares de la acción de tutela

Los titulares de la acción de tutela son: el trabajador afectado, la organización sindical y la Inspección del Trabajo. En el caso específico que la vulneración corresponda al despido del trabajador, sin embargo, la titularidad de la acción sólo corresponde al trabajador afectado.

3.2.1. El trabajador afectado. Por razones obvias, el titular propio de la acción de tutela es el trabajador afectado por la lesión de derecho fundamental que corresponda. La titularidad del derecho necesariamente lleva a la titularidad de la acción, y ésta permite al trabajador poner en movimiento el aparato jurisdiccional para recabar protección frente a eventuales lesiones o atentados a sus derechos.

El trabajador es el titular del derecho y de la acción de tutela, pero no está habilitado para disponer del bien protegido por el respectivo derecho subjetivo fundamental. Se trata de derechos establecidos en normas jurídicas de derecho público de rango constitucional, por tanto, no están disponibles para la autonomía privada, ni siquiera para su titular. De este modo, tal como ocurre con los derechos laborales específicos, en ese caso por disponerlo expresamente el principio de irrenunciabilidad establecido en la ley (artículo 5° del Código del Trabajo), los derechos fundamentales del trabajador, sean o no los protegidos por el procedimiento de tutela, son irrenunciables.

3.2.2. La organización sindical. La titularidad de la acción no corresponde exclusivamente al titular del derecho, sino que la ley procesal reconoce una titularidad o legitimación activa ampliada, que va más allá de los ribetes del derecho afectado, y que corresponde al caso en que se encuentran, precisamente, las organizaciones sindicales²³.

²³ Como se ha destacado “la intervención de los sindicatos en estos procesos contribuirá sin duda a romper la inercia constatada en muchas situaciones de vulneración de derechos fundamentales (sobre todo en el caso de discriminación de la mujer trabajadora), la que se manifiesta en el reducido número de denuncias o de reclamos frente a estas infracciones, particularmente, frente a controversias que por estos hechos se susciten durante la vigencia de la relación laboral, atendido el temor de los trabajadores a sufrir represalias por parte del empleador y, por sobre todo, el riesgo de ser despedidos”, CAAMAÑO, E. “La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo”, *AAVV Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo*, 2005, p. 227.

Las organizaciones sindicales, en cualquiera de sus variantes reconocidas en la ley (de empresa, interempresa, de trabajadores independientes y transitorias) y en cualquier grado (sindicatos, federaciones, confederaciones y centrales), pueden ejercer la acción de tutela, pero con una sola condición legal: que invoquen un *interés legítimo*. Salvo en el caso de la libertad sindical, la organización sindical no será nunca el titular afectado en la lesión de los derechos fundamentales de que trata este procedimiento, porque se trata de derechos de titularidad individual y que corresponden exclusivamente a personas naturales. Por ello, la organización sindical operará como titular de la acción, aunque no del derecho, exigiendo la ley como condición para el ejercicio de la acción la existencia de un interés legítimo.

¿Qué organizaciones sindicales tienen un *interés legítimo* para ejercer la acción de tutela?²⁴

Tiene este interés, por de pronto, porque así lo señala expresamente el artículo 486 del Código del Trabajo, el sindicato al que se encuentra afiliado directamente el trabajador, o una organización de grado superior al que se encuentre afiliado el sindicato del trabajador afectado.

Pero, además, las organizaciones sindicales a las que no se encuentre afiliado el trabajador afectado cuando invoquen un interés vinculado a sus funciones: la protección de los derechos de sus respectivos afiliados cuando existen expectativas razonables de que la violación o la conducta lesiva de ese empleador termine afectando a sus propios representados, ya sea porque trabajan en la misma área de actividad económica del denunciado, ya sea porque se trata de empresas relacionadas o grupos de empresas, ya sea porque existen indicios claros de que dicha conducta puede ser imitada o seguida por el empleador de los trabajadores de la organización sindical denunciante o, en fin, porque la vulneración es de tal gravedad que amerita que una organización sindical de nivel nacional, como una central sindical, efectúe la denuncia²⁵. Cabe recordar en este punto que nuestra ley expresamente le asigna como finalidad a la organización sindical “velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguri-

²⁴ La idea de *interés legítimo* no es de utilización frecuente en el derecho chileno. Su uso se ha ido expandiendo en el derecho comparado como una forma de superar la determinación restrictiva de la legitimación activa en torno exclusivamente a la titularidad individual del derecho subjetivo, lo que se hace necesario especialmente con la recepción en el derecho moderno de intereses difusos y colectivos. Se trata, en ese sentido, de una técnica intermedia o *a mitad de camino* entre la restricción máxima que supone la titularidad de acciones derivadas de derechos individuales, como es el grueso en materia laboral, y la ampliación excesiva que importan las acciones públicas o de interés público, como la recién incorporada en el artículo 17 del Código del Trabajo para la denuncia del trabajo infantil “por cualquier persona” (Ley N° 20.069, D.O. 21.11.2005).

²⁵ En la prensa en estos días se informaba que existían empleadores que dejaban en locales con cadenas y cerrados durante toda la noche a sus trabajadores, para que cumplieran con sus funciones laborales nocturnas. Como es fácil de advertir, en un caso de tamaña vulneración de derechos fundamentales, cualquier organización sindical de grado superior, especialmente las centrales sindicales, está en posesión de un interés legítimo para denunciar.

dad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales, actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones” (artículo 220 del Código del Trabajo)²⁶.

3.2.3. La Inspección del Trabajo. La ley cierra el elenco de titulares de la acción de tutela con la expresa referencia a la Inspección del Trabajo, señalando que, si en el ámbito de sus atribuciones conoce de una vulneración de derechos fundamentales, “deberá denunciar los hechos al tribunal competente”, y agrega que “esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este párrafo” (artículo 486). Agrega la ley que en estos casos la Inspección del Trabajo podrá hacerse parte.

En todo caso, la Inspección del Trabajo debe, antes de efectuar la denuncia, llevar a cabo “una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”. Se trata de una de las normas más impudoras y equívocas del nuevo procedimiento: no existe ninguna razón de peso, salvo la negociación política de urgencia que le dio origen en el último trámite legislativo, para que el resguardo de los derechos constitucionales del trabajador quede sometida a una mediación administrativa, que en todo caso ni siquiera le está permitida a los Tribunales de Justicia -que deben fallar, entre otras cosas, declarando la nulidad de los actos lesivos-, y que escapa de su competencia legal pues no comprende la facultad para resolver el conflicto o litigio de derechos fundamentales a que da lugar una eventual denuncia en este procedimiento.

La vulneración de derechos fundamentales del trabajador, por la naturaleza y rango de los derechos involucrados, no admite acuerdos ni mediaciones de carácter administrativo, como lo propone la equívoca norma legal en comento. Se trata, en suma, de una norma que debería ser eliminada en la primera reforma legal que se efectúe a este procedimiento.

IV. EL SUJETO PASIVO: EL EMPLEADOR

La acción de tutela de derechos fundamentales corresponde a un caso de sujeto pasivo calificado: sólo puede ejercerse contra el empleador. No procede respecto de sujetos de derecho que no tengan dicha calidad.

²⁶ En el caso del sindicato, cabe señalar que la misma noción de interés legítimo utilizada por la Constitución española para determinar la titularidad de la acción de amparo constitucional (art. 24.1), ha permitido al Tribunal Constitucional fijar el siguiente criterio: “sin necesidad de definir ahora en toda su extensión aquel concepto de interés legítimo, es evidente que en el mismo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores de que pueda ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerado, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. En la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo” (STC 47/190). Al respecto ver GÓMEZ MONTORO, A. “El interés legítimo para recurrir de amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional Español”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 9, 2003.

