Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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



Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

REVISTA DE DERECHO 227-228 (1-2): 207-237, 2010 ISSN 0303-9986

LA TUTELA LABORAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO O LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO "ARTE DE MAGIA" (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA "MONSALVE CON MUELLAJE STI S.A.")

JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ*
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Valparaíso

RODOLFO WALTER DÍAZ**
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de Concepción

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de enero de 2010 la Excma. Corte Suprema dictó una sentencia sobre un caso de tutela de derechos fundamentales de un trabajador. Ésta se dictó en el marco del procedimiento especial previsto en los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20087. Este procedimiento, como se sabe, significó la incorporación efectiva de la protección judicial, en sede laboral, de los denominados "derechos fundamentales inespecíficos" de los trabajadores, estableciéndose como un mecanismo de resguardo especial y privilegiado de amparo de sus derechos frente a las facultades del empleador. De esta manera, y sin perjuicio del procedimiento constitucional previsto en el artículo 20 de la Constitución (Recurso de Protección), el Código del Trabajo configura su propio procedimiento, de competencia del propio juez laboral,

*Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España.
**Magíster en Derecho Privado, Universidad Nacional de Rosario, República Argentina.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

y en el que el trabajador puede demandar la protección de ciertos derechos fundamentales, además de incoar otras acciones judiciales complementarias. En este contexto valga señalar, en primer lugar, que la mayoría de la doctrina nacional ha manifestado desde el primer momento su entusiasmo por este nuevo procedimiento, llegando a constituirse en el "plato dulce" que viene a "reverdecer el devastado jardín del Derecho del Trabajo"[1]. Sin embargo hay que tener cuidado. Este plato puede transformarse en uno mucho más amargo de lo pensado, si la doctrina y la jurisprudencia no define con claridad las reglas en esta materia. La sola referencia a los derechos fundamentales como marco de referencia exclusivo del conflicto jurídico entre empleador y trabajador, por un lado, y la ponderación o proporcionalidad como único instrumento de resolución del mismo, por otro, pueden ser postulados muy atractivos y "progresistas", pero extremadamente arriesgados. Por impopular que suene, el derecho tiene herramientas más complejas que pueden contribuir a solucionar los conflictos jurídicos de mejor forma, protegiendo efectivamente a la parte más débil y sujetando así al juez a ciertas reglas que impiden el ejercicio arbitrario de su poder.

En concreto, la tesis que se sostiene aquí, contrariamente a lo afirmado por la doctrina mayoritaria nacional, es que el nuevo procedimiento de tutela laboral protege ciertos derechos fundamentales del trabajador frente a ciertas afectaciones o lesiones ejecutadas por el empleador, pero ellas no se explican regularmente por la oposición de los derechos fundamentales de ambos, sino como un análisis jurídico específico de las facultades del empleador y el contenido de ciertos derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido, la solución a la controversia jurídica no se da por ejercicio exclusivo de la técnica de la ponderación, como se ha afirmado mayoritariamente, sino como la aplicación de un conjunto de reglas que provee el propio ordenamiento jurídico, incluyendo el propio Código del Trabajo.

En este contexto, este trabajo contiene un análisis del nuevo procedimiento de tutela laboral, teniendo como trasfondo la sentencia de la Excma. Corte Suprema antes referida, estudiando los derechos fundamentales protegidos y las conductas que los afecten o los lesionen. Para ello en un primer apartado explicamos los antecedentes generales del caso, exponiendo los hechos del litigio y las sentencias de primera y segunda instancia y la de unificación de jurisprudencia; luego se tratará de precisar los derechos fundamentales que se

[1] Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 116-117.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

encuentran protegidos por este nuevo procedimiento específico; en tercer lugar se analizarán las formas de afectación o lesión específicos de estos derechos; finalmente, se explican brevemente las reglas probatorias especiales que la ley establece en este ámbito.

II. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

1. La exposición de los hechos del litigio

Como ya se señaló, la Excma. Corte Suprema, en fallo dictado el 14 de enero de 2010, rol Nº 7023-09, iniciada en causa RUC N° 09-4-0003728-8 y RIT N°13-2009, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de San Antonio, rechazó un recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la demandada y confirmó la sentencia dictada por éste y ya ratificada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un proceso de tutela laboral seguida en contra de la empresa Muellaje STI S.A.[2] Esta sentencia vino, en lo medular, a fijar algunos criterios relevantes para la aplicación del proceso de tutela laboral, señalando la aplicación de algunas reglas probatorias y de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales del trabajador en su relación con el empleador.

Explicando sucintamente los hechos del litigio, el actor, don Ricardo Monsalve Pino, sostuvo en su demanda que había sido víctima de una vulneración de sus derechos fundamentales, a través de ciertas conductas discriminatorias seguidas por la empresa, las que comenzaron con un hostigamiento laboral y finalizaron con el despido injustificado, lo que infringió lo dispuesto en el artículo 2º del Código del Trabajo. Estas conductas ilícitas de la empresa se habrían producido, según sus dichos, como represalia al apoyo explícito prestado por el demandante a la acción sindical del Sr. Luis Retamales, presidente del "Sindicato de la empresa Muellaje STI Nº 2", quien promovió la constitución de un tercer sindicato al interior de la empresa. Este apoyo se habría manifestado por el Sr Monsalve en su comparecencia ante la Inspección del Trabajo de San Antonio, el 29 de diciembre de 2008, oportunidad en la que declaró como testigo en un procedimiento de investigación por vulneración de derechos fundamentales incoado por el Sr. Luis Retamales en contra de la empresa Muellaje STI S.A.

