Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nos. 215 - 216
Año LXXII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 215-216: 185-206, 2004 ISSN 0303-9986

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO. ACCION DE CUMPLIMIENTO E INDEMNIZATORIA

PATRICIO MELLA CABRERA
Profesor Derecho Laboral
Universidad de Concepción

I. JUSTIFICACION DEL ESTUDIO

El autor estima necesario establecer o precisar la vinculación entre derechos fundamentales laborales y el contrato de trabajo, proponiendo una visión sistémica en cuanto a la efectividad de los primeros en la zona contractual laboral. Luego, la importancia no es puramente teórica sino que constituye una orientación en la aplicación de las recientes reformas legales que han recogido la moderna doctrina de los derechos fundamentales laborales, replicando en el Código del Trabajo no sólo derechos constitucionales equivalentes a lo que se denomina constitucionalización del Derecho del Trabajo (derechos fundamentales específicos) sino también otros derechos que la teoría juslaboralista designa como derechos fundamentales inespecíficos, como por ejemplo la vida privada, el derecho a la intimidad, la libertad de opinión, libertad religiosa, etc.

II. PRECISIONES TERMINOLOGICAS Y CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

La determinación de la noción de derecho fundamental transcurre por dos vertientes que actúan en ámbitos separados, aun cuando necesariamente reciben influencias como se verá más adelante. Examinemos estas 2 corrientes:

a) Concepto de derecho fundamental referido al Derecho Constitucional. El concepto de derecho fundamental es ampliamente utilizado en el ámbito

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del Derecho Constitucional Moderno, constituyendo una nomenclatura de aparición más o menos reciente y se vincula a conceptos estrechamente conectados: derechos humanos, derechos individuales, derechos subjetivos públicos, derechos económicos, sociales y culturales, garantías individuales, etc. Las diferenciaciones y similitud de los conceptos antes mencionados es una materia de especial relevancia en la disciplina constitucional y ello hace necesario recurrir a dicha zona jurídica para tratar de determinar conceptualmente qué son los Derechos Fundamentales Laborales.

Un reconocido tratadista del derecho público, Antonio Pérez Luño[1], expresa que el término "Derechos Fundamentales" (Droits Fundamentaux) aparece en Francia en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1979 y parte de la doctrina publicista los entiende como "aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales". En todo caso situar la concepción de derechos fundamentales en el plano de la estricta positividad no es totalmente compartido. Y se puede citar a Gregorio Peces-Barba[2], quien postula una naturaleza ambivalente al concebirlos como la resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo, produciéndose una rica influencia entre la progresiva conciencia de ir incorporando nuevos derechos al catálogo constitucional y la propia realidad de cada país en cuanto deciden si a estos nuevos derechos es posible reconocerle eficacia inmediata.

En todo caso, y a modo de una conclusión estrictamente temporal, en la doctrina laboral actual, y sobre todo en la chilena, es perfectamente reconocible la noción de que los derechos fundamentales están referidos a los derechos humanos positivizados a nivel interno. En esta misma línea de razonamiento parece natural que en el caso chileno la locución "derechos fundamentales" se conecte con las denominadas "garantías individuales" recepcionadas en el artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Lo anterior ha hecho decir a un autor[3] que en Chile, las garantías constitucionales corresponden a la versión jurídica positiva de los derechos fundamentales. Así al menos en nuestro país parece dominar la traducción garantías individuales = derechos fundamentales.

[1] Antonio Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, 1984, páginas 30 y siguientes.
[2] Gregorio Peces-Barba. Derechos Fundamentales I. Teoría General, Madrid, año 1973, páginas 93 y siguientes.
[3] José Luis Ugarte. "Los Derechos Fundamentales y las Relaciones Laborales en el Mundo de las Palabras", Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N° 3, Santiago, año 2004, páginas 21 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el ámbito comparado, el autor italiano Luigi Ferragoli[4] señala que los derechos fundamentales corresponden a "aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar", agregando, que los rasgos estructurales que los distinguen de otros derechos pueden sintetizarse en los siguientes: la forma universal de su imputación; pero esta universalidad se utiliza en sentido deóntico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, son sus titulares. El segundo carácter es su indisponibilidad tanto activa como pasiva, es decir, inalienables para su titular e inexpropiables por otros sujetos, especialmente en este último caso por el Estado. Finalmente completa esta trilogía caracterizante, el que los derechos fundamentales tienen su estatuto en reglas generales abstractas, esto es, se confieren mediante normas generales de rango habitualmente constitucional de naturaleza tética y no hipotéticas.

Esta última noción permite dejar abierta la posibilidad que el catálogo de derechos, al menos los positivizados, se vaya extendiendo, eso sí, de la mano del progreso material y cultural que en nuestros países se hace indispensable y urgente.

b) Conceptos de derechos fundamentales referido a una fuente típicamente laboral como son los acuerdos de la OIT. En efecto, lo fundamental de ciertos derechos, desde una óptica internacional, de estándares mínimos que permite una vinculación globalizada jurídica y económicamente entre las naciones de la OIT, ha sido una preocupación permanente de este órgano internacional, con gran influencia en las legislaciones del orbe a través de los convenios y las recomendaciones. Así, una noción, distinta a la anteriormente explicada la encontramos en la "Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo", adoptada por la Conferencia General de la Organización en la 86ª reunión celebrada en Ginebra el 18 de junio de 1998. En esta Declaración los estados miembros de la OIT asumen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, a saber, los siguientes:

– La libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

– La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.

[4] Luigi Ferragoli, "Los fundamentos de los Derechos Fundamentales", Madrid, 2001, págs. 19 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– La abolición efectiva del trabajo infantil.
– La eliminación de las discriminaciones en materia de empleo y ocupación.