El empleador, esto es, “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo” (artículo 3º del Código del Trabajo), debe ser entendido comprendiendo, además, según lo exige la presunción de derecho del artículo 4º del mismo texto legal, al “gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica”.

La consideración de que el sujeto pasivo de la acción de tutela, que parece obvia atendida la claridad del texto legal en la materia, puede ser importante en aquellos casos en que la vulneración del o los derechos fundamentales del trabajador provienen de una situación horizontal, esto es, aquellas provocadas por las conductas de compañeros de trabajo, como ocurre en el caso del acoso sexual o psicológico horizontal (*mobbing*). En estos casos, no procede, a nuestro juicio, la acción de tutela, porque pese a existir una vulneración de derechos fundamentales, esta vía procesal sólo admite como sujeto pasivo al empleador²⁷.

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA “LISTA” DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La pretensión de la acción de tutela es la protección y el resguardo de cierto tipo de derechos de los trabajadores -los doctrinariamente denominados fundamentales inespecíficos-, buscando el restablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador.

Ahora, en rigor, el bien jurídico protegido por la acción de tutela no son los derechos fundamentales del trabajador a secas. Ni siquiera los derechos fundamentales previstos expresamente por el texto constitucional en el ya citado artículo 19. Lo protegido son los derechos fundamentales del trabajador previstos expresamente en “la lista” contemplada por el artículo 485 del Código del Trabajo.

²⁷ Tampoco procedería, de mantenerse los términos del actual proyecto de ley de subcontratación y empresas de servicios transitorios, en contra de la empresa usuaria en los casos de suministro de trabajadores. Esta situación es algo delicada: en el suministro el empleador formal es la empresa de trabajo temporal, pero la empresa usuaria es la que dirige efectivamente los servicios de los trabajadores cedidos, cuestión que la pone como potencial agresor efectivo de los derechos fundamentales de estos trabajadores. El proyecto sobre la materia aprobado por la Cámara de Diputados señala: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. El problema es que esta norma puede quedar en pura retórica legal ya que ni la reforma procesal laboral (Ley Nº 20.087) ni el proyecto de ley de empresas de servicios transitorios establecen como posible sujeto pasivo de la acción de tutela a la empresa usuaria, que en los términos del proyecto de subcontratación, no debe ser considerado el empleador, sino tercero responsable. De ahí que sea necesario a la brevedad señalar que para efectos del procedimiento de tutela se entenderá por empleador en los casos de suministro de trabajadores también a la “empresa usuaria”.

Los derechos fundamentales contemplados en esa enumeración taxativa de la ley, y por tanto protegidos por la acción de tutela, son de dos tipos, según su origen: los de fuente constitucional, previstos todos en el artículo 19 del texto fundamental, y los de fuente legal, en rigor, un solitario derecho que corresponde al derecho a no ser objeto de represalias laborales -derecho a la indemnidad laboral-, creado de algún modo por la propia ley N° 20.087.

Los derechos fundamentales de origen constitucional protegidos por la acción de tutela son²⁸:

- a) Derecho a la vida (artículo 19 número 1);
- b) Derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 número 1);
- c) Derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 número 4);
- d) Derecho al honor (artículo 19 número 4);
- e) Derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número 5);
- f) Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 número 6);
- g) Libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19, número 12, inciso primero);
- h) Libertad de trabajo y de contratación laboral (artículo 19 número 16, inciso primero y cuarto);
- i) Derecho a la no discriminación (artículo 2 del Código del Trabajo). En el caso de la discriminación, la protección de este derecho, sin duda el más relevante de los derechos inespecíficos del trabajador, fue objeto, a resulta de la negociación política *in extremis* a que dio lugar la aprobación parlamentaria de la reforma procesal, de dos recortes del legislador -por no decir zarpazos-: primero, se limitó al derecho a la no discriminación laboral del artículo 2 del Código del Trabajo, más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19 número 16 de la Constitución, cosa que comprobarán con el tiempo los portadores de VIH y los consumidores de drogas²⁹. En segundo lugar, se excluyó

²⁸ También corresponde considerar como derecho protegido por este procedimiento de tutela a la libertad sindical, según lo dispuesto en el artículo 292 del Código del Trabajo que señala que: “el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme a las normas establecidas en el párrafo 6°, del Capítulo II, del Título I, del Libro V, del presente Código”, esto es, dicho en palabras simples, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

²⁹ En el modelo del artículo 2 del Código del Trabajo, al existir una lista de criterios considerados sospechosos (sexo, nacionalidad, sindicalización, edad, etc.), constituyen discriminaciones las distinciones basadas en ellos; los criterios no comprendidos en la misma no deben ser considerados sospechosos, y en principio, no serán discriminatorias las distinciones de trato fundadas en ellos, como es el caso del consumo de drogas o la calidad de portador de VIH. En cambio, en el modelo del artículo 19, número 16, inciso tercero, de la Constitución, no existe enumeración de criterio alguno, al modo tradicional, sino que todas las distinciones de trato que no tengan por base la capacidad e idoneidad personal de trabajador, sean o no alguna de las señaladas por el Código del Trabajo, deben ser consideradas *a priori* sospechosas, y en consecuencia, discriminatorias.

del objeto de este procedimiento de tutela a las discriminaciones del inciso sexto, esto es, las discriminaciones efectuadas por vía de las ofertas de empleo³⁰.

Aparte de estos derechos de fuente constitucional, la acción de tutela protege un derecho de origen en la propia ley procesal recién aprobada. En efecto, y aquí lo interesante del citado artículo, la nueva ley viene a dar lugar a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en un derecho fundamental constitucional -el de tutela judicial efectiva-, y protegido por la acción de tutela del nuevo procedimiento: el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocido técnicamente como garantía de indemnidad. En efecto, el artículo señala en igual sentido -de conducta lesiva de derechos fundamentales- “se entenderán las represalias ejercidas contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

El derecho vulnerado -conocido en el derecho comparado como garantía de indemnidad- corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o contractuales), a resulta o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos. Como ha destacado la doctrina, la garantía de indemnidad “vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos”³¹.

En el ámbito laboral, la doctrina ha destacado que esa amenaza es especialmente grave “por la existencia de una clara relación de subordinación del trabajador y supremacía del empresario, las partes no se van a encontrar en una situación de igualdad; con lo cual en el ejercicio de cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente a quien ostenta tan privilegiada situación podría ser una quimera si no se asegurara la situación de la parte débil de la relación”³².

³⁰ Por discriminación laboral la Constitución entiende aquella distinción de trato que “no se base en la capacidad o idoneidad personal” (artículo 19 número 16), mientras que el Código del Trabajo entiende por tal las distinciones “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”. Sobre la mayor virtualidad y abarcatividad del modelo constitucional de derecho a la no discriminación laboral *versus* el modelo legal del Código del Trabajo nos pronunciamos hace rato. Ver LIZAMA, L. Y UGARTE, J. L. *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Cono Sur, Santiago, 1998.

³¹ VALLE, F. A. “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Social*, N° 29, 2005, p. 82.

³² TASCÓN L., R. “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos”, *Revista del Trabajo y Seguridad Social*, N° 251, 2004, p. 160.

VI. LA CONDUCTA LESIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ROL DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL

6.1. La conducta típica: un ilícito de resultado

La conducta lesiva del empleador es un ilícito de resultado. Es, por tanto, polimórfica, pudiendo adoptar cualquier forma y contenido, pero con un resultado específico: restringir desproporcionadamente alguno de los derechos fundamentales protegidos del trabajador.

Reconstruyendo las normas legales dictadas podemos describir el hecho típico como la conducta del empleador, ejecutada en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, que afecta o restringe en forma desproporcionada e injustificadamente el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador.