[2] Fallo publicado en *Revista de Fallos del Mes*, Nº 553. Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema. Enero a Junio de 2010, pp. 461 a 484.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

En este contexto, el Sr Monsalve sostuvo en su demanda, que el despido del que fue objeto fue vulneratorio de la garantía de indemnidad y un acto de discriminación, al haber sido despedido producto del ejercicio legítimo de su derecho. Así este derecho habría sido violentado por la empresa demandada, al imponerle la más drástica sanción que puede imponer un empleador a un trabajador, esto es, el término de su contrato, precisamente por las denuncias que presentó contra aquel ante la Inspección del Trabajo.

Estos hechos dieron lugar a la causa RUC Nº 09-40003728-2, ante el Primer Juzgado de Letras de San Antonio, caratulándose "Monsalve con Muellaje STI S.A."

2. Las sentencias de primera y segunda instancia

Con fecha 12 de junio de 2009, el Primer Juzgado de Letras de San Antonio dictó sentencia de primera instancia, la que en lo medular sostiene que, de los antecedentes probatorios de autos, ponderados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se permite formar convicción al sentenciador en cuanto a que existen indicios suficientes de que el demandante, Sr. Ricardo Monsalve Pino, participó activamente en actividades sindicales al interior de la empresa demandada, destacando su colaboración en una fiscalización de la Inspección del Trabajo a propósito de una denuncia formulada por el intento de formar una tercera organización gremial. Lo anterior tuvo como consecuencia, según sostiene el tribunal, que el demandante fuera objeto de hostigamiento en su trabajo por parte de sus supervisores y superiores jerárquicos, terminando en definitiva despedido, en una actitud claramente discriminatoria. Finalmente, indica el fallo, que estos hechos son constitutivos de una vulneración de los derechos fundamentales del demandante, por parte de la demandada, producto de actos discriminatorios a causa de sindicación.

La empresa demandada, "Muellaje STI S.A.", impugnó el fallo antes expuesto, presentando un recurso de nulidad, por haber incurrido el Tribunal en las causales de nulidad del literal B del artículo 478 del Código del Trabajo y, además, haberse incurrido en infracción de ley respecto de normas de decisoria litis. Este recurso fue conocido por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, resolviendo el contencioso por sentencia de 20 de agosto de 2009, rechazó el recurso, por un lado, porque en materia de afectación de derechos fundamentales de los trabajadores, se puede recurrir a la prueba por

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

indicios suficientes (artículo 493 del Código del Trabajo), los que actúan como presunciones, las que valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica permiten dar por establecido los hechos, en ausencia de prueba en contrario o de explicaciones suficientes de las medidas por el empleador. Por otro, la I. Corte también rechazó el recurso porque la demandada planteó cuestiones sobre interpretación de la norma legal aplicada, lo que no cabe en este caso.

3. La sentencia de la Corte Suprema en recurso de unificación de jurisprudencia

La sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso se impugnó a través de un recurso de unificación de jurisprudencia ante la Excma. Corte Suprema, la que conoció del asunto en causa rol Nº 7023-2009, resolviendo la cuestión por sentencia de 14 de enero de 2010. El fallo del Excmo. Tribunal rechazó el recurso interpuesto por la empresa demandada, señalando en lo esencial la plena aplicación de las reglas de la prueba de indicios para los casos de afectación de derechos fundamentales, incluidos los casos de actos discriminatorios, por lo que es plenamente procedente utilizar esa regla probatoria en los procesos de tutela laboral como el seguido en este caso.

III. CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES

1. El proceso especial de tutela de derechos fundamentales

Como se sabe, el artículo 5° del Código del Trabajo dispone que el ejercicio de las facultades del empleador dentro de la empresa tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente el derecho a la intimidad, la vida privada y la honra. Esta disposición implica atraer al mundo de las relaciones laborales la construcción filosófica y política de los derechos fundamentales, tratando de establecer una conexión entre los principios esenciales del constitucionalismo contemporáneo y la regulación técnica del derecho laboral. Así, la novedad no consiste en aplicar a este ámbito los derechos fundamentales laborales tradicionales, como la libertad sindical o el derecho a huelga, sino hacer una aplicación concreta de los derechos fundamentales generales –denominados "inespecíficos" por la doctrina– al campo de las relaciones laborales generadas al interior de la empresa[3].

