Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

Nº 209
Año LXIX
Enero-Junio 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA ACCION DE PROTECCION

SERGIO GAMONAL CONTRERAS
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad Adolfo Ibáñez

1. LA ACCION DE PROTECCION EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

La acción de protección constituye el mecanismo de tutela más importante en nuestro ordenamiento constitucional, cumpliendo un rol de gran importancia en la protección y efectividad de diversos derechos fundamentales en nuestro país.

Nuestra Constitución Política establece dicha acción cuando por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales se sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos y garantías, permitiendo a los afectados accionar por sí o por cualquiera a su nombre, ante la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que se adopten de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes (art. 20).

Esta acción ha sido definida por la doctrina como "una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares"[1].

Se la ha caracterizado por constituir un remedio pronto y eficaz para amparar en forma inmediata al afectado, cuando una garantía o derecho

[1] Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional,* tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 332.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares[2].

Asimismo, se destaca que su operativa mantiene intactas las acciones y recursos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos agraviados[3].

En comparación con los lentos procedimientos judiciales ordinarios, la acción de protección se presenta como un mecanismo de gran eficacia, por consistir en un procedimiento rápido, informal, inquisitivo, unilateral, concentrado, abierto y provisorio[4].

En materia laboral, esta acción no comprende todas las garantías constitucionales, sino sólo las siguientes: la libertad de trabajo, la libre elección y libre contratación, los trabajos prohibidos (art. 19 Nº 16º incisos primero, segundo y cuarto) y la libertad sindical (art. 19 Nº 19º).

En las páginas que siguen reflexionaremos acerca de las garantías que nuestra Carta Fundamental establece en materia laboral, en relación a la tutela práctica que por medio de la acción de protección se ha obtenido de las mismas, clasificando las sentencias de protección y analizando la operativa del sistema respecto del orden público laboral.

2. *GARANTIAS CONSTITUCIONALES LABORALES COMPRENDIDAS POR LA ACCION DE PROTECCION*

Las garantías constitucionales comprendidas por la acción de protección son las siguientes:

a) La libertad de trabajo, la libre elección y libre contratación y los trabajos prohibidos (art. 19 Nº 16º).

b) La libertad sindical (art. 19 Nº 19º).

Para un análisis adecuado de cada una de ellas, deberemos referirnos además a otras garantías constitucionales de orden laboral que expresamente están excluidas del ámbito de tutela de esta acción pero que permiten comprender el sentido de las garantías protegidas.

[2] Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 14.
[3] Ibídem.
[4] Nogueira Alcalá, Humberto, "El recurso de protección en Chile", *Gaceta Jurídica* Nº 230, agosto de 1999, p. 9.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

a) La libertad de trabajo, la libre elección y libre contratación y los trabajos prohibidos (art. 19 Nº 16º)

En la redacción constitucional, estas garantías no se encuentran aisladas, sino dentro del un contexto que configura el orden público laboral que rige en nuestro ordenamiento jurídico[5].

El artículo 19, Nº 16º, incisos primero y segundo de la Constitución, asegura a todas las personas "la libertad de trabajo y su protección, la libertad de contratación y a la libre elección de trabajo con una justa retribución".

En las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución consta que se entendió que el trabajo es una expresión de la dignidad y actividad del ser humano, que merece la protección del Estado[6]. Por tanto, cuando la Carta Fundamental consagra la "libertad de trabajo" se refiere a un derecho económico y social, ya que se trata de una libertad de trabajo unida a la "protección del mismo", lo que justifica la redacción de la garantía articulando ambas ideas con la conjunción "y".

Para la doctrina constitucional, la libertad de trabajo habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por ley, asegurando que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador[7].

Esta disposición no sólo ampara la libertad de trabajo sino el trabajo mismo. Se reconoce ampliamente el derecho individual de la libertad de trabajo, la cual debe ser entendida en su sentido más amplio no sólo respecto de los trabajadores dependientes sino también para los independientes[8].

Como hemos dicho, la Constitución además ampara al "trabajo en sí". Sobre el particular debemos recordar que la propuesta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución incluía el "derecho al trabajo", el cual fue eliminado en el texto despachado por el Consejo de Estado, supresión que no debe entenderse como una desprotección al trabajo, sino sólo como el producto de la inquietud de los consejeros en orden a evitar el establecimiento de derechos que no puedan

[5] Acerca del orden público laboral y de la constitucionalización del derecho del trabajo, consultar Gamonal Contreras, Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago, Conosur, 1998, pp. 32 y ss.
[6] Bulnes Aldunate, Luz, "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho Público* Nº 28, 1980, Universidad de Chile, p. 210.
[7] Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 216.
[8] Bulnes, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

ser exigidos efectivamente al Estado[9]. Es por ello que la acción de protección sólo proceda al violentarse "la libertad de trabajo" sin comprender el resto del texto del primer inciso del N° 16°, debido a que el precepto constitucional protege la libertad laboral y también el trabajo concreto, pretensión esta última que no podría exigirse al Estado por vía de la acción de protección al igual que el derecho al trabajo.

En consecuencia, en ningún caso el Estado puede desentenderse de su deber de protección del trabajo, específicamente de los trabajadores, no obstante que la acción de protección haya sido limitada en su alcance. Del mismo modo, la doctrina constitucional ha precisado que el legislador no podría dictar normas que atentaran contra la igualdad y la dignidad del hombre en materia laboral[10].

Por su parte, la Constitución reconoce la libertad de contratación (art. 19 Nº 16º inciso segundo), consagración que no puede entenderse como el pleno imperio de la autonomía privada en materia laboral, de forma tal que los empleadores puedan contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo[11], toda vez que dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la ley para proteger a la parte débil de la relación laboral[12], en cumplimiento del imperativo constitucional de protección del trabajo.

La garantía laboral establecida en el artículo 19 N° 16° es de carácter amplio, ya que no solamente tutela la libertad de contratación sino también la libre elección del trabajo, abarcando tanto al trabajo dependiente como al independiente[13].

Al igual que con la libertad de trabajo, nuestro constituyente no sólo protege la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, sino que además cautela ciertos aspectos del trabajo mismo, y de allí la expresión que ocupa al hablar de "justa retribución"[14], conectándola con las referidas libertades por medio de la preposición "con".

En este punto de nuestra reflexión debemos hacernos dos consultas, a saber, ¿estas libertades ante quién pueden impetrarse? y ¿cuáles son los alcances de estas libertades o, lo que es lo mismo, cuáles son sus límites?

Respecto de la primera interrogante, debemos señalar que las libertades de trabajo, de contratación y de elección de trabajo pueden impetrarse frente a

[9] Bulnes, *op. cit.*, p. 215.
[10] Bulnes, *op. cit.*, p. 216.
[11] Bulnes, *op. cit.*, p. 217.
[12] Verdugo, Pfeffer, y Nogueira, *op. cit.*, p. 281.
[13] Bulnes, *op. cit.*, p. 218.
[14] Bulnes, *op. cit.*, p. 217.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

cualquier sujeto público o privado, individual o colectivo, que por su acción u omisión prive, perturbe o amenace el libre ejercicio de las mismas. Con esta aseveración no estamos diciendo nada nuevo, ya que nuestra Constitución consagra expresamente el principio de vinculación directa en su art. 7º y la teoría del derecho así como la dogmática laboral reconocen el efecto expansivo de los derechos fundamentales, en orden a tutelar al individuo ante cualquier centro de poder que pueda afectar su legítimo ejercicio. Aunque nuestra Constitución no lo menciona expresamente, se trata de la teoría de la *"Drittwirkung der Grundrechte"* u *"Horizontalwirkung"* (horizontalidad de derechos)[15], o del sentido polivalente de los derecho esenciales[16].

La "horizontalidad de derechos" en materia laboral, ha irrumpido en el contrato de trabajo, protegiendo al trabajador en cuanto ciudadano titular de todos los derechos constitucionales que le corresponden, tales como el derecho a la intimidad, a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, etc. En este contexto, la doctrina laboral habla de la ciudadanía en la empresa[17] o de los derechos laborales inespecíficos[18].

Los derechos fundamentales actúan como límite a los poderes públicos y, al mismo tiempo, en las relaciones jurídicas entre sujetos privados.

La libertad de trabajo establecida en nuestro texto constitucional debe ser entendida respecto del Estado, los poderes públicos y las relaciones entre particulares.

En cuanto a la segunda interrogante, relativa a la libertad de trabajo y de contratación y su proyección (alcances y límites) en materia laboral, debemos señalar que nuestra Constitución al igual que la normativa legal, al consagrar la "protección del trabajo" y la "justa retribución" busca la tutela y libertad efectiva, no sólo formal, del trabajador, parte débil de la relación de trabajo. Además, el trabajador se encuentra sujeto a subordinación y dependencia del empleador, lo que facilita eventuales transgresiones de sus derechos esenciales.

[15] Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 312 a 314.
[16] Ghezzi, Giorgio y Romagnoli, Umberto, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1987, p. 15.
[17] Rivero, Jean y Savatier, Jean, *Droit du travail*, París, PUF, 1993, pp. 538 a 540, y Couturier, Gérard, *Droit du travail*, 1/ Les relations individuelles de travail, PUF, 1996, pp. 358 y ss.
[18] Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago, CONOSUR, 1998, pp. 154 y 155. En el mismo sentido, consultar Melis Valencia, Christian, "En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales", parte I, *Boletín Dirección del Trabajo*, mayo de 2001, Nº 148, pp. 10 y ss.; y parte II, *Boletín Dirección del Trabajo*, junio de 2001, Nº 149, pp. 5 a 7.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

Por consiguiente, la libertad de trabajo y de contratación constitucional no sólo deben ser interpretadas como una libertad "negativa", sino también como una "libertad positiva", entendida la primera como la posibilidad de obrar o no sin ser obligado a ello y sin que lo impidan otros sujetos, comprendiendo tanto la ausencia de impedimento, es decir, la posibilidad de hacer, como la ausencia de constricción, es decir la posibilidad de no hacer[19].