La conducta del empleador que afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador puede derivar del ejercicio de una facultad no reconocida por la ley -por ejemplo, una orden ilegal o sin ninguna justificación-, en cuyo caso, el juez debe simplemente, sin mayores consideraciones, reprimirla jurídicamente con los mecanismos previstos por el nuevo procedimiento.

Lo frecuente será, sin embargo, que la conducta del empleador corresponda al ejercicio de alguna facultad reconocida por ley, ya sea el poder de mando, el poder disciplinario propio del empleador, o la facultad de contratar o despedir trabajadores, y que son reconocidas como derivaciones de sus derechos constitucionales, lo que previsiblemente importará una colisión o conflicto de derechos fundamentales del trabajador y del empleador³³.

6.2. La colisión de derechos fundamentales y la ponderación judicial

En ese sentido, como en estos procesos laborales el objeto será la determinación de la posible vulneración del o los derechos fundamentales del trabajador por parte del empleador en el ejercicio de sus facultades legales, buena parte de ellos conducirán indefectiblemente a un problema de conflicto entre derechos fundamentales: la conducta del empleador amparada en sus funciones legales como propietario, y los derechos constitucionales del trabajador como ciudadano. Este conflicto de derechos fundamentales supone un modalidad de aplica-

³³ La Dirección del Trabajo ha señalado que: “el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica” (Dictamen N°8237, 1995).

ción del derecho distinta al modo común o tradicional -la *subsunción*- que corresponde a la denominada *ponderación*³⁴.

En efecto, la ponderación se construye como un modo de aplicación del derecho distinto de la subsunción. La subsunción es la operación típica de aplicación del derecho del modelo legalista de derecho, mientras que la ponderación es el modo propio de la aplicación de esta nueva etapa de constitucionalización del derecho.

La explicación de la diferencia es que mientras las reglas se aplican subsuntivamente, los principios se someten a cálculo y balanceo: el derecho legislado -como la legislación laboral- corresponde fundamentalmente a reglas, el derecho constitucional -especialmente los derechos fundamentales- corresponde a principios³⁵. En ese sentido, se dirá, que “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”³⁶.

Las reglas establecen un deber definitivo; el juez debe en caso que corresponda aplicarla sin cálculo de ningún tipo, y siempre deberá imputar la consecuencia jurídica establecida por la regla. Los principios sólo establecen un deber *prima facie* o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría³⁷. Como se ha explicado “cuando una regla vale y

³⁴ La colisión de derechos fundamentales en este tipo de casos y su solución vía ponderación es aplicada en Chile desde 1995. Ese año la Dirección del Trabajo, inaugurando una línea de jurisprudencia administrativa muy fructífera, señalaba, frente a la consulta de una empresa minera por la legalidad de los exámenes antidrogas en el lugar de trabajo, que “la solución al caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa dentro de la empresa, con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución” (Dictamen Nº 8273/335, 1995). El aporte de ese organismo público de fiscalización laboral será clave para posicionar el tema de los derechos fundamentales inespecíficos en el debate público chileno, de hecho el actual y vigente artículo 5 del Código del Trabajo no es sino una copia de la jurisprudencia administrativa aquí aludida. Al respecto ver GAMONAL, S. *La Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

³⁵ Esta idea de que el derecho se constituye de reglas y principios, y que entre ellos existen diferencias estructurales, supone aceptar la tesis denominada de la separación estricta o fuerte, sostenida por autores como DWORKIN o ALEXY. Por reglas se entiende “normas que pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”. Por principios se entiende “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización”, ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 161.

³⁶ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, p. 110.

³⁷ Los principios como la libertad o el derecho a la igualdad, dirá PECZENICK, pueden ser “una razón *prima facie* para la acción. Pero pueden colisionar de manera tal que, por ejemplo, un incremento de respeto por la igualdad en el caso en particular de que se trate puede causar una disminución de la libertad y viceversa. Se necesita entonces un acto de sopesar y ponderar para escoger entre ellos en un caso individual”, PECZENICK, A. “Los principios jurídicos según Atienza y Ruiz Manero”, *DOXA*, Nº 12, 1992, p. 327.

es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume”³⁸.

De este modo, por ejemplo, si el juez laboral considera que debe aplicar la regla del artículo 159 del Código del Trabajo que establece que la segunda renovación de un contrato de plazo fijo lo transforma en indefinido, entonces, no tiene espacio para ningún tipo de ponderación: debe aplicar subsuntivamente la norma y desechar cualquier solución opuesta. En cambio, si el mismo juez debe resolver si el empleador tiene derecho a controlar el contenido de los correos electrónicos deberá determinar qué alcance tendrá el derecho de propiedad -contemplado en el principio del artículo 19 número 24 de la Constitución- frente a un derecho de equivalente valor como el de intimidad -contemplado en el principio del artículo 19 número 12-, cuestión que supone un sopesamiento que podría terminar en una solución de compromiso o intermedia que permita la aplicación parcial de ambos: puede controlar el formato pero no el contenido³⁹.

La aplicación del derecho laboral, contenido en general en las reglas de la legislación laboral ordinaria, supone básicamente subsunción por parte de los aplicadores del derecho. Esta permite al juzgador solucionar un litigio aplicando una consecuencia prevista en una norma jurídica general a un caso determinado, que se entiende es una manifestación individual del caso genérico regulado por la norma. El tránsito de la norma general a la consecuencia individual se lograría mediante una operatoria de lógica dirigida a obtener la decisión del caso sometido a su conocimiento: los hechos que constituyen el caso o conflicto (premisa menor) son subsumidos o encuadrados en la norma que se entiende aplicable al caso (premisa mayor), lo que permite obtener una decisión que resuelve el problema (conclusión).

³⁸ La idea de principios aquí manejada, a tono con la última teoría del derecho, se aleja de la idea clásica de una idea fuerza que inspira o fundamenta las normas jurídicas, para considerarlas directamente normas jurídicas, al igual que las reglas. La diferencia entre las reglas y los principios no es su contenido, sino su función: los principios son enunciados normativos que ordenan hacer algo en la mayor medida de lo posible fáctica y jurídicamente (mandatos de optimización), cuyas condiciones de aplicación son abiertas y que proporcionan razones sólo *prima facie*, esto es, “no son razones perentorias puesto que no excluyen la deliberación del destinatario de las normas, son sólo razones de primer orden que señalan una dirección respecto al curso de acción a tomar, pero que entran en deliberación del agente junto a otras razones (otros principios) y que pueden, por lo tanto, ser superadas en el balance de razones”, MORESO, J. J. “El encaje de las piezas del Derecho”, *Isonomía*, N° 14, 2001.

³⁹ Precisamente ésa es la solución al problema de los correos electrónicos en Chile -que no tiene norma legal al respecto-, según la ponderación efectuada por la Dirección del Trabajo: “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”, Dictamen 0260/0019 de 24.01.2002.

En el caso de existir conflicto entre dos o más reglas que pudieran resultar aplicables al caso (antinomía o conflicto de normas), la lógica de la subsunción es la pérdida de validez de una de las reglas jurídicas en competencia por la vía de las normas especiales para el efecto: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*⁴⁰.

La ponderación consiste, en cambio, en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable”⁴¹.

Esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales, sin embargo, no es permanente sino móvil: “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”⁴².