[3] Por todos, Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob.cit., pp. 115-116.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Precisamente, una de las formas específicas de dar protección o garantía a estos derechos es a través de este procedimiento de tutela laboral establecido en los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo, creado por la Ley N° 20087 de 2008, el que constituye una vía privilegiada de amparo, paralela y excluyente de la dispuesta en el auto acordado de la Excma. Corte Suprema de 1992 para el Recurso de Protección. Este procedimiento pareciera tener su antecedente más inmediato en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical establecido en la Ley de Procedimiento Laboral española, que en los artículos 175 y ss. dispone un procedimiento especial para la protección judicial de este derecho fundamental –la libertad sindical–, ampliable a los demás derechos y libertades públicas, según dispone la misma ley (artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral)[4].

Este procedimiento, en el derecho español, es el instrumento procesal a través del cual se satisface la exigencia constitucional de protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios (artículo 52.2 de la Constitución Española) en el ámbito estrictamente laboral, y cuya protección inicial estuvo radicada en términos más generales en la Ley Orgánica 62/1978 de protección de los derechos fundamentales. De este modo, la protección reforzada y especializada posterior de la libertad sindical primero (1985, Ley Orgánica de Libertad Sindical, artículos 13 y ss.) y del resto de los derechos fundamentales y libertades públicas después (Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 y su texto articulado de 1990)[5] implica la satisfacción por el legislador del mandato constitucional antes citado, el que ya está dispuesto por el propio ordenamiento para los ámbitos civil, penal y administrativo. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Español, el que opera como mecanismo subsidiario y residual, una vez agotadas las vías judiciales ordinarias y especiales de protección de los derechos fundamentales, y sólo para cautelar que todos los poderes públicos, incluidos los jueces, hayan respetado los derechos fundamentales invocados por el particular[6].

[4] Gárate Castro, Javier. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, *Revista Xurídica Galega*, s.f., pp. 60-61.

[5] Ver, por todos, Baz Tejedor, José Antonio. *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso del Trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, pp. 50 y ss.

[6] Por todos, Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, pp. 1101 y ss.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Así, en el caso chileno, el legislador dispuso, a semejanza del modelo español, una protección especial en la jurisdicción laboral de los derechos fundamentales de los trabajadores, constituyéndose en una vía alternativa al amparo general establecido para estos mismos derechos a través del Recurso de Protección. Esta misma opción siguió el legislador en materia tributaria y aduanera, en que también creó un procedimiento especial de tutela ante los tribunales especializados que conocen de estas materias en forma paralela al Recurso de Protección (artículo 155 del nuevo Código Tributario).

Con esta opción pareciera que el legislador busca una protección especializada de los derechos fundamentales de los trabajadores, ante una percepción de debilidad del mecanismo general, pero sin que exista posteriormente un amparo general contra la actuación judicial. Así, el proceso de tutela de derechos fundamentales se erige como el mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, dejando al Recurso de Protección como una alternativa residual, bastante inoperante por lo demás, si es que se tiene en cuenta el breve plazo establecido para su interposición.

2. Los derechos fundamentales susceptibles de protección por la tutela laboral

2.1. Los derechos fundamentales previstos en la protección del Código del Trabajo

El proceso de tutela laboral dispone una enumeración expresa de los derechos fundamentales amparados por esta vía especializada, no pudiendo extenderse su aplicación a otros derechos distintos de los señalados taxativamente en la ley. Así la "lista de derechos fundamentales"[7] protegidos está integrada por el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas; el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; el derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquiera de las formas y por cualquier medio; y, en fin, el derecho a la libre elección del trabajo y de contratación laboral.

[7] Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, p. 141.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Ahora bien, este mismo procedimiento se aplicará, según indica la misma norma en su inciso 2°, en los casos que el trabajador sea objeto de actos discriminatorios, de aquellos a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, es decir, las fundadas en cuestiones de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. En este caso el legislador, aparentemente, configuró con mayor precisión el derecho constitucional a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, haciendo una aplicación precisa en una prohibición estricta a los empleadores de discriminar a los trabajadores, lo que afectaría la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

2.2. El derecho fundamental o garantía de indemnidad

Una situación más compleja que lo expuesto anteriormente es la extensión que hace el Código de este procedimiento de tutela laboral a otras materias, como la protección del trabajador frente a las represalias del empleador por la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o el ejercicio de acciones judiciales por parte de aquél (artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo) o la censura y sanción de las prácticas antisindicales o desleales (artículo 292 del Código del Trabajo).

La primera de dichas situaciones, que la doctrina ha denominado "derecho o garantía de indemnidad"[8], tendría su fundamento normativo en el derecho a la tutela judicial efectiva y estaría construido como una norma de protección de los trabajadores frente al empleador y que llevaría aparejada, en el caso de acreditarse, al igual que en los demás casos considerados en el procedimiento de tutela laboral, un recargo en la indemnización correspondiente por el despido injustificado (artículo 489 del Código del Trabajo). Algo parecido ocurre con la protección dispensada a los trabajadores contra las prácticas antisindicales y desleales, ya que también se podrá dar lugar a indemnizaciones superiores a las ordinarias (artículo 294 del Código del Trabajo), sin perjuicio de disponerse adicionalmente de multas y medidas de reincorporación del trabajador, de acuerdo a la ley (artículo 292 del Código del Trabajo).