Por su parte, la libertad positiva implica la posibilidad de orientar la voluntad hacia un objetivo, adoptando las decisiones sin verse sometido a la voluntad de otros. Esta libertad positiva se denomina también "autodeterminación" o "autonomía", en orden a no estar determinados por otros o no depender para las propias decisiones de otros, o sea, determinarse sin ser determinados[20].

La libertad negativa es una cuantificación de la acción y la libertad positiva es una cuantificación de la voluntad, la primera es una "libertad de obrar" como acción no impedida o constreñida, y la segunda es una "libertad de querer" como voluntad no heterodeterminada o autodeterminada.

En consecuencia, las libertades de nuestra Constitución deben ser entendidas tanto en sentido negativo como positivo, en cuanto posibilidad del trabajador subordinado de autodeterminarse sin que su voluntad quede sujeta a la de su contraparte empleadora. Cabe recordar que el derecho del trabajo ha surgido ante la evidencia de la inexistencia de dicha libertad positiva en las relaciones laborales, lo que ha llevado al Estado a intervenir el contrato de trabajo a fin de establecer derechos mínimos a favor del trabajador. No obstante, la libertad negativa no queda anulada sino que opera por sobre las normas legales que establecen mínimos de protección en favor del trabajador, mejorando dichos derechos mínimos por acuerdo de las partes y conformando el carácter unilateral del orden público laboral[21].

La Constitución en su art. 19 Nº 16º inc. tercero, establece la no discriminación laboral, garantía constitucional no contemplada en la acción de protección. Sin embargo, parte de la doctrina postula la procedencia de la misma por la garantía de la igualdad ante la ley[22]. Por nuestra parte, opinamos que cualquier transgresión al principio de no discriminación vulnera como acto reflejo la libertad de trabajo y, por ende, la tutela de protección también debiera comprender este aspecto. Difícilmente podríamos hablar de "libertad de trabajo" si una persona

[19] Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, pp. 97 y 98.
[20] Bobbio, *op. cit.*, pp. 100 y 101.
[21] Consultar Gamonal, *op. cit.*, pp. 109 y ss.
[22] Lizama y Ugarte, *op. cit.*, p. 228.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

es discriminada no por sus calificaciones para una determinada ocupación, sino por motivos de religión, estado civil, sexo, color o raza, por ejemplo.

Finalmente, el texto constitucional, junto con establecer las libertades reseñadas anteriormente, contempla la posibilidad de que existan trabajos prohibidos por oponerse a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Esta disposición proviene de la Constitución de 1833 en términos muy similares a los actuales[23].

En esta materia, la Constitución Política no es del todo clara en su tenor literal, lo que ha llevado a parte de la doctrina constitucional a sostener que la prohibición de realizar un trabajo debe estar establecida por ley[24], postulando, por el contrario, otros autores, que sólo se requeriría una ley para prohibir un trabajo que se oponga al interés nacional[25] siendo innecesaria una disposición legal para cuando el trabajo que se desea prohibir se oponga a la moral o a la seguridad o salubridad pública.

b) La libertad sindical (art. 19 Nº 19º)

La libertad sindical en todas sus facetas (individual y colectiva) se encuentra expresamente consagrada en el numeral 19º del art. 19 de la Constitución.

En efecto, en sus incisos primero y segundo se establece el derecho de sindicación y la libertad sindical negativa, en los siguientes términos: "El derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria". Asimismo, su inciso segundo dispone: "Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley".

En consecuencia, la garantía en comento estatuye expresamente en nuestro ordenamiento constitucional la libertad sindical positiva, como derecho de los trabajadores de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos, adquiriendo las organizaciones sindicales personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma que determine la ley.

[23] Bulnes, *op. cit.*, p. 220.
[24] Verdugo, Pfeffer, y Nogueira, *op. cit.*, p. 283.
[25] Evans, *op. cit.*, p. 216. En idéntico sentido se han expresado nuestros tribunales, ver fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de abril de 1983, *Revista Gaceta Jurídica* N° 35, pp. 65 y ss., donde resuelve una acción de protección en contra del alcalde de Santiago, por una ordenanza que había dictado prohibiendo la realización de actividades que atentaban contra la moral.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

La segunda parte del inciso primero de este artículo garantiza la libertad sindical negativa, en cuanto derecho de los trabajadores a desafiliarse de los sindicatos y a no asociarse a ningún sindicato.

Además, nuestro texto constitucional reconoce la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales al establecer que la ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones (art. 19 Nº 19º inciso tercero).

En este orden de ideas, el artículo 1° inciso tercero de la Constitución, que establece la autonomía de los grupos intermedios para cumplir sus propios fines específicos, es plenamente aplicable a los sindicatos, en cuanto cuerpos intermedios de la sociedad.

Por último, el artículo 19 N° 19° inciso tercero parte final establece que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas.

Debemos señalar que, por otra parte, el art. 19 Nº 16º de la Constitución establece dos normas referidas tanto a la negociación colectiva como a la huelga, sin estar amparadas por el recurso de protección. Desde una perspectiva sistemática hubiera sido preferible que dicha preceptiva hubiera estado ubicada en el numeral 19º y no en el 16º, ya que la negociación colectiva y la huelga forman parte de la autonomía sindical, contemplada en el inc. tercero del numeral 19º. Por tanto, ¿cómo interpretar esta doble regulación constitucional? Su origen se debe a una concepción restrictiva de libertad sindical reducida a su faceta individual[26], en cuanto derecho de fundar sindicatos y afiliarse y desafiliarse a los mismos. Con todo, dicha concepción se encuentra superada en doctrina y derecho comparado, tanto en el derecho laboral como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos relativos a libertad sindical vigentes en nuestro país[27].

Una libertad sindical entendida como la facultad de crear sindicatos y asociarse y asociación ha adquirido una autonomía especial, ya que en definitiva lo que caracteriza a una organización como sindical es la defensa de los intereses profesionales colectivos de sus asociados, por medio de la negociación colectiva y la huelga.

Para el derecho laboral, el sindicato, la negociación colectiva y la huelga son los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los cuales descansa el derecho colectivo del trabajo, "al punto de que la falta de cualquiera de los mismos

[26] Al respecto, Gamonal Contreras, Sergio, "La Constitución de 1980 y la libertad sindical", *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Nº 1, 2000, pp. 76 y ss.

[27] Consultar el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y los Convenios números 87, 98 y 135 y 151 de la O.I.T., todos vigentes en nuestro país.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

impide el funcionamiento de éste"[28]. En este contexto, la huelga es un instrumento de la libertad sindical[29], consistente "en un instituto típico del derecho colectivo que procura efectivizar, precisamente, la autotutela laboral y la libertad sindical"[30].

Entonces, la libertad sindical se configura en una proyección triple que comprende la autoorganización, la autotutela y la autonormación[31], conformando la denominada "visión triangular del derecho colectivo del trabajo"[32].

Sin duda, en nuestra Constitución Política la autonomía colectiva o sindical forma parte de la libertad sindical propiamente tal. La autonomía constitucional consagrada en los arts. 19 número 19º y 1º deberá interpretarse como una consagración general de la misma, complementada por las dos regulaciones específicas señaladas en el numeral 16º del art. 19º.

En cuanto al contenido sustancial de la libertad sindical es posible distinguir diversos atributos de la misma, relacionados con la libertad sindical individual y con la colectiva. Se trata de las libertades de constitución, afiliación, de libertad sindical negativa, de reglamentación, representación, disolución, federación y actuación sindical, especialmente por medio de la negociación colectiva y la huelga[33].

Debemos mencionar, además, que en la comunidad internacional se considera a la libertad sindical como un mecanismo eficaz a fin de fortalecer los derechos civiles, ya que la libertad sindical es considerada un derecho esencial para la efectiva aplicación de los derechos civiles y políticos. Sobre el particular, en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán, en 1968, se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos en el sentido de que la plena realización

[28] Ermida Uriarte, Oscar, *Sindacati in Regime di Libertà Sindacale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1989, p. 50.
[29] Ermida Uriarte, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, 1986, p. 10.
[30] Ermida, *op. cit.*, *Apuntes...*, p. 9.
En el mismo sentido, Breen Creighton al referirse al alcance de la libertad de asociación menciona el derecho de huelga, cuya denegación es considerada una restricción para que los sindicatos puedan defender los intereses de sus miembros y organizar su administración, actividades y formular su programa. Ver Creighton, Breen, "Freedom of Association", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 5ª edición revisada, al cuidado de Roger Blanpain y Chris Engels, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 123.
[31] Manuel Correa Carrasco señala que los elementos estructurales básicos de la autonomía colectiva son la autoorganización, autotutela y autonormación, en *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Carlos III, 1997, p. 115.
[32] Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva* (recopilación de escritos), México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 675 y ss.
[33] Gamonal Contreras, Sergio, "La libertad sindical en el ordenamiento laboral chileno y los convenios 87 y 98 de la OIT", *Cuadernos Jurídicos* Nº 14, 2000, Universidad Adolfo Ibáñez, pp. 6 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, y la O.I.T., por su lado, ha destacado la interdependencia de los derechos sindicales en relación con las libertades civiles, en la Conferencia Internacional de 1970[34].

La interpretación de las garantías laborales deberá ser sistemática, considerando los dispuesto en el art. 1º y 5º de la Constitución Política, en orden a la igual dignidad de las personas, la autonomía de los grupos intermedios, al deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. También deberán ponderarse estas garantías respecto de las demás estatuidas en el art. 19.