El conflicto entre principios constitucionales -como sería el que representa el conflicto entre derechos fundamentales- se soluciona de un modo distinto: no cabe aquí las reglas de jerarquía, ni de temporalidad, ni de especialidad, ya que todos provienen de la misma fuente jerárquica que es la Constitución. En este caso, “los conflictos entre principios se deciden en dimensión del peso”, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la dimensión de validez, en cuanto los principios “representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas, son por ellos gradualmente realizables”⁴³, y precisamente, el grado de realización de cada principio -y de los derechos previstos por ellos en consecuencia- en las situaciones de conflicto o colisión, debe ser decidido por el juez en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad).

⁴⁰ Al decir de TOLONEN, “el conflicto entre reglas se resuelve de acuerdo con criterios formales, independientemente de su contenido, valor o peso. Hay tres criterios formales, *lex specialis derogat generali*, *lex superior derogat legi inferior* y *lex posterior derogat legi priori*. La situación correspondiente referida a principios se resuelve sobre la base de la dimensión de peso, es decir, sobre la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto a otro, cuando se aplican en la práctica”, TOLONEN, H. “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, AAVV *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 71.

⁴¹ MORESO, J. J. “Conflictos entre principios constitucionales”, AAVV *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000, p. 103.

⁴² GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, 34.

⁴³ BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*, U. Externado, Bogotá, 2003, p. 50.

6.3. El principio de la proporcionalidad: el equilibrio en la ponderación

La ponderación guiada por el principio de proporcionalidad será el método por el cual los jueces laborales deberán decidir los previsibles y múltiples conflictos o colisiones de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador que se ventilarán en el procedimiento de tutela⁴⁴.

Frente al debate sobre si la ponderación no es más que la actividad irracional y arbitraria del juez, que sopesa y balancea a su antojo los principios en conflicto, se responderá que ésta se gobierna no por el arbitrio judicial, sino por el principio de la proporcionalidad. Este principio, como señala ALEXY, puede ser explicado en una simple fórmula: “cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos un juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁵.

El principio de proporcionalidad implica tres juicios o sub-principios: el de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental (el del trabajador), que viene impuesta por el ejercicio de otro derecho

⁴⁴ La ponderación como forma de decisión jurídica, hay que precisarlo, ha sido cuestionada por el peligro de la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ponderación de los principios constitucionales y de la interpretación moral de la Constitución. Las razones de esta crítica son: 1) los principios constitucionales que establecen derechos fundamentales son estructuralmente más vagos que las reglas legales comunes, lo que aumenta su indeterminación, y 2) la ponderación de los principios -y de los derechos que establecen- caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta la discrecionalidad de los jueces, lo que permitiría a estos que “puedan decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia”. La forma de superar esta indeterminación de la ponderación -y aumentar la certeza del derecho- es suponer, como lo hace DWORKIN, que existe una moral objetiva o crítica compartida por la comunidad política y especialmente por los jueces, lo que cerraría la indeterminación denunciada. El problema de esta idea, conocida como la tesis de la única respuesta correcta, es que “no existe en nuestras sociedades una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético)”, COMANDUCCI, P. “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, AAVV *Neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 91. La posibilidad de cerrar la indeterminación de la ponderación por la vía de una moral crítica u objetiva, y no de la simple discrecionalidad del juez, es calificada por HART como un “noble sueño” y su autor DWORKIN como “el más noble de los soñadores”, HART, H. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.

⁴⁵ ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, op. cit., p. 66. El principio de proporcionalidad, señalan los críticos, tampoco soluciona nada: como advierte SCHLINK en “el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva sólo se impone la subjetividad de quien lo lleva a cabo” y que “las operaciones de valoración y de ponderación del examen de proporcionalidad sólo pueden efectuarse de forma decisionista”. Citado en ALEXY, R., *ibidem*, p. 67.

fundamental (el del empleador), es necesario preguntarse si dicha restricción es idónea, necesaria y proporcional⁴⁶.

El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permite alcanzar efectivamente un fin legítimo. De modo tal, que la conducta del empleador que, en el ejercicio de sus facultades, restringe el derecho fundamental del trabajador, debe permitir alcanzar o satisfacer efectivamente una finalidad jurídicamente legítima.

En uno de los primeros casos planteados en Chile sobre esta problemática, el denominado caso del polígrafo, la pretensión de una empresa aérea de “controlar el consumo y tráfico de drogas al interior de la empresa”, por vía de someter a los trabajadores a un detector de mentira, fue rechazada por la autoridad fiscalizadora por considerarla una medida no idónea e inconducente para el fin perseguido, y que afectaba diversas garantías constitucionales del trabajador (integridad síquica, intimidad y honra)⁴⁷.

El juicio de necesidad, por su parte, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos aflictiva o costosa. De este manera, será necesaria la conducta del empleador que restringe derechos fundamentales del trabajador sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido⁴⁸.

⁴⁶ El principio de proporcionalidad es una exitosa construcción teórica alemana que constituye, en palabras de ALEXY, el nudo gordiano de la ponderación, y que ha permitido justificar racionalmente la aplicación de normas que tienen el carácter de principios como las que establecen derechos fundamentales. Especialmente desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán, que lo hace derivar de la “esencia de los derechos fundamentales”, ha sido seguido por diversos órganos de justicia constitucional en el derecho comparado, como el español.

⁴⁷ El dictamen 684/50, del 06.02.1997, concluye que “el uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno”. Este caso, junto a otros como el control del peso, motivó que en la reforma laboral del año 2001 (ley Nº 19.759) se incorporara una nueva norma legal sobre la materia -el artículo 154 del Código del Trabajo- que establece expresamente la exigencia de idoneidad y necesidad para las medidas de control de los trabajadores: “en general toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

⁴⁸ ALEXY señala que el juicio de necesidad y de idoneidad responde al ideal de la eficiencia u óptimo de PARETO. En rigor, eso no parece ser así, ya que el óptimo paretiano es aquel en que todos los sujetos ganan, sin que ninguno pierda, y aquí los trabajadores efectivamente pierden: ven restringidos sus derechos aunque en forma tolerable o razonable. En rigor, dichos juicios propios de la ponderación -el de la idoneidad y la necesidad- dicen relación más bien con la situación de “eficiencia de Kaldor-Hicks” o “mejora de Pareto”, en donde los costos que soportan unos son menores que los beneficios que reportan otros, y éstos están dispuestos a compensar la pérdida. Precisamente en los casos aquí analizados se presenta esa situación: los costos que soportan los trabajadores al ver restringidos sus derechos fundamentales se compensan por la ventaja que de ello obtenga el empleador siempre que ésta sea mayor que aquéllos. Sobre el análisis económico del derecho y los derechos de los trabajadores, ver UGARTE, J. L. *Análisis económico del derecho: el Derecho del Trabajo y sus enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

En un interesante caso, la Dirección del Trabajo efectuó este juicio de necesidad, rechazando la medida implementada por un empleador en el ejercicio de sus facultades derivadas de su propiedad sobre la empresa. La empresa, persiguiendo un fin legítimo como es el mejor control del tiempo de trabajo, decidió implementar un registro de control de tiempo de ida y de regreso a los servicios higiénicos de los trabajadores. Esa medida del empleador, que es idónea porque efectivamente permite controlar el tiempo de trabajo, no es necesaria: provoca una restricción del derecho de la intimidad del trabajador que no se justifica porque existen otros medios menos invasivos para controlar el tiempo de trabajo de los trabajadores⁴⁹.

Por último, se utiliza el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde, y sólo en ese caso, revisar si, además, es proporcional en sentido estricto.

Cuando para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental se requiere indispensablemente el incumplimiento de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que en los términos de ALEXY puede expresarse así: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro⁵⁰.

La fijación de la importancia o peso de la no satisfacción de un derecho fundamental (del empleador) y del resguardo o cumplimiento del otro derecho fundamental involucrado en el conflicto o colisión (del trabajador), implica indefectiblemente un juicio de preferencia o valor del aplicador o intérprete de un derecho fundamental respecto del otro. El derecho más importante, de acuerdo al juicio de valor efectuado, desplaza al derecho menos importante para ese caso en concreto.