[8] Ugarte, José Luis: "Los Derechos Fundamentales del trabajador. El nuevo procedimiento de tutela laboral", en *Ensayos Jurídicos*, Universidad Alberto Hurtado, N° 2, 2006, p.17.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Ahora bien, estas dos últimos casos plantean una cuestión bien compleja, ya que por un lado, en opinión de la doctrina[9], generan –al menos en el primer caso claramente– un nuevo derecho fundamental, pero esta vez de origen legal y, por otro, este nuevo derecho debería ser interpretado y aplicado por el juez en los mismos términos que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República y que recoge el artículo 485 del Código del Trabajo. Que el legislador pueda crear derechos fundamentales es una cuestión teóricamente bastante compleja, no sólo por la definición formal de derechos fundamentales, como aquellos establecidos precisamente en la Carta Fundamental de un Estado[10], sino porque la resistencia al cambio o intervención legislativa es la característica que precisamente los identifica, sobre todo en sus aspectos medulares o de contenido esencial[11]. En este sentido, el reconocimiento de la garantía de indemnidad como derecho fundamental en el artículo 485 del Código del Trabajo, tal como lo ha postulado la doctrina laboral más citada, supondría la creación de un derecho subjetivo disponible para el propio legislador, suprimible o modificable en su contenido esencial por tanto por él mismo. Así es evidente que la denominada garantía de indemnidad o derecho a la indemnidad, aun cuando derivara de otro derecho fundamental –derecho a la tutela judicial efectiva–, no tiene la entidad ni fortalece de los verdaderos derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República, apareciendo como una creación legislativa debilitada de un derecho.

Ahora bien, una alternativa a lo anterior sería sostener que este "derecho a la indemnidad" o prohibición de represalias al trabajador por fiscalización administrativa o actividad judicial, así como las prácticas antisindicales y desleales a que se refiere el artículo 292 del Código del Trabajo, no sean propiamente derechos fundamentales, sino simplemente normas protectoras, que establecen prohibiciones para los empleadores, sujetando una sanción pecuniaria y de obligación de hacer en caso de contravención. Así, el denominado "derecho a la indemnidad" podría no ser considerado una norma que reconoce o establece un derecho, sino una norma prohibitiva, que describe una conducta irregular sancionada por la Ley.

[9] Por todos, Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, p. 141.

[10] Diez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, p. 36 y Aldunate, Eduardo. *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 47.

[11] Diez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, p. 37.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Esta última opción interpretativa tendría varios fundamentos. En primer lugar, la propia literalidad de los preceptos citados, los que están construidos como conductas punibles y no como derechos subjetivos frente al empleador. En segundo lugar, la ubicación de estos preceptos en el Código del Trabajo, situándolos en párrafos y artículos distintos de los dedicados a la garantía de los derechos fundamentales, sin establecer una conexión directa además con un derecho constitucional establecido en la Carta Fundamental, aunque se relacionen y fundamenten en la tutela judicial efectiva –conexión bien remota, por cierto– y la libertad sindical. Esto es bien evidente en el caso de la prohibición de represalias por fiscalización o acción judicial, ya que ésta se contiene en el inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo, luego de la enumeración de los derechos fundamentales protegidos en los dos primeros incisos del mismo artículo, y a continuación de describir la forma de afectación o lesión de estos derechos, lo que supone una desconexión gramatical con los derechos constitucionales protegidos. En este sentido parece lógico sostener que si el legislador hubiese querido crear un nuevo derecho fundamental habría incorporado éste en alguno de los dos primeros incisos, antes de enunciar las formas de lesión de los mismos, construyéndolo como un derecho específico o bien derivándolo de un derecho constitucional más general, pero aplicado en forma especial al ámbito laboral.

Pero habría incluso una tercera razón para no entender estas normas prohibitivas como derechos fundamentales, derivada esta vez de la forma como la doctrina dominante entiende la interpretación y aplicación de estos derechos: la ponderación. En efecto, según la doctrina laboral dominante la ponderación o la proporcionalidad es el método a través del cual debieran interpretarse y aplicarse los derechos fundamentales establecidos para los trabajadores, en cuanto su propia construcción como principios impiden la operación de subsunción propia de las reglas jurídicas[12]. Pues bien, en este caso es evidente que tal operación de ponderación no tiene sentido, ya que no hay dos derechos fundamentales en juego, sino sólo la descripción de una conducta prohibida, a la que el legislador ha dispuesto una sanción específica.

[12] Por todos, ver Gamonal, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 29 y ss., Melis, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Legal publishing, Santiago, 2009, pp. 83 y ss. y Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 145 y ss.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Ahora bien, ¿qué impacto tiene este razonamiento excluyente del "derecho a la indemnidad" de los derechos fundamentales del trabajador? El primero y más evidente, es que la afectación del derecho a la indemnidad o, mejor dicho, la prohibición de las represalias por fiscalización administrativa o acción judicial opera como una regla jurídica que se aplica autónomamente, sin necesidad de ponderación o ejercicio de proporcionalidad alguna. Así, la constatación de esta conducta, como el ejercicio de prácticas antisindicales o desleales por el empleador, no admite justificación o ponderación alguna por el juez, no aplicándose a su respecto la operación de valoración o contrapeso de los derechos fundamentales a que se refiere el primer párrafo del inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo. Tampoco sería aplicable, por tanto, la exoneración de responsabilidad del empleador a través de fundamentos que expliquen las medidas o señalen su proporcionalidad, como lo dispone el artículo 493 del Código, ya que implicarían una debilitación de la prohibición legal establecida.