El derecho laboral y su estatuto constitucional no sólo se fundamentan en las garantías constitucionales laborales específicas, sino en otras garantías constitucionales del art. 19, que podríamos denominar "conexas" con la protección laboral: el derecho a la vida (Nº 1), a la igualdad ante la ley (Nº 2), el respeto y protección al honor de la persona (Nº 4), la libertad de conciencia (Nº 6), la libertad de opinión (Nº 12), de asociación (Nº 15) y el derecho de propiedad (Nº 24). Por ejemplo, tutelan algunas de estas garantías las normas del Código del Trabajo relativas a la seguridad dentro de la empresa, la tutela de la maternidad, la obligación de reserva de la información y datos privados del trabajador, el respeto de la dignidad de los trabajadores en las medidas de control, la no discriminación salvo por calificaciones, el despido indirecto por falta de probidad o vías de hecho, la protección de remuneraciones, etc.

Además, el art. 5º del Código expresamente dispone 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.

En los siguientes párrafos analizaremos los principales lineamientos que ha seguido la jurisprudencia de protección en nuestro país, en base a la siguiente clasificación:

1) La libertad de trabajo como garantía complementaria.
2) La libertad de trabajo como garantía vinculada al derecho del trabajo.
3) La libertad sindical.

[34] Racciatti, Octavio Carlos, "El tratado internacional como fuente del derecho del trabajo", en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 186.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

3. *LA JURISPRUDENCIA DE PROTECCION: LA LIBERTAD DE TRABAJO COMO GARANTIA COMPLEMENTARIA*

En los fallos publicados, se observan una serie de acciones de protección destinadas a tutelar la libre iniciativa económica o el derecho de propiedad, y donde se cita además a la libertad de trabajo en cuanto garantía amplia de todo tipo de actividad o trabajo, dependiente o independiente.

Aunque encontramos casos en los que el recurrente sólo cita la libertad de trabajo, la amplitud dada a esta garantía nos hace concluir que, en el fondo, se pretende tutelar la libertad de iniciativa económica o el derecho de propiedad.

Desde una perspectiva de derecho laboral, opinamos que la cita de la libertad de trabajo es más bien complementaria en relación a las otras garantías constitucionales citadas, ya que no se trata de un trabajo subordinado y tanto la libre iniciativa económica como el derecho de propiedad se bastan a sí mismos en las situaciones planteadas.

Por ejemplo, en el caso Orlando Soto con Municipalidad de Calbuco[35] se recurre en contra de esta última debido a que se le ha ordenado al actor el cambio de nombre a la patente que posee por la de restaurante diurno, fijándosele, además, un horario de funcionamiento que lo perjudica.

El recurrente estimaba afectadas diversas garantías constitucionales, a saber, la del artículo 19 Nºs. 3º inciso quinto relativa al debido proceso (respecto de la cual no procede la acción protección), 16º sobre libertad de trabajo y 21º relativa al derecho a desarrollar su actividad económica.

En definitiva, la Corte acogió el recurso sólo en lo referente al cambio de horario y no al cambio de patente, por estimar que esta última medida no implicaba una acción ilegal o arbitraria. Por el contrario, en el caso de la fijación de horario se estimó que se atentaba en contra de la libertad de trabajo.

En Jiménez con SEREMI de OO.PP. de la X Región[36], un arquitecto suspendido del registro de contratistas de Obras Menores del Ministerio de Obras Públicas, recurre por estimar vulneradas la igualdad ante la ley, el respeto y protección de la honra de las personas, la libertad de trabajo y la libre iniciativa económica.

Por su parte el SEREMI argumenta que el arquitecto contratista habría cometido diversas irregularidades que lo inhabilitan para continuar en el referido registro.

[35] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* 2ª parte, sección 5ª, 1985, pp. 212 y ss.
[36] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* 2ª parte, sección 5ª, 1987, pp. 212 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

El recurso es rechazado ya que la libertad de trabajo y la libre iniciativa económica no se encuentran amagadas, ya que al recurrente no se le ha cancelado el título profesional ni prohibido ejecutar obras a terceros.

En la sentencia Marshall con Impuestos Internos[37] se recurre en base un bloqueo tributario (de 1988 a 1993) del contribuyente señor Marshall por haber asumido la representación temporal de una empresa en situación de incumplimiento tributario. Dicho bloqueo le impedía el timbraje de documentos y todo tipo de actividades, por lo que se estimaban afectadas las garantías relativas a la libertad de trabajo, de iniciativa económica y el derecho de propiedad.

Se acoge la sentencia ya que la medida aunque es legal no está exenta de arbitrariedad, por no aparecer adoptada con la debida razonabilidad al mantenerse por más de cinco años e indefinidamente, atentándose en contra de la libre iniciativa económica.

Aunque la libertad de trabajo comprende la posibilidad de desarrollar cualquier actividad económica, creemos que en estos y en otros casos similares la garantía central afectada es la libre iniciativa económica o el derecho de propiedad, siendo, además, un complemento la libertad de trabajo. Para nuestro análisis estos recursos de protección no son trascendentes ya que no se vinculan al derecho del trabajo propiamente tal, sino a la libertad de trabajo en cuanto garantía amplia en el sentido que hemos explicado en estas líneas.

4. LA LIBERTAD DE TRABAJO COMO GARANTIA VINCULADA AL DERECHO DEL TRABAJO

Lo que caracteriza este grupo de acciones de protección es que se relacionan directamente con el derecho del trabajo por tratarse de situaciones laborales bajo subordinación o dependencia o de trabajos prohibidos.

En este grupo cabe distinguir dos subgrupos: las acciones relativas a la aplicación de la causal de libertad de trabajo propiamente tal, incluyendo los trabajos prohibidos, y las que se dirigen directamente en contra de la Dirección del Trabajo, por estimarse que ha vulnerado la libertad de trabajo o de contratación del empleador, o su libre iniciativa económica, así como su derecho de propiedad en algunos casos.

Por ejemplo, respecto del primer subgrupo, en materia de trabajos prohibidos, en el caso Fonck O'Brien con Municipalidad de Santiago[38] se acciona

[37] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1993, pp. 250 y ss.
[38] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1983, pp. 100 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

en contra del Alcalde de Santiago que ha emitido una ordenanza prohibiendo en los cafés de espectáculos y salas de espectáculos, la presentación de espectáculos que atenten contra la moral o las buenas costumbres, la aparición de artistas o de personal total o parcialmente desnudos, o simulando el desnudo mediante el uso de ropas transparentes.

Los recurrentes afirman que con dicha ordenanza se ha violentado la libertad de trabajo, la libre iniciativa económica, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad. Agregan que sólo por ley puede prohibirse un trabajo.

El alcalde expone que, en su calidad de tal y por medio de una ordenanza, en el ejercicio de su potestad discrecional y a fin de resguardar el bien público, puede calificar en un caso concreto como contraria a la moral y a las buenas costumbres una conducta que trasciende el mero campo individual.

La sentencia rechaza el recurso, ya que para prohibir un trabajo no se requiere de una ley, salvo en el caso de que su ejercicio vulnere el interés nacional, ya que expresamente la Carta Fundamental exige una ley para prohibirlo. Agrega el fallo que la Constitución no comprende expresamente como materia de ley los trabajos prohibidos y que, además, el alcalde por diversas normas tiene la dirección de la comuna y puede formular las políticas y programas municipales en concordancia con las facultades que le otorga la ley.

Sobre el particular, opinamos que la única forma de prohibir un trabajo es por medio de una ley, por diversas consideraciones. Se trata de una garantía constitucional y, por ende, no es posible que su regulación sea delegada al Presidente de la República por medio de un decreto con fuerza de ley (art. 61 inc. segundo). Mal podría un alcalde prohibir un trabajo. Además, dentro de las materias de ley del art. 60 expresamente se mencionan las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, dentro de la cuales obviamente está la de los trabajos prohibidos. Por último, si cada alcalde a través del país puede determinar cuáles son los trabajos prohibidos, podría afectarse gravemente la igualdad ante la ley.

En otra causa denominada Carrasco con Superintendencia de AFP[39], el recurrente expone que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), procedió a anular su inscripción en el Registro de Promotores o Agentes de Ventas de dicho organismo, vulnerándose su derecho a la libre contratación y a la libre elección de trabajo.

La Superintendencia expone que la medida se basa en que durante el desempeño del recurrente en otra AFP infringió la Circular Nº 131 en el sentido

[39] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1984, pp. 194 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

de que la suscripción de la orden de traspaso tanto del afiliado como del funcionario de la nueva Administradora deben hacerse en un solo acto y en presencia de uno y otro, conjuntamente con la entrega de la respectiva libreta y la indicación del R.U.T. o C.I. con dígito verificador.

La sentencia revoca el fallo de la Corte de Apelaciones y rechaza el recurso, ya que las facultades de la Superintendencia se ajustan a la ley y no se ha afectado la libertad de contratación y elección del actor, no ha existido discriminación alguna respecto de su libertad y derecho al trabajo y, además, libremente y sin apremios ha elegido su trabajo.

En voto complementario uno de los ministros precisa, además, que la estabilidad en el empleo no es cautelable vía acción de protección.

Por su parte, en voto de minoría dos de los sentenciadores estuvieron por acoger el recurso por considerar que no se había probado suficientemente la infracción del recurrente, por lo que la referida medida era arbitraria.

En el caso Cerda Ortiz con CODELCO División Chuquicamata[40], el recurrente había desarrollado una amplia actividad gremial, y había presentado una reclamación ante la Inspección del Trabajo en contra de la decisión de la empresa que insertó cláusulas de inhabilidad para negociar colectivamente en los distintos contratos de trabajo, afectando a más del 50 % de los supervisores del cobre.