Esa asignación de peso o importancia de los derechos colisionados, en todo caso, corresponde a una relación de precedencia condicionada (ALEXY) o de jerarquía móvil (GUASTINI), que se construye desde el caso concreto, y no tiene el ca-

⁴⁹ La argumentación -vía ponderación- de la Dirección del Trabajo, en dictamen 4541/319, del 22.09.1998, señala que “si bien es cierto el empleador [empresa Costa S.A.] tiene una amplia órbita de facultades para administrar su empresa-amplitud que es correspondiente con los atributos del derecho de propiedad de que es titular-, sin embargo debe tenerse presente que en un Estado de Derecho, el legítimo ejercicio de estas facultades de administración encuentra su justo límite en los derechos y garantías constitucionales que jurídica y valóricamente estén investidas de igual o mayor significación. En este sentido, al dejar establecido el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, se fija un límite a las facultades de administración del empleador -las que desde luego no deben interferir ni perturbar el ámbito personal y privado de sus dependientes- lo que a todas luces ocurre al pretender medir el tiempo de permanencia de los trabajadores en los servicios higiénicos”.

⁵⁰ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 103.

rácter de absoluta o fija, porque nada impide que en otros casos se revierta la jerarquía de derechos utilizada, y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado.

Revisemos la aplicación del principio de proporcionalidad en uno de los casos más frecuentes -hasta ahora en Chile- de colisión de derechos fundamentales en las relaciones laborales: las cámaras de video. Un empleador decide instalar cámaras de video al interior de las empresas para vigilar la seguridad en las instalaciones evitando robos o sustracciones de productos. Esa medida, fundada en el derecho de propiedad del empleador, afecta necesariamente la intimidad de los trabajadores, quienes se verán afectados al control audiovisual en sus movimientos.

¿Cómo se soluciona esa colisión de derechos fundamentales al interior de la relación laboral?

Una primera posibilidad es que exista una regla legal que hubiere realizado autoritativamente el balanceo entre derechos y dijera cómo debe solucionarse dicho problema. No existe en Chile tal regla legal.

Entonces, corresponde al juez efectuar una ponderación que resuelva este conflicto. La medida de instalar cámaras de video resiste el juicio de idoneidad (sirve efectivamente para el objetivo propuesto), y de necesidad (no existe una medida alternativa más eficaz y eficiente para efectuar dicho control).

Pero queda el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. ¿Debe la intimidad del trabajador ceder jurídicamente frente a la propiedad del empleador? Aquí la respuesta de la ponderación, como ya explicamos, depende de la jerarquía de precedencia que se le asigne a cada derecho fundamental en el conflicto, admitiendo una respuesta que signifique el triunfo parcial de uno de ellos. En rigor, no es necesario negar uno ni otro, pueden restringirse ambos derechos en un punto de equilibrio ligeramente balanceado a favor de uno: se admite la instalación de cámaras al interior del recinto empresarial (balanza hacia el derecho de propiedad), pero dicho control no puede ejercerse de modo fijo sobre uno o más trabajadores (balanza hacia la intimidad), admitiéndose en suma una utilización panorámica que no esté dirigida a ciertos lugares sensibles como baños o lugares de recreación de los trabajadores (punto de equilibrio a favor de la intimidad).

Esta solución de balanceo a favor de la intimidad ha sido la que precisamente ha sostenido la Corte Suprema en el caso de las cámaras de video para la vigilancia al interior de las empresas. En una reciente jurisprudencia el máximo tribunal señala, conociendo la apelación de un recurso de protección, que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación”, que son sólo “protección y seguridad empresarial”. Para que se cumpla con lo anterior, la Corte Suprema señala que el sistema de cámaras debe cumplir con ciertos requisitos, los que expresan claramente el resultado a favor de la intimidad en ese caso de

ponderación judicial: “1. no deben dirigirse directamente al trabajador, sino que, en lo posible, orientarse a un plano panorámico; 2. deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y 3. su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores, y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuario, etc.” (Corte Suprema, 05.01.2006, Rol 5234/2005).

¿Servirá este punto de equilibrio para todos los restantes casos de juicio de proporcionalidad de cámaras de video en lugares de trabajo?

La ponderación siempre supone, como dijimos, una jerarquía móvil y por lo mismo, siempre existirán casos donde será necesario volver a buscar la solución de equilibrio atendidas ciertas particularidades del caso revisado que hagan necesario hacer primar más un derecho por sobre otro⁵¹. Así, por ejemplo, si se trata de una trabajadora de casa particular que cuida niños o de trabajadores en una fundación de atención infantil es posible que la intimidación admita una restricción muy superior a la del común de los trabajadores, porque se trata de un caso especial que combina ya no sólo la propiedad sino también el interés superior del menor, pudiendo admitirse en esos casos que la cámara de televisión sí esté dirigida directamente sobre el trabajador y no sobre una panorámica.

VII. LAS REGLAS SOBRE LA PRUEBA: LA TÉCNICA DE LOS INDICIOS

En el derecho comparado existe ya una idea consolidada sobre el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales. Se hace, en consecuencia, imperativo para otorgar una tutela efectiva de dichos derechos, la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos.

En efecto, como se ha destacado ampliamente en la doctrina, “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivele profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio”⁵².

⁵¹ Es lo que ALEXY denomina *relación de precedencia condicionada*: “tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de precedencia puede ser solucionada inversamente”. ALEXY, R. *Op. Cit.*, p. 92.

⁵² BAYLOS, A. “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, N° 5, 1998, p. 46. En el mismo sentido, CAAMAÑO, E. “La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral”, *Revista Laboral Chilena*, mayo 2003 y UGARTE, J. L. *El nuevo Derecho del Trabajo*, Ed. Universitaria, Santiago, 2004.

Pero ¿en qué consiste la mencionada alivianación probatoria en las denuncias por lesión de derechos fundamentales? No existe una sola técnica de alivianación probatoria, sino varias modalidades distintas que, sin embargo, sirven a un mismo objetivo: facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar la carga probatoria del trabajador denunciante, alterando el axioma central en materia probatoria de que corresponde probar un hecho a quien lo alega, atendida “una pluralidad de razones interrelacionadas de política jurídica: la realización de intereses generales de justiciabilidad de los derechos fundamentales -garantías de justicia-; afrontar el problema práctico consistente en las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o contrario al derecho fundamental -debilidad de la posición probatoria”, lo que lleva a establecer “reglas especiales de distribución de la prueba a favor de la posición subjetiva del trabajador, agravándose simétricamente la del empresario demandado”⁵³.

Y el derecho comparado ha actuado en consecuencia⁵⁴. Ahora el derecho laboral chileno pretende seguir el mismo camino, introduciendo una norma completamente novedosa para la regulación procesal en nuestro país: “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 491 del Código del Trabajo).

En este punto es importante determinar tres cuestiones: a) qué tipo de alivianación o reducción probatoria es la que establece esta norma, b) cómo se accede a esta reducción o, dicho en otras palabras, qué es lo que debe probar el trabajador, y c) en qué escenario queda el empleador afectado por la reducción probatoria del nuevo precepto legal citado.

Respecto de la naturaleza de la reducción probatoria establecida en el artículo 491 del Código del Trabajo, cabe señalar que no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga probatoria (*onus probandi*). En efecto, no es sufi-

⁵³ MONEREO, J. L. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 32.