La afirmación anterior, lejos de debilitar la posición de los trabajadores, tendría una consecuencia favorable a la protección de los derechos de éstos, ya que supondría una prohibición absoluta para el empleador, que no requiere conexión alguna con otros derechos fundamentales o admisión de afectaciones parciales del empleador. De este modo, la "garantía de indemnidad" y las conductas antisindicales y desleales funcionarían como tipos infraccionales específicos que llevan aparejadas una sanción legal, sin que el juez pueda admitir bajo ninguna circunstancia explicación o fundamento del empleador en la adopción de tales conductas.

2.3. El derecho o garantía de indemnidad como forma de lesión de alguno de los derechos fundamentales establecidos en el Código

No obstante lo expuesto precedentemente, también es posible sostener que la regla legal de la prohibición de represalias que señala el inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo, al estar contenida en el párrafo destinado a la forma de lesión de los derechos fundamentales, podría interpretarse simplemente como una nueva forma de afectación de los mismos. En tal caso, para que proceda el procedimiento de tutela de derechos fundamentales establecido por el Código se requeriría, lógicamente, la vulneración específica de alguno de los derechos señalados en los dos primeros incisos del artículo 485, ya que ellos son los protegidos o amparados por este procedimiento. En otras palabras, la garantía de indemnidad o la prohibición de represalias

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

empresariales en la forma como está descrita en el Código serían formas específicas de afectación o lesión de los derechos fundamentales, en el mismo sentido que lo serían la afectación sin justificación suficiente o la lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si bien dicha interpretación cabría en una aplicación exegética de la norma, en la medida que sitúa con mayor precisión la regla de prohibición de las represalias empresariales en el marco de los tipos de lesiones o afectaciones de los derechos fundamentales, como lo señala el encabezado del inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo, ello podría suponer un debilitamiento de la prohibición establecida. En efecto, al considerar la infracción a la prohibición legal como la forma específica de afectación del derecho fundamental, se requeriría, adicionalmente, la vulneración de alguno de los derechos fundamentales establecidos en los dos primeros incisos del artículo 485 del Código, estableciéndose sólo así la conexión entre la afectación del derecho y el derecho mismo.

Sin embargo, tal interpretación no sería consistente con la finalidad perseguida por la norma legal y que el legislador hizo explícita al momento de incorporar esta prohibición especial. En efecto, como consta de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, esta prohibición legal fue dispuesta como un mecanismo de resguardo final o norma de clausura y garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a las represalias empresariales producidas como consecuencia de las denuncias administrativas o judiciales realizadas por el trabajador –por infracción precisamente de sus derechos fundamentales– y no como una nueva forma de afectación de los mismos[13].

En este contexto, a nuestro parecer, la única posibilidad de admitir razonablemente esta última interpretación –como forma de lesión de los derechos fundamentales y no como una norma prohibitiva autónoma–, sería conectar ésta con la infracción *per se* de uno o más de los derechos fundamentales establecidos. Así, la comisión del empleador de una represalia en contra de un trabajador por fiscalización administrativa o acción judicial

[13] En este sentido son elocuentes las palabras del senador Boeninger en la discusión en la Sala del Senado del párrafo correspondiente: "..el sentido de la oración agregada es que, como el tema inicial de la violación de los derechos fundamentales figuraba en un título especial donde se preveía la intervención del juez, no parecía razonable que la eventual represalia se radicara, dentro de los procedimientos ordinarios de la legislación laboral, en la Dirección del Trabajo. Entonces, al realizar dicho traslado, esta última materia, al igual que la violación de tales derechos, queda en manos del juez". *Senado de la República*, Legislatura 353, sesión 43, 19 de octubre de 2005.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

supondría, inequívocamente, una lesión de un derecho fundamental del trabajador, siendo una expresión cualificada de afectación de aquél. En este sentido, cada vez que el empleador ejecute una represalia en contra de uno o más trabajadores como consecuencia de la denuncia administrativa o judicial de la infracción de sus derechos, se generaría una afectación de alguno de los derechos fundamentales dispuestos en los incisos 1° o 2° del artículo 485 del Código del Trabajo.

Ahora bien, analizando el contenido del artículo 485 del Código, de los derechos fundamentales allí señalados, los que más se podrían ver afectados eventualmente en estos casos serían los derechos a la integridad psíquica, la igualdad ante la ley –por actos discriminatorios, especialmente por razones de sindicación u opinión política– y la libertad de trabajo. Estos derechos son los que tienen una mayor conexión con el desenvolvimiento de las actividades regulares del trabajador en la empresa y son, por lo mismo, los que se podrían afectar más directamente por el empleador en el caso de denuncia administrativa o judicial de aquél. Lo anterior es sin perjuicio que pudieran verse afectados también alguno de los otros derechos señalados en los dos primeros incisos del artículo 485, aunque su vulneración pareciera ser menos frecuente en estos casos.