En este catálogo, se advierte un cerrado número de derechos que se estiman indispensables en relación a la creciente interdependencia económica y que al mismo tiempo convierte en urgente la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la OIT y promover su aplicación universal.

Como se puede apreciar, esta idea de fundamentalidad no corresponde a la abrazada por la doctrina laboral comparada, ni tampoco en nuestro país (aun cuando se debe reconocer que la normativa antidiscriminatoria ha recibido una intensa protección legal a través de las sucesivas reformas al artículo 2 del Código del Trabajo); pero preciso es convenir que aparece con mayores posibilidades de concreción o eficacia inmediata que la noción de derechos humanos positivizados. Este último aspecto debe ser tomado en cuenta por Chile, porque en la Declaración se incluye una indicación en cuanto, para hacer plenamente efectivo el acuerdo, se pondrá en funcionamiento un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se estima parte integrante de esta Declaración relativa a los derechos fundamentales.

En todo caso, y como ya se dijo, en nuestro país la noción de fundamentalidad laboral está ligada a las garantías constitucionales; pero esta idea de fundamentalidad en el ámbito laboral se ve enriquecida o ampliada con uno de los principios básicos de la Constitución Política expresada en su artículo 1º, esto es, que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La expresión dignidad ha tenido un gran impacto en cuanto al contenido de los derechos fundamentales. Se trata de un concepto rector que preside la inteligencia de cada uno de los derechos reconocidos constitucionalmente. Curioso es advertir que el concepto de dignidad no preocupa mayormente a la doctrina, se entiende tan conocido que no parece útil detenerse a examinarlo, o quizás la respuesta está en que fluye de la naturaleza humana, sin necesidad de una buena definición. En fin, útil es acotar que "dignidad" en términos del Diccionario de la Real Academia Española significa en su acepción Nº 2 "excelencia, realce". A su vez la expresión primera significa "superior calidad o bondad que hace digna de singular aprecio y estimación una cosa". Estas citas de diccionario están lejos de traducir el alto valor moral y jurídico que encierra la dignidad humana. En el plano jurisprudencial, se ha señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país[5], que

[5] R.D.J. tomo 80, sección 6ª, página 79, que el artículo 1º de la Carta Fundamental.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario; refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional".

III. VINCULACION CONSTITUCIONAL Y LABORAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La aparente novedad que representa la preocupación doctrinal y legal por los derechos fundamentales (por cuanto en el caso chileno, la horizontalidad de los derechos constitucionales está disponible al menos desde la Constitución de 1980) está dada básicamente por la circunstancia que, en el ámbito de la empresa, el poder privado que detenta el empleador en virtud de la subordinación jurídica y que se traduce en el poder o facultad para dirigir y dar instrucciones al trabajador, trae aparejado el deber u obligación de obedecer por parte del trabajador. Esta relación jurídica, reconocida por la normativa laboral, en los hechos, se tradujo en que los derechos fundamentales laborales se encontraban limitados por el poder privado, otorgado al empresario y no al revés como lo propugna el constitucionalismo moderno. En este sentido, Héctor Babace[6] sostiene que la tendencia jurisprudencial comparada, al abordar el conflicto que suscita el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en el marco del contrato de trabajo, es a limitarlos en dos sentidos, a partir de la estructura del contrato de trabajo, por un lado, y de la organización de la empresa por otro, esto es, desde la lógica contractual en el primer caso y desde la empresarial organizativa en el segundo.

Luego, en el caso de nuestro país nos encontrábamos ante unos derechos constitucionales que no se podían realizar al interior de la empresa (esto explica la expresión "ciudadanía laboral") y ello ha hecho reaccionar al legislador, replicando en la práctica alguno de los derechos fundamentales, mencionados en el capítulo de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Esta constatación, la inobservancia de los derechos fundamentales al interior de la empresa, ha producido una curiosidad jurídica, esto es, que se bajan a la categoría legal (laborización de los derechos constitucionales) derechos que están

[6] Héctor Babace, "Ciudadanía social del MERCOSUR. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos", Anuario del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago, año 2004, páginas 267 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

consagrados en el texto constitucional. Incluso resulta paradójico que la doctrina siempre estimó que la intensidad de la protección a ciertos derechos se veía reflejada si esas cláusulas ascendían y obtenían el reconocimiento en el texto de la carta fundamental[7].

Por otra parte, en la doctrina constitucional, es suficientemente claro que el texto legal de ninguna forma puede imponer limitaciones a los derechos con reconocimiento constitucional, salvo autorización expresa del constituyente. Lo que la ley puede realizar es desarrollar el contenido del derecho, ya que por su estructura normativa, las constituciones no pueden efectuar una descripción detallada de sus reglas. Las constituciones utilizan una fórmula comprimida, en que sus reglas representan verdaderos principios rectores del ordenamiento jurídico de un país determinado. Así, en el caso de los derechos fundamentales laborales, el Código del Trabajo no optó por desarrollar el contenido de los derechos sino que en la práctica se limitó a replicarlos, apartándose de la función clásica del texto legal en cuanto a servir de vehículo idóneo para pormenorizar el contenido de los derechos con rango constitucional.

La conclusión antes descrita se puede constatar al examinar las recientes reformas a nuestro Código del Trabajo introducidas por la Ley 19.759 del 2001, en que se debe destacar la inclusión de un nuevo inciso primero al artículo 5 del Código del Trabajo, en virtud del cual "el ejercicio de las facultades que la ley le reconocía 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". Esta técnica da cuenta de la vinculación entre las garantías constitucionales contenidas en artículo 19 de la Constitución Política y los derechos fundamentales laborales. Al mismo tiempo la noción de derechos fundamentales se aparta de la construcción semántica elaborada por la Declaración de la OIT del año 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y que fuera citada anteriormente.