⁵⁴ En el caso de España, primero a través de una famosa sentencia del Tribunal Constitucional sobre despido antisindical (38/1981), y después, por la vía de una norma legal expresa, se consagra una regla procesal sobre la carga de la prueba que tiene por objeto hacer más liviano para la víctima el esfuerzo probatorio en los procesos por lesión de derechos fundamentales. Dicho precepto, el artículo 179.2 de la ley de procedimiento laboral (LPL), señala que “en el acto del juicio constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical (o de otro derecho fundamental), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. En Alemania, el parágrafo 611a inciso 1 frase 3 del Código Civil (BGB) señala que en caso de que el trabajador logre acreditar hechos que permiten presumir la existencia de un trato no igualitario en razón del sexo, le corresponde al empleador asumir la carga de probar que el trato no igualitario se encuentra justificado por razones objetivas que dicen relación con el sexo, o bien, probar que la consideración al sexo del trabajador es un requisito imprescindible en la actividad a ser desarrollada. Ver CAAMAÑO, *op. cit.*, p. 232.

ciente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria. Una rigurosa inversión de la carga de la prueba en esta materia podría someter al empleador “ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza”⁵⁵.

Se trata, en rigor, de una técnica más débil: hay una alteración del objeto de la prueba (*thema probandi*), en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos la existencia de *indicios suficientes* de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables⁵⁶.

Lo que existe es una reducción de la prueba por la vía de alterar la distribución que correspondería de la aplicación de las reglas probatorias generales y particularmente del axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega, fundado en lo dispuesto en el artículo 1.698 del Código Civil: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Precisamente, en este punto opera la nueva distribución probatoria de la regla del artículo 491 del Código del Trabajo: se alivia la posición del trabajador, que sólo debe acreditar indicios de la conducta lesiva -y no la conducta lesiva en sí misma-, y se sobrecarga al empleador que, en caso de estar acreditados esos indicios, deberá alegar la existencia de motivos razonables y proporcionales para la conducta denunciada.

En segundo lugar, en lo referido al acceso a esta reducción probatoria para el trabajador, cabe señalar que para que el denunciante se aproveche de esta ventaja procesal le corresponde acreditar la existencia de indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento.

¿A qué tipos de *indicios suficientes* se refiere la ley? Dichos indicios dicen relación con “hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales”. Por ello, la prue-

⁵⁵ STC español 266/1993.

⁵⁶ Frente a una norma similar, y pese a vacilaciones iniciales, la doctrina española ha concluido que “no estamos ante una autentica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino de una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación de las normas procesales generales”, LOUSADA, F. “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación”, *Revista Derecho Social*, N° 30, 2005, p. 38. Cuestión que ha sido precisada, incluso, por el propio Tribunal Constitucional español: “lo que en puridad existe es una reducción de la carga probatoria, puesto que el que alega la discriminación deberá probar hechos que permitan deducir al menos indicios de esa discriminación, que permitan deducir realmente que está en juego el principio de igualdad, lo que supondría al empresario desarrollar una actividad probatoria para destruir esa presunción”, STC 21/1992.

ba reducida de que se beneficia el trabajador se traduce en la prueba de hechos que generen en el juez una sospecha razonable de que ha existido la conducta lesiva⁵⁷.

Se trata, en rigor, de lo que técnicamente se denomina *principio de prueba*. El trabajador debe aportar indicios que no prueben ningún hecho específico, sino que, cosa distinta, logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que la conducta lesiva denunciada se ha producido. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia comparada en caso de una regla probatoria similar: “un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, vale decir, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto” (90/1997 TC Español).

Frente a la aportación de los indicios suficientes, el empleador tiene la opción, como señala el mismo artículo 493 del Código del Trabajo, de “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. El empleador debe aportar la prueba que acredite que la conducta denunciada obedece a motivos razonables y que la misma no dice relación con la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

En rigor, el objeto de la prueba del empleador no es, como podría pensarse a primera vista, acreditar que su conducta no tenía como dirección la lesión de los derechos fundamentales del trabajador -lo que importaría, como ha señalado la jurisprudencia comparada, la prueba diabólica de un hecho negativo⁵⁸, sino que una cosa distinta: debe aportar elementos de prueba que le permitan justificar ante el juez laboral que su conducta obedece a motivos razonables, destruyendo de paso la sospecha que sobre ella recae⁵⁹.

⁵⁷ MARTÍNEZ R., L. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 174.

⁵⁸ Como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: “no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión” (STC 21/1992).

⁵⁹ En un reciente fallo del Tribunal Constitucional español se aprecia el *modus operandi* de la prueba indiciaria: el 30 de julio de 2002, la empresa Alitalia despidió a un trabajador que se desempeñaba como analista de marketing y con contrato de trabajo indefinido, según el aviso de despido por su indisciplina en el desempeño de su puesto de trabajo, la crítica constante a sus superiores y la desidia con que realizaba su trabajo. El afectado demandó la nulidad del despido disciplinario del que fue objeto porque obedecía a razones discriminatorias por su condición de homosexual, dando el tribunal por acreditado como indicios de dicha conducta lesiva: a) que sus superiores conocían su tendencia sexual, b) que existía un trato verbal despectivo del delegado de la empresa hacia ese colectivo, y c) una deliberada sobrecarga de trabajo que le perjudicaba. Frente a estos indicios, la empresa no acreditó los incumplimientos laborales, sino se limitó “a imputar generalidades”, por lo que no justificó objetiva y razonablemente su conducta. De ese modo, el Tribunal Constitucional consideró acreditada la conducta lesiva de derechos fundamentales y declaró la nulidad del despido disciplinario señalado, ordenando el reintegro del trabajador respectivo (STC 41/2006).

VIII. LA SENTENCIA COMO ACTO COMPLEJO: EN BUSCA DE LA EFICACIA DEL DERECHO

La llegada del procedimiento de tutela al orden procesal laboral significa, por una parte, el abandono del antiguo e inútil modelo de protección jurídica laboral de los derechos fundamentales del trabajador por la vía de la multa administrativa, y por otro lado, una nueva configuración del rol del juez laboral en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en la materia.

Se abandonan así, de modo simultáneo, las dos claves básicas del precario - por no decir inexistente- sistema de protección que la legislación laboral prestaba a estos derechos: la represión simple vía multa de las conductas lesivas, que se reemplaza por un haz complejo de consecuencias jurídicas, y el rol de mero espectador del juez laboral ante dichas conductas, que se reemplaza por el rol de un articulador de soluciones compuestas.

Este relevante cambio de modelo de protección se configura en la reforma procesal a propósito del acto procesal clave del procedimiento de tutela: la sentencia definitiva. En ese sentido, a diferencia de las sentencias de procesos laborales de corte patrimonial, que son, en general, de tipo simple, ya que sólo deben pronunciarse sobre la existencia o no de las obligaciones de dar demandadas, las sentencias dictadas sobre posibles inculcaciones de derechos fundamentales son de tipo complejo, ya que en la parte resolutive del acto procesal de sentencia deben contenerse diversos pronunciamientos de manera simultánea, porque la acción ejercida, precisamente, persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre sí.

La sentencia de los derechos fundamentales, en su fase resolutive, debe determinar, en primer lugar, si existió o no la conducta lesiva de derechos fundamentales. En caso de considerarla inexistente deberá justificar su decisión absoluta del empleador de acuerdo a las normas generales sobre las sentencias dictadas dentro de un procedimiento laboral ordinario del artículo 457 del Código del Trabajo.