En todos estas situaciones, en todo caso, insistimos, la vulneración o afectación de los derechos debería entenderse producida por el solo acto de represalia –acreditada ésta, por supuesto–, sin que sea necesaria probar la lesión del derecho fundamental específico. Es decir, acreditado por el trabajador la represalia empresarial como consecuencia de la denuncia administrativa o judicial del trabajador, la vulneración a alguno de los derechos fundamentales a que se refieren los incisos 1° y 2° del artículo 485 se daría por establecida, sin que sea necesario probar la lesión del derecho específico, ni la desproporción o falta de fundamento en la medida adoptada por el empleador, ya que ello desnaturalizaría y debilitaría la regla prohibitiva establecida por el legislador.

Esta última forma de interpretar la regla prohibitiva permitiría adicionalmente aplicar sin objeciones formales las reglas procedimentales y de fondo dispuestas en los artículos 489 y ss. del Código del Trabajo, tutelando también a los trabajadores frente a los despidos irregulares producto de la denuncia y defensa administrativa o judicial de sus derechos. En efecto, la vinculación que hace el artículo 489 del Código del Trabajo entre el procedimiento de tutela y las sanciones pecuniarias y laborales establecidas está construida sobre la base de los dos primeros incisos del artículo 485 del

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Código, es decir, sobre la base de la afectación de los derechos fundamentales específicamente señalados en dichos párrafos, por lo que las represalias del empleador deberían necesariamente conectarse con aquellos, sobre todo en el caso de despidos injustificados que sufran los empleadores.

En todo caso, en cualquiera de las dos últimas circunstancias parece razonable sostener que la prohibición de represalias del empleador por fiscalización administrativa o acción judicial es una conducta específica descrita por el legislador, que lleva aparejada una sanción especial, y no constituye propiamente un nuevo derecho fundamental de origen legal. De este modo, la opción del legislador por su incorporación en este párrafo, como la aplicación de las normas procedimentales establecidas para la tutela laboral –al igual que a las conductas antisindicales y desleales–, es una garantía reforzada para su aplicación, que teniendo en cuenta la gravedad de la conducta descrita, le hace aplicable las reglas de forma y fondo de la tutela de derechos fundamentales del trabajador.

Así, en el caso que nos ocupa, "Monsalve con Muellaje STI S.A.", la demandante denunció un despido injustificado como represalia a la labor fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, a raíz del hostigamiento producido por la empresa por la intención de constituir un nuevo sindicato en la empresa. Esta represalia, en palabras del demandante o denunciante –como señala la Ley– habría implicado un acto de discriminación, manifestado primero en un trato vejatorio o persecutorio en el trabajo y luego el despido injustificado del empleador, todo ello a consecuencia de la oposición de la empresa al ejercicio de la libertad sindical de sus trabajadores.

De este modo, aparentemente el demandante conecta en forma directa –aunque las sentencias dictadas no lo recoge claramente– la represalia empresarial con la discriminación laboral, constituyendo la primera una forma directa de producción de esta última. En este sentido la "garantía o derecho de indemnidad" no opera en este caso como un derecho autónomo a tutelar, al que ni siquiera se le identifica en forma específica, sino como una conducta que configura la discriminación –en este caso por razón de sindicación–, lo que afectaría el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley –por actos discriminatorios– que la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas.

Si se siguiera la doctrina laboral dominante deberíamos llegar necesariamente a la conclusión que, en este caso, el demandante y los tribunales que conocieron el asunto establecieron la infracción a dos derechos

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

fundamentales diferentes –derecho a la indemnidad y actos de discriminación–, los que fueron afectados autónomamente por la actividad empresarial, y ambos en forma desproporcionada o sin justificación suficiente, lo que no aparece en los autos y la prueba no se encarga de acreditar. Al contrario del texto de las sentencias de primera y segunda instancia y del recurso de unificación que conoció la Corte Suprema, se llega a la conclusión contraria, es decir, que derecho a la indemnidad –o prohibición de represalias del empleador– y discriminación están indisolublemente unidos, siendo la primera la expresión manifiesta de la producción de esta última. En otras palabras, la discriminación que sufre el trabajador y que motiva su despido es consecuencia de la fiscalización de la Inspección del Trabajo, actuando el despido y los actos de hostigamiento anteriores como prueba ineludible de aquello.

En este contexto, aparentemente los tribunales de justicia, en este caso, consideraron la represalia empresarial como una forma de lesión de los derechos fundamentales del trabajador, siendo el derecho vulnerado la igualdad ante la ley, o en términos legales específicos, el ejercicio de actos discriminatorios del empleador. Este es el único derecho fundamental vulnerado al trabajador, el que desencadena la tutela procesal especial establecida en la Ley.