Posteriormente, la empresa desahució a éste y otro dirigente gremial, considerándose por el recurrente que dicha medida estaba íntimamente ligada a la referida reclamación, constituyendo un verdadero acto de represalia arbitrario, excediéndose además el prudente ejercicio de una prerrogativa legal y vulnerando la libertad de trabajo y su protección.

El fallo rechaza el recurso ya que la acción de protección no ampara la estabilidad en el empleo. Además, se precisa que como el desahucio es sin expresión de causa, no es susceptible de ser calificado como arbitrario o no arbitrario bajo ningún aspecto.

Sólo podemos concordar en parte con esta sentencia. Si bien es cierto que la estabilidad en el empleo no se encuentra comprendida en la acción de protección, no parece adecuado el razonamiento de los sentenciadores respecto del desahucio sin expresión de causa (actualmente mucho más restringido en el Código del Trabajo que en aquella época), toda vez que perfectamente esta facultad unilateral puede utilizarse en forma arbitraria, por ejemplo por motivaciones espúreas como un chantaje por acoso sexual, una forma de purga sindical, o una represalia por haber denunciado una infracción a una norma de orden público laboral.

[40] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1988, pp. 183 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

Por tanto, nuestra disconformidad con este fallo obedece a que la protección del trabajo y la justa retribución son garantías constitucionales de idéntica validez que la libertad de trabajo y la libre contratación, y, más aún, en íntima relación a la luz de la redacción constitucional. En nada cambia esta conclusión que la acción de protección sólo tutele las libertades "a secas" ya que esta exclusión respondió a la preocupación de que pudiera pesar sobre el Estado la necesidad de adoptar medidas de gravoso costo económico a fin de dar cumplimiento a estos derechos económicos y sociales. Cualquier "libertad" del empleador, como el desahucio, deberá ejercerse con respeto de la Constitución, comprendiendo la protección del trabajo y la justa retribución. En el caso en comento, hay dudas razonables de que así haya ocurrido.

Por otro lado, debemos preguntarnos si realmente, ¿podemos hablar de libertad de trabajo de los recurrentes si éstos son despedidos por denunciar una infracción legal del empleador? No cabe duda de que la libertad de trabajo y de contratación se refieren a la posibilidad de trabajar sin ser discriminado por motivo alguno, salvo por las calificaciones requeridas para la labor de que se trate. En consecuencia, estas libertades no sólo están indisolublemente ligadas a la protección del trabajo y a la justa retribución constitucionales, sino también a la no discriminación estatuida en el art. 19 Nº 16º inciso tercero de la Constitución. ¿Es razonable sostener que un ciudadano o ciudadana gozan de libertad de trabajo o de contratación si son discriminados o segregados por motivos de raza, sexo, condición social, militancia sindical o política, opinión religiosa, creencias, etc.?

Otro punto a considerar dice relación con una de las expresiones básicas de la autonomía sindical consagrada en nuestra Constitución, relativa a la facultad de velar por los derechos de los trabajadores sindicados, por lo que opinamos que en el caso en cuestión podría haberse vulnerado otra garantía constitucional como es la del artículo 19 Nº 19º inciso tercero de la Constitución. Es posible que el despido haya sido lícito, pero la sentencia de protección no consideró otras posibilidades, excluyendo a priori la posibilidad de que haya existido un abuso y, por ende, una conducta atentatoria a garantías constitucionales.

Estos razonamientos se refuerzan al criticar una serie de sentencias de protección que elevan al máximo la interpretación formalista y decimonónica de la libertad de contratación, dejando en letra muerta el derecho del trabajo, el estado social de derecho y los valores básicos expresados en el capítulo I de nuestra Carta Fundamental. En efecto, en otras sentencias encontramos un concepto absolutamente amplio de libertad de contratación, fuera del marco constitucional

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

que lo condiciona a una justa retribución. Así, por ejemplo, en Watt's Alimentos S.A. con Inspección Provincial del Trabajo Maipo-San Bernardo y otro[41] se afirma que la libre contratación constitucional permite a los empresarios la libre elección de su personal, la determinación de la modalidad del trabajo a realizar, la forma de planificarlo, la fijación de los términos del contrato, sujetándose a la normativa vigente.

En la misma línea, en Unimarc con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur[42] se postula que la libre contratación constitucional permite a los empresarios la libre elección de su personal, la determinación de la modalidad del trabajo a realizar, la forma de planificarlo, la fijación de los términos del contrato, sujetándose a la normativa vigente sin concurrencia de voluntad del trabajador.

Con estas interpretaciones tan poco sistemáticas y muy formalistas queda sin desarrollo nuestro texto constitucional y llegamos a la paradoja de que la acción de protección ha servido en ciertos casos para tutelar la libertad de trabajo en contra de la protección del mismo, y la libertad de contratación en contra de la justa retribución. Se trata de un efecto perverso y no querido por el constituyente al excluir parte de estas garantías de la acción de protección. En conclusión, opinamos que la libertad de trabajo y de contratación son tutelables por la acción de protección siempre y cuando no transgredan otras garantías constitucionales, especialmente las directamente vinculadas con ellas por el mismo texto constitucional, esto es la protección del trabajo y la justa retribución ya que, en estas situaciones, el eventual recurrente no se encuentra en el "legítimo ejercicio del derecho" exigido por la Constitución (art. 20) para que prospere la acción de protección.

En derecho comparado la libertad de trabajo ha evolucionado y se ha expandido en un sentido inverso al de nuestra jurisprudencia de protección. En este último caso, pareciera que el concepto civil de libertad de trabajo como consagración absoluta y sin contrapesos de la autonomía privada en el orden laboral privado, desarticula el sentido laboral de esta libertad, indisolublemente unido a la protección del trabajo según nuestro texto constitucional. Por el contrario, en el derecho europeo, la libertad de trabajo se ha expandido en el sentido de que todos los ciudadanos a lo largo de su vida profesional tengan garantizada una cierta continuidad de sus "derechos sociales". Esta vida profesional puede comprender para una misma persona diversas situaciones, como la de asalariado,

[41] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1993, pp. 104 y ss.
[42] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1991, 302 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

empresario, trabajador autónomo o semiautónomo[43].

El segundo subgrupo de acciones de protección en esta materia, ha sido el relativo a las facultades de fiscalización de la Dirección del Trabajo que aparentemente han atentado en contra de la libertad de trabajo, de contratación, la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad[44].

En algunos casos, estas acciones han sido desechadas en base a que el recurrente no se encontraba en el legítimo ejercicio de su derecho, al tenor de lo exigido en el artículo 20 de la Constitución.

Por ejemplo, en el caso denominado Parga Loyola con Director Regional del Trabajo VIII Región[45], el señor Parga por contrato se había comprometido a destinar personal de su dependencia para desarrollar labores en el establecimiento de propiedad de su contraparte, Fuchs y Cía. Ltda. Sus obligaciones consistían en suministrar personal al usuario bajo su dependencia, controlar dicho personal, supervigilarlo diariamente, para cuyos efectos el usuario le proporcionaría una oficina para la cancelación de las remuneraciones y ejecutar respecto de ese personal las facultades privativas del empleador.

Posteriormente, la Inspección del Trabajo impartió instrucciones a Fuchs en el sentido de contratar al personal que formalmente dependía de Parga pero que en los hechos desarrollaba labores en el establecimiento Astoria de propiedad de Fuchs.

El recurrente estimó que se pretendía anular un contrato vigente y que la interpretación y alcance de este contrato sólo podía realizarse por los tribunales y no por la Dirección del Trabajo. Además, planteaba que se había afectado su libertad de trabajo como contratista y negado la posibilidad de desarrollar una actividad económica lícita, todas garantías constitucionales amparadas por la acción de protección.

Al respecto, la Dirección informó que en la fiscalización realizada en el Café Astoria, se pudo constatar diversas infracciones a la legislación laboral, por lo que se ordenó escriturar los contratos de trabajo de 48 trabajadores que aparecían formalmente contratados por el recurrente señor Parga pero que, en los hechos, laboran bajo dependencia y subordinación de Fuchs. Además los jefes directos de estos trabajadores pertenecían a Fuchs, así como el jefe de personal, sin que se encontrara ningún representante del contratista recurrente, que los

[43] Casas, María Emilia; de Munck, Jean; Hanau, Peter; Johansson, Anders L.; Meadows, Pamela; Mingione, Enzo; Salais, Robert; Supiot, Alain, y van der Heijden, Paul, *Trabajo y empleo, transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Alain Supiot (coordinador), Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, p. 46.
[44] Al respecto, consultar Gamonal Contreras, Sergio, "La acción de protección y las facultades de la Dirección del Trabajo", *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Nº 2, 2001, pp. 70 y ss.
[45] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1988, 299 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

implementos de trabajo eran de Fuchs y que los trabajadores en cuestión aparecían identificados con la empresa, incluso en sus uniformes.

La sentencia rechazó el recurso, señalando que debía estudiarse si la instrucción recurrida ocasionaba privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho constitucional de libertad de trabajo y libre iniciativa económica.

Para la Corte, el contrato de Parga unido a la aplicación práctica dada por las partes era indicativo de que la obligación asumida por el contratista recurrente no fue otra que la de proveer recursos humanos a Fuchs, lo cual se cumplió, agotando sus efectos desde el momento en que tales recursos fueron puestos a disposición, pasando a prestar servicios personales a Fuchs.

En consecuencia, el contrato de prestación de servicios citado por Parga era una suerte de contrato de enganche, lo cual en principio es lícito, no obstante si ello tiene por propósito desvincular formalmente a los sujetos naturales de una relación laboral, de manera que uno de ellos no quede afectado por la normativa que regula su condición, no es dable reconocer su legitimidad.