En caso de acoger la denuncia y declarar existente la conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, el juez debe adoptar, por exigencia expresa del artículo 493 del Código del Trabajo, las siguientes decisiones:

8.1. El cese del comportamiento antijurídico: la nulidad del acto lesivo

La conducta antijurídica en estos casos esta constituida por la vulneración de un derecho constitucional del trabajador, por lo que su represión jurídica no puede ser por la vía de una prestación por equivalencia, como sería la imposición de una multa o el pago de una indemnización, sino que se requiere de una prestación en especie: la restitución íntegra en el ejercicio del derecho vulnerado.

Esa restitución supone dos cuestiones:

8.1.1. El cese de la conducta propiamente tal. Esto es, la orden judicial que va dirigida al término inmediato de la conducta lesiva en caso de que esta persista al momento de dictarse la sentencia, bajo el apercibimiento establecido en el artículo 490 del Código del Trabajo, esto es, la amenaza de la aplicación de una multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que se repetirá las veces que sea necesaria hasta lograr “el debido cumplimiento de la medida decretada”. La ley declara, a objeto de evitar dilaciones en el cumplimiento de la orden judicial de cese inmediato de la conducta lesiva, que contra estas resoluciones de apercibimiento “no procederá recurso alguno”.

En este sentido, por ejemplo, frente a un sistema de vigilancia de video que vulnera la intimidad y honra del trabajador, el juez debe ordenar su cese operativo inmediato, como de igual modo debería ordenar que, en caso de considerar que existe discriminación remunerativa por sexo en la forma de pagar los salarios, no se sigan pagando los salarios de la forma denunciada.

8.1.2. La nulidad del o de los actos lesivos. El juez al acoger la acción de tutela debe, además de ordenar cesar hacia futuro, declarar la nulidad del acto o conducta lesiva de los derechos fundamentales. La nulidad en derecho corresponde a una ineficacia -el acto no produce efectos validos- de carácter intrínseco -se configura al momento de ejecutar o celebrar el acto-, que se produce, en este caso, por la lesión de derechos contemplados en normas de superior rango jurídico como son las constitucionales.

El nuevo artículo 495 del Código del Trabajo, junto con ordenar cesar la conducta, establece que el juez “deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada”.

Sólo ha quedado excluida de esta nulidad de la conducta lesiva, y por tanto del retrotraimiento de los efectos del acto, el despido del trabajador que queda regido por una norma especial: el artículo 487 del Código del Trabajo, que permite demandar por la vía de este procedimiento el despido lesivo de derechos fundamentales, pero la consecuencia jurídica no es la nulidad, sino el pago de un *haz especial* de indemnizaciones: la indemnización común por término de contrato de trabajo por decisión del empleador (artículo 163), la indemnización sustitutiva del aviso previo (artículo 162) y “adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”⁶⁰.

⁶⁰ Además, según lo dispone el nuevo artículo 493 del Código del Trabajo, el trabajador podrá demandar otras “*indemnizaciones que procedan*”, lo que significa, como sostendremos más adelante, la posibilidad de demandar daño moral por lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido.

Se trata, sin duda, de la mayor inconsistencia del nuevo procedimiento, y candidata segura a una futura reforma⁶¹: el despido con infracción a derechos fundamentales -contemplados en normas constitucionales- sólo puede ser considerado -en palabras del Tribunal Constitucional español- “radicalmente nulo”⁶².

La consecuencia jurídica prevista por el procedimiento de tutela, sin embargo, no es la nulidad, sino un haz o cúmulo indemnizatorio: de considerar el juez laboral que el despido ha vulnerado un derecho fundamental del trabajador de la lista protegida, entonces, deberá decretar diversas indemnizaciones que ya señalamos. Ahora, lo anterior con una excepción. Para cerrar el círculo de la inconsistencia de una legislación laboral negociada en extremo, nuestra ley sí considera nulo y, por lo tanto, sin efecto jurídico alguno, al despido lesivo de derechos fundamentales en dos específicas situaciones: el despido antisindical⁶³ y el despido discriminatorio grave⁶⁴.

En ambos casos, la consecuencia de ese despido nulo es un derecho de opción del trabajador: u opta por reintegrarse al trabajo del que había sido despedido, u opta por un haz de indemnizaciones por término de contrato de trabajo, incluida una indemnización sancionatoria. Esta norma fue incorporada, para el caso del despido antisindical, por la Ley N° 19.759, del año 2001, y tiene el valor de haberse tratado de la primera recepción en la legislación laboral chilena del despido nulo por lesión de derechos fundamentales, adelantándose, en ese

⁶¹ El proyecto original de procedimiento de tutela, sin la huella de la negociación parlamentaria ya explicada, señalaba en su artículo 498, que “si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, éste no producirá efecto alguno”, y agregaba que “el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal” o la indemnización prevista por la ley. Aquí está, que duda cabe, la explicación del sin sentido de la norma definitivamente aprobada, ya que para ciertos sectores la reincorporación del trabajador atenta contra un pilar del modelo económico chileno: el blindamiento del derecho de propiedad del empresario que necesariamente importa, si está dispuesto a pagar las indemnizaciones del caso, la facultad de decidir, sin cuestionamientos judiciales, la permanencia de un trabajador en la empresa. En ese sentido, podríamos decir que en el conflicto entre derecho de propiedad *vs.* derechos fundamentales del trabajador, la ley ha hecho una ponderación *a priori*: en materia de despido, prima el derecho de propiedad del empleador.

⁶² STC 38/81. De dicha sentencia “arrancó la construcción jurisprudencial de los despidos radicalmente nulos” y “vino a admitir la eficacia privada de los derechos fundamentales, al entender que el despido que había sufrido un candidato a unas elecciones sindicales era discriminatorio y constituía una conculcación, por parte del empresario, de derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, que debió ser impedida por los jueces ordinarios”, PEDRAJAS, A. *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992, p. 36.

⁶³ El artículo 294 del Código del Trabajo señala que si una o más de las prácticas antisindicales o desleales “han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno”.

⁶⁴ El despido que lesiona el derecho a la no discriminación laboral, que cabe recordar se refiere a la configuración legal del derecho del artículo 2 del Código del Trabajo y no a la configuración constitucional del mismo (artículo 19 número 16 inciso tercero de la Constitución), y es considerado grave por el juez, debe ser entendido como nulo, generando el ya mencionado derecho de opción para al trabajador: se reintegra al trabajo o recibe el haz de indemnizaciones previstas por la ley para el despido lesivo de derechos fundamentales.

sentido, varios años a las normas previstas por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. De hecho, es harto evidente que ha servido de modelo para el único caso de despido nulo previsto por la ley N° 20.087 que es el discriminatorio grave.

Como es fácil de advertir, el nuevo procedimiento de tutela es en materia de despido lesivo de derechos extremadamente modesto, y peor aún, inconsistente: no hay ninguna explicación razonable de por qué sólo un derecho fundamental del trabajador provoca la nulidad del despido (el de la no discriminación), y todos los restantes derechos sólo generan un despido lesivo con indemnizaciones recargadas⁶⁵.

8.2. La reparación de las consecuencias de la conducta lesiva

El juez laboral debe ordenar, según dice la ley (artículo 495), las medidas concretas “a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan”.

La conducta del empleador que ha lesionado un derecho fundamental puede haber provocado perjuicios que no se solucionan con el sólo cese de la conducta del empleador, ni la nulidad de la misma, sino que se requieren de medidas reparatorias que permitan el restablecimiento del ejercicio pleno del derecho fundamental lesionado. Dada la jerarquía del derecho lesionado -derecho fundamental- la reparación debe ser íntegra, tanto en lo referido al tipo de daño provocado, como a la intensidad del mismo.

En ese sentido, la reparación de la conducta lesiva del empleador debe contemplar medidas de doble orden: de carácter material o económico y de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal.