IV. EL CATALOGO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RECEPCION EN LA LEGISLACION LABORAL

El catálogo de los derechos fundamentales puede ser más o menos estático según si se opta por la positivización de los mismos. En este sentido, lejos de

[7] Patricio Mella C. "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la Ley Nº 19.759 publicada en el Diario Oficial de 05.10.2001". Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 208, año 2000, páginas 21 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

configurarse como una categoría cerrada de una vez por todas, los derechos fundamentales han ido incorporando a su catálogo nuevos intereses, bienes y expectativas como consecuencia de las sucesivas y no agotadas reivindicaciones. Pero esta extensión es necesaria que sea contenida dentro de límites razonables a fin de evitar que la multiplicación del listado de derechos fundamentales termine degradando su vinculabilidad jurídica y desactive su fuerza móvil[8]. Este proceso de expansión no es precisamente laboral sino que alcanza todas las zonas del ordenamiento jurídico. Ejemplo, la Constitución Española incorporó el reconocimiento constitucional de los derechos de los consumidores. En sede laboral , la recepción por textos constitucionales de unos derechos laborales ha facilitado históricamente el tránsito de una sociedad "monista" de derechos fundamentales (derechos de libertad) a otra "dualista" (derechos de libertad-derechos de prestación), en lo que terminará acogiéndose una nueva categoría de derechos fundamentales, los derechos sociales, constitutivos del núcleo del Estado Social y Democrático de Derecho[9].

El punto anterior aparece más o menos resuelto, por cuanto en nuestro país se estiman como derechos fundamentales laborales, los específicos, es decir, que se aplican a un ciudadano especial llamado trabajador y que se mencionan en el artículo 19 Nos 16 y 19 de la Constitución Política de la República. Sergio Gamonal[10] piensa que se trata de la libertad de trabajo y su protección, la justa retribución, la no-discriminación, y la libertad sindical (derecho de sindicación y autonomía colectiva). La enumeración de Gamonal puede ser objeto de reproche, por cuanto aún las garantías clásicas que se relacionan con el derecho laboral pueden ser invocadas incluso por cualquier ciudadano, cuestión que no ocurriría con la libertad sindical que sólo puede amparar al ciudadano trabajador. Estas precisiones terminológicas pueden tener alguna relevancia al interpretar los textos constitucionales, toda vez que al tratar de establecer el sentido de una cláusula laboral que asciende a la Constitución para recibir la protección constitucional, el contenido de este verdadero principio constitucional admite la función interpretativa de los llamados principios propios del derecho del trabajo en colaboración con la metodología interpretativa constitucional, conclusión que

[8] De Lucas ,Vidal, El Catálogo de Derechos en la Constitución Española de 1978, una lista abierta, Madrid, año 1978, páginas 629 y siguientes.
[9] Fernando Valdés del Re, "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, año 2003, páginas 37 y siguientes.
[10] Sergio Gamonal, Ciudadanía en la empresa. Santiago, año 2004, págs. 15 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en mi opinión no se puede extender a los llamados derechos fundamentales inespecíficos, en atención a que la calidad del sujeto que invoca el derecho no tiene relevancia alguna, basta que sea un ciudadano sin más exigencias y por ende predomina, sin contaminación, la interpretación constitucional.

Por otra parte, la Constitución contempla el resto del catálogo de los derechos fundamentales en su artículo 19, que llamaremos "inespecíficos", ya que si bien alcanzan al trabajador, esto es el resultado de tratarse de un ciudadano más sin importar si es trabajador o no. Estos derechos fundamentales "inespecíficos" no son propiamente laborales sino que se vinculan al trabajador en cuanto persona, como la integridad física y síquica, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona, la libertad de expresión, la manifestación de todas las creencias, la de emitir opinión e informar. Mención especial debe efectuarse al artículo 1º de la Constitución en cuanto declara que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Así la dignidad humana se transforma en el centro de la preocupación constitucional, consignando al Estado al servicio de la persona humana y esta conclusión se proyecta en la relación laboral, transformando la dignidad del trabajador en una cuestión central del Derecho Laboral Moderno.

Si bien la normativa constitucional es aplicable a todos los ciudadanos sean estos trabajadores o no, por el principio de la vinculación directa, ello en la realidad no ha tenido la eficacia que se requiere al interior de la empresa[11].

Esta objeción a la eficacia constitucional, a pesar de reinar sin contrapeso el carácter horizontal de los derechos con reconocimiento constitucional, hizo necesaria la preocupación legislativa por lograr que los derechos fundamentales sean respetados también al interior del lugar de trabajo, a pesar del poder privado reconocido por el empleador en el Código del Trabajo con base principalmente en los artículos 7 y 8 del Código antes citado[12].

En efecto, la legislación chilena (actual inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo) deja claro que los poderes del empresario están limitados por las garantías constitucionales de los trabajadores y no al revés como había sido la postura tradicional en la jurisprudencia, sin reacción adecuada de la doctrina laboral. Es útil destacar que el precepto en examen no hace distinción entre los

[11] Luis Lizama y José Luis Ugarte. Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa. Santiago, año 1998, páginas 165 y siguientes.
[12] Christian Melis Valencia, "Derechos Fundamentales y empresa: Apuntes para una configuración dogmática y jurídica". Anuario de Derecho del Trabajo Nº 3, Santiago, año 2004, páginas 105 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

llamados derechos fundamentales específicos y los inespecíficos, lo que hace disminuir la importancia de la clasificación tan desarrollada por la doctrina laboral.