El tribunal concluyó que el recurrente había prestado su nombre como testaferro para que Fuchs contara con recursos humanos para el logro de determinadas finalidades lucrativas sin quedar sujetas a la contingencias que la legislación laboral impone a los empleadores, tales como gratificar, negociar colectivamente, reconocer años de servicio, relacionarse con sindicatos, etc.

Para la sentencia el ejercicio de Parga como contratista no es legítimo como para que pueda accionar de protección según lo dispone el artículo 20 del Código Político, ya que los derechos deben ejercerse en conformidad con el ordenamiento jurídico.

En la causa Chez Henry con Dirección del Trabajo, los tribunales determinaron que la orden de escrituración de contratos dada por el ente fiscalizador no era arbitraria ni ilegal, ya que existía una relación laboral en que a la recurrente le correspondía el carácter de empleadora, aplicando el principio de primacía de la realidad[46].

Otras acciones de protección han sido rechazadas por los tribunales por estimarse que este mecanismo tutelar no puede devenir en sustituto jurisdiccional, ya que el mismo ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que el particular fiscalizado recurra al tribunal correspondiente a fin de que lo determinado por la Dirección sea revisado en sede judicial (artículos 420 letra e y 474 del Código).

[46] Citado por Araya Figueroa, Rodrigo; Fuentes Navarrete, Ismael; Flores Ruz, Leonardo; Mora Rodríguez, Myriam; Musalem Ribera, Carolina; Oyarzún Stolzenbach, Luz María; Saldías Salvo, Claudia; Sarmiento Pladellorens, Andrea; Silva Pacheco, María Eugenia, y Torres Vilche, Marcela, "La Jurisprudencia del Recurso de Protección (1978-1997)", Memoria de Prueba U. de Chile, 1998, p. 70.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

Asimismo, se ha postulado que la Dirección del Trabajo ha operado dentro de sus atribuciones fiscalizadoras, sin realizar una actuación ilegal o arbitraria.

Por ejemplo, en Mc Donald's de Chile S.A. con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso[47], la Corte Suprema rechazó la acción revocando el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Los recurrentes estimaban que la orden de la Inspección para pagar la semana corrida a sus trabajadores, en base a considerar que la estipulación de un sueldo de bajo monto no inhibe de tal obligación al empleador, vulneraba diversas garantías constitucionales, a saber, el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales (art. 19 Nº 3º inciso cuarto), la libre contratación y el derecho de propiedad. Para los actores la Inspección no podía interpretar contratos individuales de trabajo y menos declarar la nulidad o ineficacia de cláusulas del mismo.

La recurrida hizo presente que había actuado dentro de sus competencias, fiscalizando la aplicación de la legislación social, en cumplimiento del principio de legalidad y que el recurso deducido contra la instrucción impartida por la fiscalizadora resultaba improcedente, ya que se trataba de un mero acto preparatorio de una eventual resolución de multa administrativa, que constituye una actuación que la Dirección tiene asignada por ley y respecto de la cual proceden diversos mecanismos de impugnación.

La Corte Suprema hizo suyos los argumentos del voto de minoría de la Corte de Apelaciones y rechazó la acción de protección, señalado que las facultades de fiscalización de la Dirección no se contradicen con las facultades jurisdiccionales de los tribunales, considerando que el artículo 420 letra e) del Código le otorga competencia a estos últimos para conocer de las reclamaciones que procedan contra las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materia laboral. Además el referido voto minoritario agregaba que en el caso en cuestión se encontraba pendiente una controversia que aún debía dilucidarse en otra sede distinta de la protección[48].

[47] Farías Olguín, Cecilia, "Facultades de la Dirección del Trabajo en materia de impartir instrucciones de pago de semana corrida", *Boletín Oficial Dirección del Trabajo* Nº 141, 2000, pp. 11 y ss.

[48] En un caso similar, la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo que lamentablemente fue revocado por la Corte Suprema, rechazó el recurso sosteniendo que la interpretación es consustancial a las funciones fiscalizadoras, constituyendo el ejercicio de un deber-función cuyo incumplimiento implica transgredir el fin público que justifica el otorgamiento de la respectiva potestad. Añadía esta sentencia que las facultades jurisdiccionales de los tribunales en materia laboral en nada obstan a la fiscalización que corresponde ejercer a la Dirección del Trabajo y que, en derecho administrativo, los únicos actos susceptibles de impugnación por vía contencioso administrativa son los terminales, excluyéndose los preparatorios, como es el caso del recurrido, por carecer de eficacia o incidencia en la creación de derechos u obligaciones, en tanto no completen su proceso de formación. Consultar Farías, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

En otra sentencia, los tribunales sostuvieron que la Inspección no se había atribuido funciones jurisdiccionales por ordenar escriturar contratos a honorarios como laborales, ya que sólo había actuado dentro del marco legal, velando porque los vínculos laborales se ajusten a la normativa legal, lo cual no atenta contra la libre iniciativa económica. Por su parte, el derecho de propiedad tampoco se veía afectado por los eventuales efectos derivados de los contratos a honorarios, ingresados al patrimonio de las partes, ya que existiendo irregularidades éstas no pueden sanearse por el hecho de los posibles beneficios económicos que le hayan reportado a la parte que habría incurrido en ellas[49].

En fecha más reciente[50], la Corte Suprema revocó una sentencia de protección de la Corte de Apelaciones de Copiapó donde se impugnaba la actuación de la Dirección del Trabajo.

Se trataba de un caso en que la Dirección había determinado como sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos turnos de 7 días de trabajo continuo y 7 días consecutivos de descanso, dictaminando que los trabajadores que hicieren uso del feriado debían reincorporarse a sus funciones al día siguiente de expirado el mismo, en el evento de que el respectivo turno o equipo de trabajo se encontrare laborando en dicha fecha o, en caso contrario, debían reintegrarse una vez concluido el período de descanso respectivo.

El recurrente estimaba vulnerados su derecho a desarrollar cualquier actividad económica y su derecho de propiedad, sosteniendo que la Dirección se habría constituido en un órgano jurisdiccional al efectuar una interpretación para lo cual no tenía autorización legal. Además, argumentaba que se estaba estableciendo sin ley un beneficio para un sector, actividad o zona geográfica, en contravención a lo dispuesto en el art. 19 Nº 22º inciso segundo de la Constitución.

En definitiva, la Corte Suprema rechazó la protección ya que no era clara la existencia del derecho que se suponía amagado, ya que había una controversia que debía dilucidarse en otra sede, específicamente la laboral. Además, se postuló que existían otros medios de impugnación para la resolución que en definitiva se adoptara y que, en la especie, la declaración o establecimiento del derecho respectivo corresponde a una labor jurisdiccional propia y exclusiva de los tribunales que en la especie ejercen competencia en lo laboral, para lo que se ha regulado un procedimiento específico para impugnar la eventual sanción que pudiera aplicarse al recurrente.

[49] Fallo de Iccom Ltda. Contra la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, confirmado por la Corte Suprema el 7/3/1996, citado por Melis Valencia, Christian, *La Dirección del Trabajo y la fiscalización laboral*, Memoria de Prueba U. de Chile, 1996, pp. 295-297.
[50] *Boletín de la Dirección del Trabajo* Nº 148, 2001, pp. 77 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

Sin perjuicio de los lineamientos jurisprudenciales expuestos, la tesis más acogida por los tribunales de protección ha postulado, ante diversas situaciones fiscalizadoras, que la Dirección del Trabajo ha actuado en forma arbitraria e ilegal afectando derechos constitucionales.

Por ejemplo, en Unimarc con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur[51], ante tres empresas diferentes, Comercial e Inmobiliaria Unimarc S.A., Administradora de Inversiones y Supermercados Unimarc S.A. y Servimarket S.A., la Inspección del Trabajo ordena escriturar contratos de trabajo del personal contratado por Servimarket cuya dependencia y subordinación correspondía a Comercial e Inmobiliaria Unimarc.

Unimark sostuvo que se habían violentado sus garantías constitucionales, específicamente su libertad de trabajo, su derecho a desarrollar una actividad económica lícita y su derecho de propiedad.

La Inspección precisó que la subordinación y dependencia se daba con Unimarc y no con Servimarket, quien sólo pagaba las remuneraciones.

La Corte Suprema revocó fallo de la Corte de Apelaciones, sosteniendo que la Dirección debe actuar cuando haya infracciones a las normas laborales claras y precisas o cuando se requiera aclarar el sentido o interpretar normas de dudosa aplicación. Sin embargo, continúa el fallo, en la especie, los trabajadores tenían suscrito contrato de trabajo con Servimarket sin que apareciera que la Inspección los haya impugnado por simulados o falsos, pretendiendo sólo que los suscribiera Unimarc.

Para esta sentencia, la calificación jurídica de los hechos es una facultad eminentemente jurisdiccional y las atribuciones de fiscalización y fijación del verdadero sentido y alcance de la legislación del trabajo sólo permiten reparar infracciones objetivas y evidentes a la legislación laboral.

En la causa Watt's Alimentos S.A. con Inspección Provincial del Trabajo Maipo-San Bernardo y otro[52], la Inspección del Trabajo ordenó actualizar los contratos de trabajo de 485 trabajadores contratados por Comercial José Joaquín Prieto Ltda., ya que el vínculo de subordinación y dependencia de los trabajadores se presentaba directamente respecto de la empresa Watt's. La sentencia señaló que había operado en la especie una "fiscalización rígida" ya que desconocía el contrato entre Comercial José Joaquín Prieto Ltda. y Watt's, así como los contratos entre la primera y sus trabajadores.

Respecto de esta materia disentimos del criterio mayoritario de nuestros

[51] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1991: 302 y ss.
[52] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2ª parte, sección 5ª, 1993: 104 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

tribunales. Al respecto, cabe recordar que el derecho del trabajo estatuye diversas normas mínimas en base a la evidente desigualdad de poderes que en los hechos se presenta entre empleador y trabajador. La superación de este desnivel sólo es posible con la concertación colectiva de los trabajadores (sindicato, negociación colectiva y huelga)[53] y, en menor medida, con una técnica jurídica especialmente creada por el derecho laboral, que es la vigilancia administrativa de la ejecución del contrato.