3. La afectación de los derechos fundamentales exigida en el procedimiento de tutela laboral

3.1. Las formas de afectación de los derechos según la doctrina laboral. Planteamiento general

Como ya se señaló, la doctrina dominante laboral chilena sostiene que la forma como se provocaría la afectación de algunos de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución en favor del trabajador sería con la actuación del empleador, el que ejerciendo sus potestades de dirección –derivadas de sus derechos fundamentales de libertad de empresa y propiedad– infringiría aquellos derechos. Ahora bien, la forma como se establecería dicha infracción sería aplicando el principio-técnica de ponderación o proporcionalidad[14], herramienta que serviría para pesar o balancear los derechos de ambas partes, inclinándose a favor del trabajador, en el caso que se considere que el empleador ha ido más allá de lo razonable o justificable. En otras palabras, cada vez que

[14] Ver, Gamonal, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, ob. cit., pp. 29 y ss., Melis, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob.cit., pp. 104 y ss. y Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 145 y ss.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

esté en juego o discusión la afectación irregular de un derecho fundamental inespecífico del trabajador –alguno de los señalados en los incisos 1° y 2° del artículo 485 del Código del Trabajo–, el juez deberá confrontar ésta con los derechos fundamentales del empleador –particularmente la libertad de empresa y el derecho de propiedad–, resolviéndose la controversia a través del principio de ponderación o proporcionalidad. De lo que se trata en definitiva es que el juez, en cada caso, realice un análisis específico de la decisión adoptada por el empleador y disponga su validez, sobre la base de los criterios o principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[15].

Esta tesis, como es evidente, descansa en la idea de que los poderes del empleador y derechos del trabajador son normas construidas como principios –en la denominación de Alexy– o valores objetivos, cuyo enfrentamiento no se resuelve por la simple subsunción de los supuestos de hecho a las normas, sino como una operación de ponderación[16] o "cálculo y balanceo" como señala un autor[17]. Así, el conflicto jurídico entre empleador y trabajador sería una controversia estrictamente de principios-derechos fundamentales, en que se aplicarían directa e inmediatamente en el caso concreto, correspondiendo al juez la resolución del asunto, utilizando el criterio de ponderación o proporcionalidad entre los derechos del empleador y del trabajador[18].

Bajo estas premisas, en el caso "Monsalve con Muellaje STI S.A.", existiría una controversia entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales del trabajador, la que debería resolverse por el juez ponderando las medidas adoptadas por el empleador, es decir, sometiendo sus medidas –asignación cargas de trabajo y posterior despido por necesidades de la empresa– a los principios-criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, el juez deberá analizar el caso concreto, y sólo en el caso que estas medidas no sean justificadas o explicadas convenientemente por el empleador, dará lugar a la denuncia-demanda del trabajador en amparo de sus derechos fundamentales, luego de ponderar éstos con las facultades de dirección-derechos fundamentales del empleador.

[15] Melis, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob. cit., pp. 108 y ss.

[16] Ibíd., pp. 89 y ss.

[17] Ugarte, José Luis. "Los Derechos Fundamentales del trabajador", ob. cit., p. 19.

[18] Gamonal, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, ob. cit., p. 29.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

3.2. La afectación de los derechos fundamentales como colisión directa de derechos del trabajador y empleador

Sin embargo, la construcción teórica antes expuesta adolece de algunos problemas, en particular, desde la perspectiva de la dogmática general de los derechos fundamentales. En efecto, la controversia entre empleador y trabajador se explicaría, para esta doctrina, exclusivamente en un enfrentamiento entre dos derechos fundamentales, uno del trabajador y otro del empleador, los que se aplican directa e inmediatamente al caso, sin intervención de norma legal alguna que la delimite y le dé contenido específico o, al menos, sin que ésta sea determinante en la resolución del asunto. De lo que se trata, en definitiva, es entregar al juez la resolución de la controversia, con la sola herramienta de la ponderación entre dos derechos, confiando en él el ejercicio de valoración de estos derechos en el caso concreto.

Dicho planteamiento, a nuestro parecer, podría tener dos objeciones importantes. Por un lado, supone afirmar como verdadera la tesis de que los derechos fundamentales, en cuanto normas-valores objetivos, se aplican en el ordenamiento jurídico directa e inmediatamente, en especial –en lo que aquí nos interesa– en las controversias entre particulares, sin que medie o intervenga decisivamente otra norma jurídica infraconstitucional en la materia. Esta es una tesis sostenida comúnmente por la doctrina constitucional chilena y que ha sido aceptada por nuestros tribunales, la que se construye a partir de la afirmación que los derechos fundamentales, en cuanto normas jurídicas directamente aplicables (artículo 6° de la Constitución Política de la República), tienen la fuerza de resolver por sí mismas las controversias jurídicas, sin que la normativa legal o reglamentaria pueda impedir ese efecto o mediar en la aplicación de ellas[19].

No obstante esta tesis mayoritaria de la doctrina constitucional chilena no tiene, al contrario de lo que pudiera pensarse, antecedente ni acogida mayoritaria en el derecho comparado de referencia, particularmente en el derecho alemán[20]. Como bien lo apunta Aldunate, en la doctrina alemana no ha llegado a consolidarse hasta hoy una teoría de vinculación directa e

[19] Ver, por todos, Nogueira, Humberto. *Dogmática constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 145.