Así, en la empresa actual no es posible que los derechos fundamentales sean limitados por el poder del empresario y su tenor literal es claro, por lo que el sentido del texto no ofrece duda alguna. De esta manera, para quienes no veían la posibilidad de hacer prevalecer los derechos constitucionales al interior de la fábrica fundados en la ausencia de textos, ahora no se pueden quejar, ya que la reina de las fuentes formales para esa tendencia es la ley, y a ella le seguirán rindiendo culto, olvidándose que en materia laboral existen otras fuentes particularísimas de gran desarrollo como lo es la autonomía colectiva, los convenios y recomendaciones de la OIT, e incluso el reglamento interno al cual le dedicaremos unos comentarios más adelante.

En todo caso, destacadamente, la prohibición de discriminación ha sido el derecho fundamental laboral que mayor recepción ha recibido en la codificación laboral y de ello atestigua el tantas veces modificado artículo 2 del Código del Trabajo. En este aspecto se coincide con el carácter de Principio y Derecho Fundamental Laboral en la concepción plasmada en la Declaración de la OIT antes mencionada.

Otro derecho fundamental de carácter específico ya había sido recogido por el artículo 2 del Código del Trabajo, al consagrar la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar, es decir se alude derechamente al principio constitucional de la libertad de trabajo contenido en el artículo 19 Nº 16 inciso primero de la Carta Fundamental.

También, y en menor medida, se pueden citar no sólo derechos fundamentales específicos, sino también algunos de los inespecíficos, como el derecho a la intimidad, la vida privada y la honra, aludida en el artículo 5 del Código y que parece replicar el texto, sin desarrollar el derecho, repitiendo en la práctica el numeral 4 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, en cuanto se consagra al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. En este mismo sentido se puede citar el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona protegida en el Nº 1 del artículo 19 de la Constitución, que aparece perfectamente reconocible en la obligación del empleador de proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, según lo ordena el artículo 184 del Código del Trabajo.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

V. ANALISIS DE LOS TEXTOS LEGALES RECIENTES QUE CONTIENEN LAS REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Si bien los derechos fundamentales en nuestra legislación ya tenían un reconocimiento incipiente, sin ninguna duda que las reformas legales introducidas en el último tiempo le han dado un potente impulso, como se pasará a demostrar con el análisis de los textos legales que a continuación se indican:

1. Ley 19.591 de 9 de noviembre de 1998 que alude a la prohibición de discriminación en razón de género. En virtud de este texto legal se agrega un inciso final nuevo al artículo 194 del Código del Trabajo que dispone que "ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores, su permanencia o renovación del contrato, o la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez". Este precepto encabeza las reglas sobre protección a la maternidad, y en el mensaje con que fue enviado por el Ejecutivo se indicó que con esta reforma se pretende asegurar en el ámbito laboral el respeto al derecho constitucional que le asiste a todo ser humano, sin distinción de sexo, a saber, la igualdad ante la ley (artículo 19 Nº 2 de la Constitución), permitiendo con ello que la mujer tenga acceso al trabajo en iguales condiciones que los hombres[13].

2. Ley 19.739 de 6 de julio de 2001, que modificó el artículo 2 del Código del Trabajo, tuvo por objetivo evitar la discriminación por edad y estado civil en la postulación, acceso y permanencia en los empleos y además se incluyó la prohibición de establecer requisitos contrarios a la prohibición de discriminación en lo concerniente a los avisos u ofertas de empleo.

Finalmente, la norma introdujo 2 conceptos nuevos estimados discriminatorios como "edad" y "estado civil" y se agregó un inciso tercero al mencionado precepto Nº 2 del Código, del siguiente tenor: "Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son contrarias a dichos principios y constituyen una infracción a aquél, las ofertas del trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y, por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso precedente, a menos que se trate del requerimiento propio de la idoneidad de las

[13] María José Navarrete Dávila, "Los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en el sistema Jurídico chileno". Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, año 2005, págs. 61 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

personas para desempeñar una función". Esta regla sufriría una nueva modificación como se explica más adelante.

3. Ley 19.759 de 5 de octubre de 2001, que entre sus finalidades se menciona del mejoramiento al respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa y este objetivo se pretende alcanzar mediante tres materias principales:

– Promoción de los derechos fundamentales.

– Necesidad de registrar en el reglamento interno medidas que afecten derechos fundamentales.

– Adecuar nuestra legislación interna al Convenio 111 de la OIT sobre normativa destinada a evitar las prácticas discriminatorias[14]. Particular comentario debe hacerse en el sentido que se incluía la posibilidad de recurrir a los tribunales del trabajo para demandar las indemnizaciones, incluido el daño moral, por los daños producidos por la práctica discriminatoria, posibilidad que finalmente no fue recogida.

Las materias del Código del Trabajo que resultan modificadas por este nuevo intento legislativo en promocionar y lograr la eficacia de los derechos constitucionales en al ámbito de la empresa se vinculan a los siguientes aspectos:

– Se modifica nuevamente el artículo 2 y se ensaya una redacción nueva casi por completo y se indica: "Son contrarios a los principios de las legislaciones laborales los actos de discriminación.

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

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

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un

[14] Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343º Extraordinaria, Sesión 13º de 28 de noviembre de 2000.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero.

Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren".

El texto representa una gran riqueza no sólo en cuanto a desarrollar el contenido de la cláusula constitucional contemplada en el artículo 19 Nº 16 de la Constitución; sino también porque sería una obligación de carácter contractual con todas las consecuencias que ello acarrea. Así, la infracción a esta obligación puede originar una acción de autodespido; pero el autor no ve inconveniente en utilizar una acción de cumplimiento tendiente a restablecer el derecho fundamental amagado. Este punto es de gran importancia por cuanto se resolvería una de las graves falencias de la protección a los derechos fundamentales, esto es, su eficacia en el ámbito jurisdiccional.

– Modificación del artículo 5 del Código del Trabajo.