Por medio de esta fiscalización, en países como el nuestro se persigue el cumplimiento de la normativa laboral ya que los trabajadores difícilmente podrán exigir individualmente sus derechos y la organización colectiva de los mismos es débil en la mediana y pequeña empresa.

Además, esta interpretación de la Dirección del Trabajo no es vinculante para los Tribunales de Justicia, quienes siempre pueden revisar lo resuelto por la Dirección (arts. 420 letra e y 474). La potestad de interpretar la legislación laboral por parte de la Dirección obedece únicamente a la necesidad de brindar una seguridad jurídica mínima a los particulares fiscalizados, quienes podrán guiar su actuar al tenor de la interpretación dada por el organismo fiscalizador, lo que permite una mayor objetividad en la labor de fiscalización, asegurándose además la igualdad ante la ley[54].

La facultad fiscalizadora está en plena concordancia con nuestro sistema constitucional, ya que constituye un mecanismo que permite el efectivo cumplimiento de los valores constitucionales expresados en el capítulo I de nuestra Constitución, a fin de promover el bien común y la defensa de la dignidad de las personas, así como el asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Asimismo, los tribunales no pueden fiscalizar el adecuado cumplimiento de la legislación laboral, función que en definitiva se radica en un organismo técnico especializado, tanto en nuestro derecho como en la gran mayoría de las experiencias comparadas.

Para que la Dirección del Trabajo fiscalice el efectivo cumplimiento de la legislación laboral, debe necesariamente interpretar dicha normativa para velar por su correcto cumplimiento[55].

El orden público laboral por medio de los derechos mínimos e irrenun-

[53] Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 148 y ss.
[54] Lizama Portal, Luis, *La Dirección del Trabajo: Una explicación de su facultad de interpretar la Legislación Laboral Chilena*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1998, pp. 37 y 38.
[55] En el mismo sentido, el dictamen Nº 4825 de 25/8/1992.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

ciables que establece dota de contenido a todo el contrato de trabajo, lo que implica que, para velar por su correcta aplicación, el organismo fiscalizador debe referirse necesariamente a contenidos de orden contractual.

En caso contrario, jamás podría fiscalizarse ya que la misma ley exige que haya un contrato de trabajo y, por ende, la tutela laboral se aplica cuando hay un contrato o una prestación de servicios que permita presumirlo, en los términos del art. 8º del Código, aunque no esté escriturado.

Si la Dirección no puede ordenar la escrituración de los contratos de trabajo, en la práctica, el derecho laboral y las garantías constitucionales que lo consagran quedan en letra muerta. Si se han cometido arbitrariedades por parte del órgano fiscalizador, el tribunal de protección podrá entrar al fondo del asunto y fallar a favor del empleador o rechazar el recurso por estimar que su resolución exige un procedimiento más completo que el de protección que es de naturaleza cautelar de emergencia. Sin embargo, si acoge el recurso con la tesis que criticamos, se desconoce la posición de vulnerabilidad del trabajador y todo el derecho laboral corre el peligro de quedar inaplicado ya que bastaría que los empleadores sólo contraten personal en base a honorarios y en esta tesis la Dirección nada podría fiscalizar. Esta opción implica que el trabajador que accione por sus derechos pierde su fuente de trabajo, sin perjuicio del largo proceso judicial que deberá realizar, lo que no ocurre si es el organismo fiscalizador el que supervigila el cumplimiento de los derechos laborales, fiscalización que, además, por expresa disposición legal es revisable en sede judicial.

Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico encontramos muchas situaciones en las que la supervigilancia y fiscalización de un determinado estatuto legal queda entregada a un órgano técnico sin perjuicio de su posterior revisión judicial, como ocurre con el Servicio de Impuestos Internos[56]; la Superintendencia de Valores y Seguros[57]; la de Bancos e Instituciones Financieras[58]; la de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)[59]; la de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES)[60]; el Banco Central[61], el Comité de Inversión Extranjera[62],

[56] Arts. 115 y 120 del Código Tributario.
[57] Art. 30 del decreto ley Nº 3.538.
[58] Art. 21 del cecreto ley Nº 1.097.
[59] Art. 18 del decreto con fuerza de ley Nº 101 de 1980.
[60] Art. 7º de la ley Nº 18.933.
[61] Art. 61 de la ley Nº 18.840.
[62] Arts. 34 y 35 del decreto ley Nº 611 de 1974. En estos casos el Comité de Inversión Extranjera sólo conoce la admisión de las solicitudes de compensación de perjuicios que presenten los inversores extranjeros respecto del Estado chileno. Admitida a tramitación, conoce en primera instancia la Contraloría General de la República.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

y la Comisión Resolutiva en materia de Libre Competencia[63]. De postularse el criterio de las protecciones laborales en contra de la Dirección del Trabajo en todos estos casos, estos organismos estarían impedidos de actuar, "por calificar hechos, interpretar normas legales y arrogarse facultades jurisdiccionales".

Lamentablemente en materia laboral ha sido frecuente que el tribunal de protección no se pronuncie acerca del fondo de los derechos en litigio, y sólo impugne la actuación fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, inhibiéndose de conocer si efectivamente se ha constatado un incumplimiento de la legislación laboral. Si la Dirección ha incurrido en excesos en su labor fiscalizadora, la acción de protección debiera corregir esta situación en base a un análisis más de fondo, y no meramente formalista en contra de una supuesta "fiscalización rígida".

Como ya hemos manifestado, si los recurrentes se amparan en las libertades de trabajo, de contratación, de desarrollar libremente una actividad económica y en el derecho de propiedad, el tribunal de protección debe analizar si se encuentran en el "legítimo ejercicio de un derecho" que les permita ocupar este mecanismo cautelar, ya que si con su actuación transgreden otras garantías constitucionales, estén o no estas últimas amparadas por la protección, no se encuentran en el legítimo ejercicio de su derecho.

Por estos motivos otras sentencias de protección han considerando el fondo del asunto, como ocurrió cuando los tribunales desecharon un recurso de protección en contra de la Dirección por estimar que la actuación del empleador era arbitraria al no conceder el feriado anual en la época acostumbrada en los últimos veinte años, supeditando su inicio a la fecha en que finalizara el proceso de negociación colectiva[64]. Asimismo, en otro recurso de protección rechazado, ya citado anteriormente, se determinó que el recurrente no se encontraba en el legítimo ejercicio de su derecho, ya que por medio de un supuesto contrato de suministro de personal se estaban violentando diversas normas laborales que imponen a los empleadores deberes como el de gratificar, negociar colectivamente, reconocer años de servicio, relacionarse con sindicatos, etc[65]. En estos casos se validó la actuación fiscalizadora ya que los recurrentes no se encontraban en el legítimo ejercicio de su derecho.

Además el tribunal de protección cuenta con un amplio poder inquisitivo, aplicándose la máxima *iura novit curia*, o sea el juez sabe el derecho y debe aplicarlo aunque éste no sea correctamente invocado por el actor[66].

[63] Art. 19 del decreto ley Nº 211.
[64] Revista *Fallos del Mes* Nº 403, pp. 341 y ss.
[65] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, segunda parte, sección quinta, 1988, pp. 299 y ss.
[66] Nogueira, *op. cit.*, p. 20.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

El imperativo de que en estos casos la Corte entre al fondo del asunto, aunque la protección sea una acción cautelar de urgencia, se fundamenta, como lo expresara el profesor Soto Kloss, en que "la alegación de ser de "lato conocimiento" el asunto llevado en protección no pasa de ser un artificio inaceptable, pues vulnera de modo frontal el derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 19 Nº 3 de la Constitución) y de tutela jurisdiccional (art. 5º inc. segundo de la Constitución)"[67].

5. LA LIBERTAD SINDICAL

En materia de libertad sindical encontramos bastantes menos sentencias publicadas.

En algunas de ellas fluye claramente un concepto restrictivo de libertad sindical, como derecho de fundar sindicatos y de afiliarse y desafiliarse de los mismos. Esta noción parcial se presenta tanto en los sentenciadores como en los recurrentes (empresarios y trabajadores).

Por ejemplo, en la causa Hidalgo Pavez y otros con Navarrete Godoy[68], el anterior director del sindicato se niega a entregar al nuevo directorio el local sindical, los libros, registros y dineros de la asociación, impidiéndoles la entrada al local, y procediendo a designarse, además, en forma ilegal, presidente del sindicato.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso y manifestó que el derecho a sindicarse comprende evidentemente el de darse la directiva que libremente se elija para que el derecho pueda ser ejercido, ordenando la inmediata entrega del local, libros, registros, dineros y bienes del sindicato en cuestión.

En Díaz Fierro y otros con Dirección del Trabajo[69], un sindicato es eliminado del registro que lleva la Dirección del Trabajo, en base a que se constituyó como sindicato de empresa en circunstancias de que agrupa a profesores de tres colegios –empresas– distintos, debiendo haberse constituido como sindicato interempresa, sin embargo no cuenta con el quórum suficiente para proceder en dicho sentido.

La Corte acogió el recurso de protección señalando que las organizaciones sindicales adquieren personalidad jurídica por el solo hecho del registro y sólo

[67] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* 2ª parte, sección 5ª, 1993, p. 105, nota al pie.
[68] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo LXXXI, 1984, segunda parte, sección quinta, pp. 255 y ss.
[69] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo LXXXIII, 1986, segunda parte, sección quinta, pp. 190 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

pueden perder dicha personalidad por un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional, ya que el ordenamiento se contrapone a la concesión de personalidad jurídica o a su cancelación con intervención de la autoridad administrativa.