La reparación inmaterial será mediante alguna medida que repare el daño no económico que con la conducta se le ha irrogado al sujeto desde su dimensión moral y afectiva, cuestión que dependerá del tipo de conducta y el tipo de derecho lesionado, lo que deberá ser determinado al interior del proceso respectivo. De este modo, por ejemplo, si el empleador ha lesionado la honra del trabajador, mediante informaciones falsas o injuriosas, el juez puede exigir una rectificación pública o privada, o puede exigir a la empresa, en caso de discriminación laboral, que el empleador adopte medidas que aseguren que ese trabajador no volverá a ser discriminado, etc.

⁶⁵ Se trata, en rigor, de una norma legal de dudosa constitucionalidad porque se infringe claramente la igual protección de los derechos prevista por la Constitución (artículo 19 número 3), ya que establece una diferencia de trato para el trabajador despedido con vulneración de sus derechos fundamentales, que no tiene ninguna justificación razonable: aquellos a los que se les lesiona su derecho a la no discriminación y a los que se les lesionan sus restantes derechos. Cabe señalar que el proyecto de reforma procesal original no tenía ninguno de los defectos apuntados: todo despido lesivo de derechos fundamentales era calificado de nulo.

La reparación será económica si la conducta del empleador se ha traducido en un perjuicio patrimonial para el trabajador, cuestión que deberá ser evaluada por el juez laboral respectivo. Así, por ejemplo, si por la conducta lesiva del empleador el trabajador ha dejado de recibir un beneficio salarial, el juez debe exigir el pago íntegro del mismo desde el momento en que el perjuicio se provocó.

En el caso particular del despido lesivo de derechos fundamentales, de seguro el que generará mayor número de demandas por tutela, la reparación económica se encuentra expresamente prevista y tasada en el haz de indemnizaciones que ya explicamos, pero que no cubren evidentemente el daño moral eventualmente causado por el despido.

En ese haz de indemnizaciones se comprende el daño económico, pero no de carácter moral: a) una indemnización propiamente laboral, tasada a valor de un mes por año de servicios, que cubre el daño económico por el despido, b) una indemnización sancionatoria fijada discrecionalmente por el juez que se fija en un rango que va desde seis a once meses que corresponde a una medida de sanción por la lesión del derecho fundamental. Queda pendiente la indemnización del daño moral proveniente de la lesión al derecho fundamental del trabajador.

Precisamente, para cerrar el círculo de la reparación íntegra del daño provocado por la conducta lesiva del empleador, en este caso por el despido del trabajador, el artículo 495 del Código del Trabajo, señala que el juez debe decretar las medidas preparatorias que correspondan, “incluidas las indemnizaciones que procedan”. En el caso del despido, esta norma evidentemente se refiere a la reparación del daño moral, ya que la única indemnización que podría proceder, adicional a las que ya están reguladas expresamente en la ley, corresponde a las de ese tipo⁶⁶.

8.3. La aplicación de las multas respectivas

La principal sanción jurídica que nuestro Derecho del Trabajo clásico contemplaba para reprimir las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores ha venido a quedar, a final de cuentas, como una sanción meramente accesorio.

Las razones de la pérdida de protagonismo que afecta la multa como forma de sanción jurídica en esta materia son simples: la gravedad del ilícito que importa la vulneración de un derecho de la máxima categoría dentro del orden jurídico, impone la necesidad de una respuesta categórica, para lo cual es necesario que la respuesta del orden procesal laboral en el caso de vulneración de derechos fundamentales no sea “meramente simbólica”⁶⁷, como ocurre precisamente con las multas. Se requiere, como lo exige desde ahora nuestra ley labo-

⁶⁶ El tratamiento *in extenso* de la materia del daño moral en el ámbito laboral puede ser consultado en GAMONAL, S. *Daño moral en el contrato de trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2005.

⁶⁷ STJ-CE, 8 de noviembre de 1990. Difícil sería defender ante este Tribunal Europeo, nuestra hasta ahora “simbólica” sanción a la discriminación laboral, consistente en una multa administrativa de 1 a 10 UTM.

ral, de un conjunto de sanciones que hagan efectiva la protección de dichos derechos y que disuadan efectivamente de futuras conductas lesivas.

La multa que en estos casos debe aplicar el juez está determinada por las normas sustantivas del Código del Trabajo, por lo tanto, para determinar su cuantía debe estarse a las siguientes reglas: si la ley laboral establece una sanción especial para la vulneración del derecho fundamental sobre el que versa el proceso deberá dar aplicación a dicha sanción, como ocurre, por ejemplo, con la lesión de la libertad sindical, que tiene una multa especial de diez a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales (artículo 292 del Código del Trabajo).

En el resto de los casos, donde no exista una multa especial establecida por la ley para el derecho fundamental en cuestión, deberá aplicarse la multa general para el incumplimiento de la legislación laboral, establecida en el artículo 477 del Código del Trabajo: una a veinte unidades tributarias mensuales en empresas con menos de cincuenta trabajadores, dos a cuarenta unidades tributarias mensuales en empresas con más de cincuenta trabajadores, y tres a sesenta unidades tributarias mensuales en empresas con más de doscientos trabajadores. En estos casos, la norma legal transgredida por la conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador corresponde al ya citado artículo 5º del Código del Trabajo.

IX. EL BALANCE DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA: EL INICIO DE UN LARGO CAMINO

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales fruto de las negociaciones políticas y las presiones empresariales del caso, ha quedado con un evidente déficit jurídico, como es que la nulidad sólo opera para un solo caso de despido lesivo (el discriminatorio grave) -¿acaso las demás garantías no valen lo mismo?-, y que la estructura procedimental no sea sino un endoso al procedimiento ordinario, desprovista de la necesaria rapidez propia de la tutela que requiere este tipo de derechos⁶⁸.

⁶⁸ Con un sistema legislativo no íntegramente representativo de la soberanía popular, mediante el resabio autoritario de los senadores designados, la legislación dictada en la extensa transición hacia la democracia en Chile se ha caracterizado por trasuntar un nivel de negociación política casi sin límite, donde cualquier modificación legal tiene que dar tantas y variadas garantías a los sectores empresariales, que termina siendo buena parte de ella regulaciones jurídicas híbridas. La legislación laboral no ha sido la excepción, con casos paradigmáticos de “hipernegociación” como el de los reemplazantes en la huelga -prohibidos pero permitidos al mismo tiempo en la curiosa redacción del artículo 381 del Código del Trabajo-, y ahora con el caso de la reforma procesal laboral, especialmente en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Así lo demuestra el significativo hecho que de un procedimiento sumario y preferente propuesto originalmente, atendida la jerarquía de los derechos involucrados, se haya terminado en un procedimiento ordinario con reglas especiales. Ahora, cabe decirlo, esta reforma procesal laboral será la última norma legal laboral que se aprueba en un Senado de tan cuestionables características, ya que la reforma constitucional aprobada el año 2005 (Ley Nº 20.050), viene, por fin, a eliminar los senadores designados.

Pese a esto, el principal atractivo de este procedimiento es su novedad política: hoy podemos señalar que ‘a empujones y codazos’ la idea de la eficacia directa de los derechos fundamentales ha comenzado en Chile a ingresar a la fábrica. De seguro, en los años que vienen será necesario corregir y profundizar esta andadura que se ha comenzado a recorrer.

En ese sentido, más que fijarnos en las ya anotadas debilidades del procedimiento de tutela creado por la ley, hay que mirarlo como un hito político inicial en un camino recién inaugurado.

La noticia en este punto es que los trabajadores tienen por primera vez en la historia de nuestra legislación laboral una herramienta a su disposición. Deficiente en diversos aspectos, pero que abre una larga y hasta ahora inexplorada ruta en la protección de este tipo de derechos del trabajador en Chile.