Al incorporar un inciso primero nuevo el texto quedó de la siguiente manera:

"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores en especial cuando pudieren afectar la intensidad de la vida privada o la honra de éstos".

La redacción no podía ser más afortunada, ya que reafirma la premisa constitucional de que los derechos fundamentales no pueden ser limitados por otro poder, en este caso el poder privado otorgado por la subordinación jurídica al empleador. Así se invierte una tradición o manera de aplicar el derecho laboral en este punto, por cuanto el método consistía en que el poder privado imponía naturalmente limitaciones a los derechos fundamentales cuando se pretendía ejercer éstos al interior de la empresa.

Además, se hace ingresar al interior de la relación laboral todo el señorío y el reconocimiento a las garantías constitucionales que posee el trabajador en cuanto ciudadano común y corriente.

Debe reiterarse que prácticamente se reproduce, a diferencia de la normativa antidiscriminación, la garantía del artículo 19 Nº 4 de la Carta Fundamental.

– Modificación del artículo 154 del Código del Trabajo.

Se agrega al artículo 154 un inciso final: "Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el Nº 5 de este artículo y, en general, toda medida de control sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador".

Se refiere a la dignidad del trabajador aludiéndose directamente a dicha característica del ser humano contemplada en el artículo 1º de la Constitución Política.

La alusión al Reglamento Interno tiene además otra connotación, por cuanto al ser tratado unánimente por la doctrina como la manifestación del poder de dirección del empresario, esta limitación robustece la limitación contemplada en el artículo 5 del Código del Trabajo. Es decir se alude a una fuente, de la cual emana poder normativo del empresario y que constituye además un acto propio del empleador, poder que no puede prevalecer frente a las garantías constitucionales del trabajador. Esta técnica legislativa de incluir en el reglamento normas tendientes a proteger la dignidad del trabajador importa entonces una clara señal del legislador en cuanto los derechos fundamentales del operario actúan como un freno al poder normativo empresarial. Por otra parte, dado el frecuente pacto inserto en los contratos de trabajo en el sentido que el contenido de los derechos y obligaciones descritos en el Reglamento pasa a formar parte integrante del contrato de trabajo, en la práctica se abre otra potente vía de contractualización de los derechos fundamentales laborales, permitiendo sostener jurídicamente las acciones tendientes a obtener su cumplimiento en naturaleza y no recurrir, como fatalmente se ha hecho en la práctica forense, al autodespido, conspirando contra la estabilidad del empleado.

– Incorporación de un nuevo artículo 154 bis en el Código del Trabajo.

"El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

El precepto tiene la finalidad de proteger la privacidad del trabajador, reforzando la idea que la intimidad y vida privada de éstos constituye un límite al poder del empresario, redundando en otra estipulación obligatoria del Reglamento Interno que da cuenta de la protección a los derechos fundamentales del trabajador.

4. Ley 19.812 de 13 de junio de 2002. Este texto se considera una buena medida para facilitar la reinserción laboral, limitando los efectos negativos que produce el disponer de antecedentes relativos a incumplimientos comerciales aun cuando los afectados hayan pagado sus deudas, o éstas se hayan extinguido por otras causas legales.

El inciso nuevo reza del siguiente modo: "Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos personales, ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptuándose solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como, gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza".

No cabe duda que la regla apunta a materializar la prohibición de discriminación, por cuanto no es justificable tratar de manera diferente a quien no estuvo en posibilidad de cumplir una obligación dineraria arrastrando un verdadero veto laboral para el futuro, incompatible con la dignidad humana y la libertad de trabajo. La exigencia de los informes de morosidades puede estar justificada si se trata de un trabajador que ejerce altos cargos como el gerente, o por tratarse de personas que realizan labores relacionadas con la recaudación o custodia de fondos o valores como lo sería el caso de los cajeros y cobradores.

5. Ley 20.005 de 18 de marzo de 2005. Esta normativa introduce una decidida normativa tendiente a proscribir una reprochable práctica que era tolerada y a veces, por qué no decirlo, estimulada, esto es, el acoso sexual. En el artículo 2 del Código Laboral se incluyen un par de incisos en su texto que actúa incluso en la esfera precontractual, lo que indica la amplitud de la prohibición de la conducta de acoso sexual. Por otra parte y entendido el acoso sexual como una práctica discriminatoria por razón de sexo, perfectamente podría contractualizarse según la solución que ya se contemplaba en el mismo texto según se analizó anteriormente.

La contractualización de la prohibición de la conducta de acoso sexual se encuentra sólidamente asentada, en la circunstancia que el acoso no sólo violenta el derecho a la no discriminación, sino que otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad, el derecho a la vida e integridad física y síquica. En este último caso, la conducta de acoso puede implicar una violación de la obligación de proteger la salud del trabajador con fundamento en el artículo 184 del Código del Trabajo, especialmente si proviene del empleador, sin descartar si ese acoso es producto de un compañero de labores (sea superior o inferior jerárquico) o incluso de un tercero. Se volverá sobre el punto más adelante.

La Ley Nº 20.005 actúa entonces en una variada zona de derechos fundamentales laborales, y es así como la definición de acoso sexual, introducida en el citado artículo 2 del Código Laboral, expresa que se entiende por acoso "el

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que una persona realice en forma indebida por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo". La definición legal deja en evidencia cómo la violación de los derechos fundamentales relacionados con la dignidad y la integridad física y síquica del trabajador impactan en la relación laboral, incluso antes de producirse el ingreso a la empresa, o lo que es lo mismo se sanciona el acoso en la etapa precontractual laboral.