En la causa caratulada Sindicato de Trabajadores Industrial Sewell y Mina 8 de Codelco-Chile División El Teniente y otros con Alejandro Noemi presidente de CODELCO[70], la presidencia ejecutiva de CODELCO en conformidad a sus facultades legales ha dispuesto organizar una División Talleres como "empresa diferente" de la División El Teniente, notificando a los trabajadores que esta situación provoca automática e inmediatamente la desafiliación sindical de los trabajadores traspasados a la "nueva empresa".

La Corte Suprema expresó que esta situación "no puede producir, automáticamente, por ese solo hecho y por la voluntad unilateral de la parte empleadora, la desafiliación o la necesidad de que ésta se produzca". Para ello será necesario que se pronuncien las instancias jurisdiccionales correspondientes.

En el caso Díaz Alvarez con Sindicato de Trabajadores Independientes Dueños de Taxis Colectivos Línea 22 Villa Lambert / La Serena[71], Margarita Ester Díaz Alvarez fue injustamente expulsada del sindicato por un acuerdo adoptado en una Reunión Extraordinaria sin darle derecho a defenderse, vulnerándose su derecho de sindicación.

La Corte de Apelaciones de La Serena, acoge el recurso en base a la "libertad de trabajo" de la recurrente afectada con la referida expulsión dejando sin efecto dicha medida.

Los fallos reseñados tutelan diversos atributos de la libertad sindical, como la libertad colectiva de representación en el "Hidalgo Pavez y otros con Navarrete Godoy", la libertad colectiva de disolución en "Díaz Fierro y otros con Dirección del Trabajo", y la libertad sindical negativa en "Sindicato de Trabajadores Industrial Sewell y Mina 8 de Codelco-Chile División El Teniente y otros con Alejandro Noemi Presidente de CODELCO" y en "Díaz Alvarez con Sindicato de Trabajadores Independientes Dueños de Taxis Colectivos Línea 22 Villa Lambert / La Serena".

Sin embargo estimamos que algunos aspectos que conforman el principio de libertad sindical fueron ignorados en estas causas. Por ejemplo, en el caso "Sindicato de Trabajadores Industrial Sewell y Mina 8 de Codelco-Chile División El Teniente y otros con Alejandro Noemi Presidente de CODELCO", se tutela

[70] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo XC, 1993, segunda parte, sección quinta, pp. 12 y ss.
[71] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo XCII, 1995, segunda parte, sección quinta, pp. 211 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

la libertad sindical negativa manifestando que la nueva División creada no puede producir, automáticamente, la desafiliación de los trabajadores miembros del sindicato, respecto de lo cual deberán pronunciarse las instancias jurisdiccionales correspondientes. No obstante, el problema de fondo planteado en este caso es el de la noción o amplitud del concepto de empresa en el caso de CODELCO, y la eventual arbitrariedad de la nueva División que se crea, por la posible intención que pudo haber detrás de dividir o suprimir al sindicato.

En "Díaz Alvarez con Sindicato de Trabajadores Independientes Dueños de Taxis Colectivos Línea 22 Villa Lambert / La Serena" se alude a la libertad de trabajo y se acoge la acción, pero no se menciona ni por los actores ni por la sentencia la otra garantía constitucional afectada, esto es la libertad sindical negativa.

En otras sentencias que citaremos a continuación, expondremos diversos casos que no tutelan del todo e incluso ignoran el alcance del principio de libertad sindical consagrado en nuestra Constitución Política.

Por ejemplo, en Guerra Gómez con Agente del Banco Español Chile[72] se acciona en contra del Banco Español Chile por una orden de no pago de cheques de la Zonal El Teniente, que se basa en una medida prejudicial precautoria en contra de la Confederación de Trabajadores del Cobre.

La Corte de Apelaciones de Rancagua declara que no ha lugar el recurso de protección señalando, entre otras razones, que la garantía del artículo 19 Nº 19 de la Constitución Política en lo relativo a la autonomía sindical no puede entenderse vulnerada por resoluciones judiciales que intervengan en el ejercicio de actos civiles y mercantiles propios de su calidad de personas jurídicas, que podrían ser cumplidos o ejecutados por cualquier otra persona natural o jurídica, y que en caso alguno le son propios o exclusivos por su calidad de sindicato.

Si bien la decisión pareciera correcta, el fundamento sobre el alcance de la autonomía sindical en orden a que ésta "no puede entenderse vulnerada por resoluciones judiciales que intervengan en el ejercicio de actos civiles y mercantiles propios de su calidad de personas jurídicas, que podrían ser cumplidos o ejecutados por cualquier otra persona natural o jurídica, y que en caso alguno le son propios o exclusivos por su calidad de sindicato", excluye del ámbito de la libertad sindical todo lo relativo al manejo patrimonial del sindicato, sin el cual difícilmente estas organizaciones pueden cumplir sus fines. Quizás era justificado en este caso limitar esta libertad, pero esto es distinto que sostener que la autonomía sindical no comprende un manejo patrimonial libre de interferencias externas.

[72] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo LXXXIII, 1986, segunda parte, sección quinta, pp. 33 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

En Sociedad Embotelladora El Sol S.A. con Inspector Comunal del Trabajo de Coquimbo[73] no se citan las garantías constitucionales relativas a la libertad sindical, sin embargo la materia en discusión se relaciona con la autonomía de las organizaciones sindicales que contempla nuestra Constitución. El recurrente acciona en contra del Inspector del Trabajo por haber aceptado un reclamo de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva reglada donde el empleador ha rechazado la participación en la misma de 61 trabajadores no obstante existir un convenio colectivo vigente a su respecto. La Inspección argumenta que no se trata de un convenio colectivo sino de una suerte de contratos individuales múltiples toda vez que no hubo negociación entre sujetos colectivos.

La Corte Suprema confirma el fallo apelado por entender que la Inspección carece de facultades legales para pronunciarse acerca del fundamento de la respuesta del empleador.

El voto de minoría postula que la inclusión o exclusión del trabajadores del proceso negociador no queda comprendida dentro de las excepciones a la jurisdicción de la Inspección, señalando que el convenio colectivo al igual que el contrato colectivo debe ser "colectivo", es decir reunir a un universo de trabajadores sea para convenir bilateralmente las condiciones de trabajo y remuneraciones, dando lugar al convenio, o bien plantear estas condiciones a través del procedimiento reglado que estatuye la ley. Agrega que "por vía de convenir condiciones de trabajo y remuneraciones en forma parcelada con los dependientes se viola también el sentido de la ley al dividir a éstos, restando su número para evitar el que pueda plantearse una negociación colectiva reglada". Inclusive, de considerarse que los instrumentos aludidos son convenios colectivos, debe estimarse que sus efectos no son asimilables a los contratos colectivos ya que la propia ley (art. 127 actual 351 del Código del Trabajo) excepciona de los mismos a los convenios de carácter parcial, lo que es evidente en este caso. Asimismo, menciona al art. 90 (actual 314) que dice: "sin perjuicio de la negociación colectiva reglada...", redacción que debe entenderse referida especialmente a este tipo de convenios parciales, los cuales no pueden inhibir a la negociación reglada.

En esta causa se sostiene que la Inspección del Trabajo no tiene facultades para realizar el pronunciamiento respecto del cual se recurre. Lamentablemente, se constituyó en una práctica frecuente en nuestro sistema el abuso en esta materia,

[73] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo LXXXIX, 1992, segunda parte, sección quinta, pp. 159 y ss. En idéntico sentido el fallo de la Corte Suprema en el caso Emat S.A., *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo XC, 1993, segunda parte, sección tercera, pp. 75 y ss.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

presionando individualmente a los trabajadores para que firmaran un "convenio colectivo" redactado por el empleador, inhabilitándolos de esta forma, para negociar colectivamente en forma reglada. Por vía de la protección, en vez de tutelarse la libertad sindical, se dio validez a estos convenios, en nombre de la libertad de contratación y del derecho de propiedad, agregando que el organismo fiscalizador no podía atribuirse facultades jurisdiccionales. Posteriormente, esta situación ha sido resuelta por la intervención del legislador en la ley Nº 19.759.

Por su parte, el voto de minoría del caso en comento tutelaba la garantía constitucional de la autonomía colectiva o sindical, ya que el criterio de la mayoría de los sentenciadores hacía peligrar el futuro de la libertad sindical y su consagración constitucional quedaba en letra muerta.

Esta sentencia de protección como otras similares, debió entrar al fondo del asunto, fallar por la empleadora si en realidad hubo convenio colectivo o a favor de los trabajadores si dicho pacto es más aparente que real[74].

En otros casos, no se ha ponderado adecuadamente el alcance del principio de libertad sindical en nuestra Constitución, específicamente en lo relativo a la extensión de beneficios de un contrato colectivo con la consecuente obligación de los beneficiarios de la misma de aportar un 75% al sindicato que negoció los mismos, en atención a los costos de negociación en que incurrió (asesorías, equipo técnico, etc.) y a lo manifestado por el propio legislador que considera una práctica desleal o antisindical si el empleador aplica las estipulaciones de un contrato colectivo a los trabajadores a que se refiere el artículo 346 sin efectuar el descuento a que dicha disposición alude[75]. Uno de los mecanismos que permitían vulnerar esta normativa era la firma de un "convenio colectivo aparente o simulado" con los mismos beneficios del contrato colectivo, ocultando la extensión.