El texto legal en estudio, al modificar el artículo 153 del Código del Trabajo, impone como contenido obligatorio del Reglamento Interno el que, "especialmente se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores". Además, se deberá incluir en este instrumento –que constituye una manifestación del poder de dirección que la ley laboral reconoce al empleador– "el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual". Si el empleador cumple con el procedimiento diseñado en los artículos 211-A al 211-F introducidos por la Ley 20.005, no estará afecto al aumento de la indemnización por años de servicios consignado en la letra c) del inciso primero del artículo 168 del Código Laboral.

Finalmente, se modifican algunas normas de la terminación del contrato de trabajo, dentro de las cuales debe destacarse que se agregó una nueva hipótesis de conducta indebida grave, esto es, el acoso sexual (letra b del artículo 160 del Código del Trabajo). Por otra parte, y en una destacada incorporación, se permite al trabajador afectado para reclamar al empleador junto con el autodespido, otras indemnizaciones, además de las usuales, dentro de las cuales se encuentra el daño moral, siempre y cuando el empleador no hubiere observado el procedimiento contenido en los artículos 211-A y siguientes de la codificación laboral. Esta indemnización por daño moral también se concede al empleador en contra del trabajador, si éste hubiere invocado falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiere declarado su demanda carente de motivo plausible según lo estipula el actual inciso final del precepto 171 del Código del Trabajo reformado por la Ley 20.005. Esta última posibilidad que la ley reconoce al empleador víctima de una demanda temeraria, es un magnífico argumento para sostener la procedencia del daño moral por infracción al contrato de trabajo, ya que si dicho derecho se reconoce a la parte prevalente en la relación laboral, no se divisa razón para no concederlo en casos de violación de derechos fundamentales del trabajador, sobre todo cuando ellos han sido contractualizados. En esta línea argumental, el carácter bilateral del contrato resultaría desnaturalizado

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

si no se admitiera la posibilidad de demandar los perjuicios morales. Además, no cabe duda que la conducta temeraria del trabajador que invoca un acoso sexual falso representa una grave violación de derechos contractuales por parte del trabajador y por ende será el juez laboral quien deberá conocer de esa demanda, con fundamento en el artículo 420 Nº 1 del Código del Trabajo. De no admitirse esta conclusión, resultaría ilusoria la regla, por cuanto no es jurídicamente sostenible que la acción indemnizatoria por imputación falsa de una conducta de acoso es una cuestión civil extracontractual, sino contractual laboral, ya que ella se produce en la fase de ejecución del vínculo laboral y con ocasión de la prestación de los servicios y por lo mismo de competencia exclusiva del juez del trabajo.

VI. RELACION ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTRATO DE TRABAJO

Las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores permiten fijar una base conceptual para establecer los vínculos existentes entre el contrato de trabajo y los derechos fundamentales, todo ello con la finalidad de proponer un modelo de acciones tendientes a lograr la eficacia jurisdiccional de los derechos fundamentales laborales.

Este autor, como otros, han constatado la ineficacia de los mecanismos constitucionales clásicos para lograr el respeto de los derechos fundamentales al interior de la empresa y concretamente durante la vida laboral del trabajador. Un medio procesal de los que han fracasado en la tutela de los derechos fundamentales es el recurso de protección y ello fundamentalmente porque es ilusorio pretender que el operario, colocado en una situación de inferioridad contractual, ejerza una acción de protección sin que ello impacte en su estabilidad laboral. En todo caso creo que el recurso de protección mantiene su utilidad en la etapa precontractual, como, por ejemplo, en los casos de discriminación o acoso sexual en un proceso de selección de personal, escenario en que la víctima no tiene nada que perder o sufrir una eventual represalia por ejercer simplemente un derecho, esto es, recurrir de protección por lesión a alguna de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Ahora bien, analicemos los vínculos entre contrato y derecho fundamental. Un buen punto de partida está constituido por la constatación que los problemas que suscita el respeto de los derechos fundamentales aparece determinado por la estructura del contrato de trabajo y la facultad o poder de dirección del empresario, es decir una dualidad de pacífica convivencia en opinión del empresariado, ya

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que la lógica contractual que impera actualmente no es discrepante a la facultad de organización de la empresa que la ley laboral reconoce al empleador. En efecto, la doctrina laboral ha reconocido una revalorización o revitalización del contrato de trabajo y esto, al menos en el caso chileno, ha influido en cómo la judicatura ha resuelto problemas vinculados a la violación de derechos fundamentales, imperando una cultura privatista, imponiéndose un predominio de la lógica contractualista sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales y marcadamente en perjuicio de los denominados derechos fundamentales inespecíficos.

En todo caso, este redactor no ve inconveniente, aún en una lógica contractualista, en proponer una vía sólida del respeto a los derechos fundamentales del trabajador en la fase de ejecución de la prestación de los servicios. Por otra parte, es evidente que el empresario también detenta derechos fundamentales (como por ejemplo el derecho a realizar libremente una actividad económica o el derecho de propiedad) que deben respetarse, y si bien, la posición contractual prevalente del empleador constituye un mecanismo eficaz "per se" y por lo mismo no se hace necesario la ocurrencia de otros medios de resguardo, en el caso del trabajador los remedios procesales son una urgente e insoslayable necesidad.

Desde luego, la actual redacción del artículo 5º del Código del Trabajo (obra de la Ley 19.759 del año 2001) otorga un potente argumento aplicativo de los derechos fundamentales en cuanto su tenor literal expresa claramente que el poder del empresario está limitado por los derechos fundamentales del trabajador y no al revés. La redacción del texto no puede estimarse programática, ya que ello podría llevar a constatar una ridícula y absurda falta de eficacia horizontal, en sede legal, del reconocimiento a los derechos fundamentales en el artículo 5º ya citado.

Este precepto, para los cultivadores de la ciencia jurídica que padecen de una adoración al derecho escrito, responde eficazmente a una aparente ausencia de textos legales que permitirían al juez, en un caso concreto, resolver la contienda optando por la primacía del derecho fundamental.

Sin ninguna duda, subsiste el problema del qué hacer en casos de colisión entre los poderes del empresario y los derechos fundamentales laborales; pero en este punto la doctrina ha proporcionado una buena respuesta al ofrecer el llamado "principio de la proporcionalidad", el cual no tiene, eso sí, un contenido muy pacífico; pero ello no es obstáculo para proponer su operatoria y posterior determinación por el actuar de la jurisprudencia, ayudada por una coherente

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

doctrina laboralista. En esta línea argumental, Fernando Valdés del Re[15], citando a varios autores, expresa que el principio de la proporcionalidad enuncia cánones o máximas, entre las cuales menciona tres: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero, también llamado "idoneidad" o de "utilidad", está construido sobre la relación medio-fin, apreciable en un sentido técnico-jurídico y no axiológico, en cualquier limitación de un derecho fundamental. Un medio, cual es la limitación de un derecho fundamental, será adecuado siempre que facilite y sea útil para la consecución del fin perseguido. La medida será adecuada cuando sea idónea para alcanzar el fin propuesto. El principio de la necesidad o indispensabilidad tiene un carácter relacional, ya que la limitación de un derecho fundamental será necesaria cuando se haya elegido, de entre las posibles medidas limitativas, aquella que resulte menos gravosa o más moderada; aquella que menor restricción cause en el derecho, o en el lenguaje de la jurisprudencia constitucional alemana, debe elegirse el medio más benigno. Finalmente, el principio de la proporcionalidad en sentido estricto implica un juicio valorativo de razonabilidad entre el sacrificio que la limitación depara y la relevancia de los bienes, derechos e intereses que se pretenden con ella proteger, debe haber un equilibrio, ponderación entre las ventajas y perjuicios ocasionados por la medida restrictiva. En fin, esta cita casi textual del profesor Valdés del Re permite entregar un instrumento operativo a un juez chileno en caso de una contienda contractual laboral en que se alega una violación de derechos fundamentales en la fase de ejecución del contrato de trabajo. Luego no existiría inconveniente en aplicar una tesis de balanceo entre los derechos fundamentales de ambas partes del contrato de trabajo para decidir en un caso concreto si existe violación de un derecho fundamental laboral y en consecuencia tomar las medidas correctivas tendientes a poner fin a la vulneración.

VII. ACCION DE CUMPLIMIENTO E INDEMNIZATORIA CON FUNDAMENTO CONTRACTUAL POR VIOLACION DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

La proposición de una acción de cumplimiento e indemnizatoria tiene por fundamento la vinculación de los derechos fundamentales a las obligaciones del contrato de trabajo. Desde este punto de vista la noción de "obligación" es indispensable, por lo que debe descartarse la idea de que en el contrato de trabajo

[15] Fernando Valdés del Re. Obra citada, página 64.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

existe un contenido ético y jurídico, ya que no es posible plantear una exigibilidad jurídica a un "deber ético y jurídico" de contenido vago e impreciso; al menos nuestra judicatura no estaría en condiciones, ni en su tradición, de ordenar el cumplimiento de "deberes", ya que está formada en una sólida operatoria, esto es, que lo que se ordena cumplir son "obligaciones". No cabe duda, en opinión de este autor, que la falta de desarrollo de la teoría de las obligaciones contractuales en el vínculo laboral se debe a esta facilista tesis del contenido ético del contrato. A lo mejor ya tendríamos resuelto la tutela de los derechos fundamentales si se hubieran desplegado los esfuerzos en examinar en profundidad las obligaciones que surgen de este especial vínculo contractual laboral[16]. En este punto debe destacarse la metodología propuesta por Luis Lizama[17], quien desarrolla fuertemente la tesis obligacional, aun cuando él no lo señala expresamente, al proponer el estudio del contenido del contrato de trabajo en relación a los efectos del mismo, enumerando las obligaciones provenientes del vínculo laboral.

Además, es necesario precisar que la opción extracontractual debe descartarse, no sólo por ser extraña a la tradición jurisdiccional laboral, sino también porque el poder de naturaleza privada que la ley reconoce al empleador constituye una manifestación clara de la subordinación jurídica, que de acuerdo al artículo 7 del Código del Trabajo es un requisito configurante del contrato de trabajo y por ello sólo se puede concebir su existencia en la fase contractual.

Efectuados los comentarios anteriores, es preciso destacar que el uso de expresiones análogas a las del derecho común, como lo es la acción de cumplimiento, tiene su justificación en la estrecha conexión existente entre el contrato general y el contrato de trabajo, según se explica por este autor en un artículo publicado en la Revista de Derecho sobre las vinculaciones del cumplimiento e incumplimiento en el contrato civil y el contrato de trabajo[18].