Por ejemplo, en el recurso denominado Sociedad Alicol con Inspector Comunal del Trabajo de Santiago Sur[76], el recurrente suscribió un contrato colectivo con el sindicato de la empresa, y más tarde a solicitud de un grupo importante de trabajadores no afiliados al mismo, celebró con ellos un convenio colectivo de trabajo. Al presentar los documentos respectivos para el registro de este último convenio en la Inspección del Trabajo, ésta se habría negado a realizar dicho

[74] Otro caso interesante en materia de convenio colectivo impropio es el del Consorcio Agroindustrial de Malloa S.A. con director del Trabajo en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo XC, 1993, segunda parte, sección quinta, pp. 190 y ss.

[75] Con la Ley Nº 19.759 se precisó que también constituye una práctica desleal si se aplican las estipulaciones de un convenio (no sólo contrato) colectivo sin efectuar el respectivo descuento.

[76] *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* tomo XCIII, 1996, segunda parte, sección quinta, pp. 58 y ss. Consultar, además, la nota al pie de la p. 59.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

registro por existir una reclamación pendiente del sindicato ante dicha repartición. Posteriormente la Inspección instruyó a la empresa a fin de que realizara el descuento del 75% de la cotización sindical al tenor del artículo 346 del Código del Trabajo por haberse extendido los beneficios del contrato colectivo de trabajo vigente en la empresa.

La Corte de Apelaciones de San Miguel estimó válido el convenio colectivo, expresando que no se produjo la extensión de beneficios del artículo 346 y, por lo tanto, acogió la protección interpuesta. El fallo consideró vulneradas las garantías del artículo 19 Nos. 3º inciso cuarto y 24º.

En otras oportunidades hemos manifestado nuestra preocupación por el hecho de que los actores sindicales no utilicen la acción de protección para tutelar sus garantías constitucionales, especialmente la libertad sindical. Generalmente cuando se acciona es para la tutela de la libertad sindical en sentido restringido y no amplio, en circunstancias de que es perfectamente factible que acciones de protección se interpongan para cautelar en plenitud la libertad sindical consagrada en el artículo 19 Nº 19º de la Constitución Política[77].

6. CONCLUSIONES CRITICAS

Como expusimos en el primer párrafo la acción de protección en poco más de veinte años se ha constituido en el mecanismo tutelar más importante de la supremacía constitucional de los derechos fundamentales.

Por su parte, el orden público laboral que la Carta Fundamental consagra es bastante protector, contemplando la libertad y protección del trabajo, la libre elección y contratación con una justa retribución y la libertad sindical, entre otros derechos.

Sin embargo, analizadas las principales tendencias jurisprudenciales en materia de recurso de protección el panorama no es muy optimista, ya que es posible detectar diversos problemas cuyo efecto práctico desdibuja las garantías consagradas.

En primer lugar debemos llamar la atención por la restrictiva interpretación de las garantías de orden laboral que contempla nuestra Constitución. En efecto, las limitaciones a la procedencia de la acción de protección respecto de la "protección del trabajo" y de la "justa retribución" por ser derechos económicos y sociales, han provocado un efecto perverso en nuestra cultura jurídica, ya que

[77] Gamonal Contreras, Sergio, *op. cit.*, "La Constitución de 1980 y la...", pp. 83 y 84.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

pareciera que la Constitución se ha limitado a la consagración de principios privatistas en materia laboral, privilegiando la autonomía de la voluntad por toda otra consideración.

Sin embargo el tenor literal de las garantías, la amplitud dada a las mismas por la doctrina constitucional y laboral y los valores constituciones expresados en el artículo 1º, así como el respeto de los derechos esenciales de la naturaleza humana que la Carta impone a los poderes públicos (art. 5º), obligan a revisar dicha interpretación a fin de tutelar adecuadamente los derechos fundamentales en juego.

En segundo lugar, se hace necesaria una adecuada ponderación de derechos fundamentales por parte de los tribunales. Los derechos fundamentales no son absolutos y efectivamente pueden entrar en colisión. Por ello la labor jurisdiccional debe efectuar un sutil análisis de sus respectivos alcances a fin de llegar a la solución más adecuada al caso concreto.

No es posible que la actuación de la Dirección del Trabajo sea analizada a la luz de una libertad de iniciativa económica y de un derecho de propiedad sin límites. Las garantías laborales también buscan tutelar la propiedad de los trabajadores, cuyo único bien disponible es su fuerza de trabajo, que deben "vender" a fin de poder subsistir.

En cuanto al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta (art. 19 Nº 3º inciso cuarto), cabe recordar que es la propia ley (Código del Trabajo y decreto con fuerza de ley Nº 2 de 1967) la que le otorga facultad fiscalizadora a la Dirección, así como el interpretar administrativamente la legislación laboral. Además, respecto de todas estas actuaciones existe la posibilidad de revisión judicial (art. 420 letra e y 474 del Código).

Asimismo, los límites de la acción judicial imponen en nuestro ordenamiento que una serie de organismos técnicos actúen con facultades similares y, a veces, más intensas que la Dirección, a saber, el Servicio de Impuestos Internos; la Superintendencia de Valores y Seguros; la de Bancos e Instituciones Financieras; la de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP); la de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES); el Banco Central, el Comité de Inversión Extranjera, y la Comisión Resolutiva en materia de Libre Competencia.

La ponderación de derechos debe llevar al tribunal al análisis de si el recurrente se encuentra en "el legítimo ejercicio del derecho", como lo exige expresamente respecto de la acción de protección el artículo 20 de la Constitución.

En tercer lugar, al analizar estos casos, no debe olvidarse el fundamento último del derecho del trabajo.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

La relación laboral como muchas otras es básicamente una "relación de poder", donde el trabajador se encuentra sometido bajo subordinación o dependencia al poder del empleador. Se trata de una relación que se prolonga en el tiempo y donde el empleador goza de diversos derechos que la misma legislación laboral le reconoce: organizar, dirigir y administrar la empresa, el poder de dirección, el *jus variandi,* el dictar el reglamento interno, conceder permisos de diversa naturaleza, otorgar ascensos, capacitación, aumentos de remuneraciones, etc. En este contexto las posibilidades de presión son múltiples y muchas facultades podrán ser usadas en forma "aparentemente técnica" sin perjuicio de que obedezcan a un uso disfuncional o desviado, arbitrario e ilegítimo[78].

Si el trabajador desea mantener su puesto de trabajo difícilmente accionará por sus derechos. Como esta situación es conocida por el legislador, nuestro ordenamiento constitucional consagra diversos derechos fundamentales en materia laboral y el Código del Trabajo adhiere a diversos principio laborales como el de protección, irrenunciabilidad, continuidad y primacía de la realidad.

La precaria situación del trabajador implica que sólo podrá negociar de igual a igual con el empleador cuando esté organizado sindicalmente. En los casos de baja cobertura de la actividad sindical, la fiscalización de un organismo especializado resulta una opción esencial para la adecuada tutela de los derechos laborales. En caso contrario serán derechos en la letra de la ley, pero en la práctica su inaplicabilidad será la regla general.

Si la Dirección constata, por ejemplo, la utilización de trabajadoras embarazadas en lugares tóxicos o la contratación de menores sin cumplir con las autorizaciones y requisitos legales, podrá fiscalizar y sancionar al empleador, el cual podrá recurrir al tribunal del trabajo si estima arbitraria dicha medida. En caso contrario, deberá respetar la ley y, probablemente, las relaciones laborales beneficiadas con la fiscalización se mantengan. En todo caso no se puede negar que la Dirección en ambos casos ha debido "calificar hechos" e "interpretar la ley". Una tercera posibilidad es estimar que la actuación de la Dirección es ilegal y arbitraria, ya que no puede calificar hechos, ni interpretar la ley. En este caso, lo más probable, es que la vulneración de las garantías constitucionales y legales laborales se mantengan, ya que los perjudicados no accionarán a fin de mantener su puesto de trabajo y el empleador tampoco cambiará su proceder ante la falta de sanción y fiscalización. Por tanto, esta última alternativa que

[78] Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilización de la huelga*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1999, p. 24.

Artículo: El derecho del trabajo y la acción de protección
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Sergio Gamonal Contreras

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

aparentemente es "neutra y purista", en sus efectos, no lo es, ya que muy difícilmente podrán tutelarse las garantías y derechos transgredidos.

En cuarto lugar, no es posible olvidar el alcance o efecto expansivo de los derechos laborales de los trabajadores. En efecto, muchos de los derechos consagrados por al ley laboral tutelan otras garantías constitucionales conexas como por ejemplo, el derecho a la vida (Nº 1), a la igualdad ante la ley (Nº 2), el respeto y protección al honor de la persona (Nº 4), la libertad de conciencia (Nº 6), la libertad de opinión (Nº 12), de asociación (Nº 15) y el derecho de propiedad (Nº 24).

Si la Dirección no puede ordenar la contratación de los trabajadores cuando se dan los elementos señalados en la ley, como analizamos en algunas sentencias, no hay relación laboral y, por ende, el "empleador de hecho" no debe cumplir con las normas de seguridad, no debe cotizar a los organismos previsionales, ni por las enfermedades profesionales y los accidentes del trabajo, no debe tener reglamento interno, no está obligado al pago de gratificaciones, ni de indemnización por años de servicio, no negocia colectivamente, no debe tener sala cuna, ni respetar las normas de protección de la maternidad, etc.

Finalmente, debemos señalar que es de esperar que en los próximos años evolucione la aplicación práctica de la acción de protección en materia laboral, permitiendo una aplicación más rigurosa de los derechos fundamentales del trabajador, a través de una jurisprudencia de tutela que aplique en forma ponderada las disposiciones constitucionales expresamente consagradas en nuestra Constitución.

La paradoja de la acción de protección, que en diversas situaciones ha servido como procedimiento cautelar de emergencia que, en la práctica, ha hecho de muy difícil aplicación las garantías constitucionales laborales y los derechos esenciales de los trabajadores, debiera finalizar con un análisis más detallado de los derechos consagrados en nuestro sistema constitucional.