La acción de cumplimiento encuentra un sólido fundamento en los textos legales, y es así como en el caso de la ocurrencia de una conducta discriminatoria por parte del empleador ya sea a propósito de un ascenso o mejores condiciones laborales, el trabajador podrá invocar la violación de una obligación contractual, toda vez que el artículo 2 del Código Laboral señala literalmente que el contenido

[16] Fernando Valdés del Re. Obra citada, página 64.
[17] Luis Lizama Portal, Curso de Derecho del Trabajo, Santiago, año 2003.
[18] Patricio Mella Cabrera, "El cumplimiento e incumplimiento del contrato de trabajo, una proposición sistémica en el derecho civil y laboral chileno", Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 213, año 2003, páginas 111 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

antidiscriminatorio forma parte del contrato de trabajo. Ahora bien, la acción de cumplimiento no buscará una sanción económica sino que lo pedido será el cumplimiento de la prohibición de discriminación y en ese caso se ensayarán peticiones tendientes a cumplir en naturaleza la obligación infringida, como por ejemplo, la nulidad de pleno derecho de algún acto jurídico que sea consecuencia de la violación del derecho fundamental o que se retrotraigan las cosas al estado anterior a la infracción, etc.; por su parte, el juez que conoce de la contienda no podrá excusarse de decretar las medidas destinadas a que se reconozca la efectividad del derecho fundamental amagado en virtud del principio de la inexcusabilidad. Desde otro punto de vista, la solución anterior encuentra un fundamento irrebatible desde la perspectiva contractual (que precisamente permitió la vulneración o ineficacia de los derechos fundamentales en la prestación de los servicios), ya que si asistimos a una revalorización del contrato, es inobjetable acudir a una de sus instituciones de centenaria tradición, esto es, que el acreedor está facultado para solicitar el cumplimiento de la obligación, y si se niega, se podrá compelerlo a satisfacer esa obligación, y si el cumplimiento en naturaleza se ha hecho imposible, no cabe duda que el acreedor puede pedir un cumplimiento por equivalencia, que no es otro que la indemnización de perjuicios.

Del modo anterior no se divisa inconveniente alguno para la procedencia de la acción indemnizatoria, incluido el daño moral. Si algún doctrinador ve alguna objeción en que estas acciones no son reconocibles en nuestra judicatura laboral, mi respuesta es que no insistimos lo suficiente, de lo contrario cómo se explica que el daño moral originado en la violación de un contrato de carácter civil fue reconocido por la jurisprudencia con los mismos textos legales con que lo negaba[19]. Esta cita a una sentencia de Corte Suprema constituye un verdadero paradigma del derecho de daños en la civilística nacional, puesto que la Corte señala que los bienes extrapatrimoniales de una persona, como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o síquica, de modo que, si con respecto a los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización del daño exclusivamente moral, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a los intereses extrapatrimoniales procede de la infracción culpable o maliciosa de uno de los contratantes. Como se puede establecer, resulta evidente la similitud de razones que justifican la procedencia del daño moral a propósito

[19] Fallos del Mes, Nº 431, octubre de 1994, páginas 657 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la infracción contractual laboral, y ello da cuenta de la indispensable coherencia que debe inspirar nuestro ordenamiento jurídico y que a veces se abandona sin mayores justificaciones.

En esta misma línea argumental, la procedencia del daño moral ya tiene una cierta data en el derecho del trabajo nacional, por cuanto Sergio Gamonal[20] admite la indemnización por el daño moral en todas las etapas del íter contractual. Esta posición la comparto plenamente porque no se divisa obstáculo jurídico para que el juez laboral conozca de una demanda indemnizatoria adosada a una acción de cumplimiento de contrato de trabajo por infracción a un derecho fundamental contractualizado, o bien deducida directamente cuando el cumplimiento se ha hecho imposible. Igualmente no existe inconveniente al demandar los perjuicios morales conjuntamente con la acción de autodespido o con ocasión de un juicio laboral por despido improcedente, injustificado o indebido.

Si la negativa a admitir esta indemnización se funda en que el procedimiento laboral no ofrece las garantías procesales suficientes para permitir una adecuada defensa al empleador, cabe recordar que en el evento que una persona sea condenada por infracción a la normativa del tránsito público, el artículo 9º de la Ley 18.287 sobre Procedimientos de Policía Local señala que la acción indemnizatoria se sujetará a la tramitación contemplada para el juicio sumario, procedimiento bastante más restrictivo que el actual procedimiento laboral. De otro punto de vista, si la objeción al daño moral en sede laboral se encuentra en que introduce un factor económico que conspira contra el fomento del empleo subordinado, encareciendo innecesariamente la contratación de mano de obra y afectando, en consecuencia, la economía nacional, preciso es puntualizar que dicho argumento es fácilmente rebatible, por cuanto en la actual reglamentación de la ley de protección al consumidor se concede daño moral por infracción al derecho del consumo, incluido el daño moral, sin que a la fecha se haya producido en efecto negativo o perverso en la celebración de miles de contratos en que un consumidor final o un requirente de servicios busca satisfacer sus necesidades de los proveedores de esos bienes o servicios. Como se constata del simple examen jurisprudencial, los jueces de policía local y las Cortes de Apelaciones, al revisar los casos por la vía de la apelación, han fijado indemnizaciones por daño moral muy prudentes, lo que alienta replicar esta posibilidad en un contrato de trabajo,

[20] Sergio Gamonal Contreras. El daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago, año 2000, páginas 30 y siguientes.

Artículo: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Patricio Mella Cabrera

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que, como es enseñado por la doctrina autorizada, vincula al trabajador en aspectos extrapatrimoniales cuya afectación amerita entregar una respuesta judicial en caso de daños para el operario. Para qué insistir que cuando la Ley 20.005 sobre acoso sexual admitió que el empleador pueda enderezar una demanda indemnizatoria por haber invocado, el trabajador, maliciosamente la conducta de acoso, en los hechos derribó un argumento central en la negativa a permitir que se indemnicen los daños morales por infracción al contrato de trabajo, esto es, que no existían textos legales expresos que lo admitan en sede laboral.

Las reflexiones y conclusiones antes ensayadas permiten, en mi opinión, dar un fundamento jurídico sólido al inicio de un hábito que las partes del contrato de trabajo deben incorporar en relación a la ejecución de las obligaciones del contrato de trabajo, esto es, que si se infringe un derecho fundamental contractualizado o cualquiera otra obligación del contrato, no todo se resuelve con la terminación del mismo, como ha sido la tradición en la cultura jurídica laboral.