[20] Aldunate, Eduardo. *Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 211 y ss.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

inmediata de los particulares frente a los derechos constitucionales, sino solamente como un deber de los órganos del Estado de considerar las normas constitucionales en la resolución de asunto, pero aplicando la regulación legal establecida[21]. En otras palabras, en el derecho alemán, la interpretación y aplicación de las normas constitucionales en un conflicto jurídico entre particulares, en especial los derechos fundamentales, fuente directa de la interpretación constitucional chilena, según la doctrina nacional dominante, no contempla la aplicación de aquéllas de modo directo e inmediato a una controversia jurídica, sino como normas mediatas, de referencia, que influyen en la interpretación y aplicación de las normas legales, pero no las sustituye ni las reemplaza por las normas constitucionales[22].

Así, al contrario de lo sostenido por la doctrina nacional dominante, las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales no tendrían la virtud de resolver directamente la controversia entre los particulares, al margen o con prescindencia de lo dispuesto en las normas legales contenidas en el Código del Trabajo, sino que habría que precisamente interpretar estas últimas a la luz de las primeras. Ello requeriría que los derechos del trabajador se interpreten y apliquen en el marco de las relaciones jurídicas reguladas por el propio Código, sujetando al juez a las disposiciones normativas vigentes.

En este contexto, ejemplificando un poco la situación, la determinación de la regularidad o no de una medida dispuesta por el empleador para controlar el buen desempeño de los trabajadores en sus actividades laborales, no se haría sólo confrontando el derecho del empleador a la libertad de empresa con el derecho del trabajador a la integridad psíquica o el derecho a la intimidad, sino aplicando las normas legales vigentes. En este caso en particular, la norma clave debiera ser el artículo 154 del Código del Trabajo, en cuanto sujeta estas medidas a criterios de idoneidad, concordancia con la actividad laboral, generalidad y respeto por la dignidad del trabajador.

Por cierto, no dejamos de reconocer que la tesis de la doctrina laboral chilena dominante es muy atractiva, especialmente desde la perspectiva de la justicia material del caso, en cuanto permite hacer justicia sobre base de valores

[21] Ibíd., pp. 213-214.

[22] En el mismo sentido, con una explicación de la doctrina alemana sobre las formas de interpretación y aplicación mediata de las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales, en particular en las relaciones entre particulares, ver Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares,* Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 283 y ss.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

o principios abiertos, sin sujeción o atadura a las normas legales o reglamentarias vigentes. Sin embargo, esta tesis también puede ser extremadamente peligrosa. Por un lado, porque implica una opción exclusiva por el criterio del juez en la resolución de las controversias jurídicas, sin otra sujeción que la argumentación razonada –o "ponderada", habrá que decir– que puede utilizar éste. Por otro, porque supone una disminución del valor jurídico de la norma legal, expresión de la voluntad general de los ciudadanos y manifestación de la soberanía popular[23]. En otras palabras, la ley queda sometida a los criterios y principios abstractos del texto constitucional, atribuyéndose al juez un poder absoluto de "ponderación" de los principios-valores en juego[24].

Ahora bien, la reducción de las controversias jurídicas a la oposición entre dos derechos fundamentales, el del trabajador y del empleador, implica simplificar el contencioso, suprimiendo mentalmente las normas legales en juego. De este modo los derechos subjetivos de los trabajadores y las potestades del empleador establecidas en el ordenamiento infraconstitucional se reducen a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los primeros, establecidos en los artículos 485 del Código del Trabajo, contra el derecho a la libertad de empresa y/o el derecho de propiedad del empleador.

Esta interpretación de los derechos y poderes de ambas partes, subsumidos en los derechos fundamentales que los inspiran, constituye un ejercicio de abstracción y generalización que no resulta del todo coherente con el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, toda controversia jurídica supone el enfrentamiento de dos posiciones contrapuestas, las que se sustentan, en último término, en valores, principios o reglas constitucionales, pero que el legislador y, eventualmente, la Administración del Estado regulan a través de normas derivadas. Es decir, cualquier posición jurídica de una persona se fundamenta normalmente en una norma legal o reglamentaria, cuya validez

[23] Como bien apunta Diez-Picazo, refiriéndose a una forma de interpretar el contenido esencial de los derechos fundamentales y su determinación y aplicación, "el pluralismo valorativo subyacente a no pocos conflictos que surgen en el terreno de los derechos fundamentales encuentra su mejor cauce posible en el procedimiento legislativo democrático". Diez-Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p.113.

[24] En este sentido, Rodríguez de Santiago señala que "cuando se exagera el peso de esa vertiente objetiva (de los derechos fundamentales) frente al carácter individual-subjetivo se llega al resultado de que las normas que reconocen los derechos fundamentales necesiten siempre de una ponderación que las integre, en un discurso abierto y plural, con otros intereses generales". Y luego añade como colofón: "(así) los derechos fundamentales habría (n) pasado a ser una mera enunciación de material ponderable". Rodríguez de Santiago, José M. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 23-24.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

descansa precisamente en una norma constitucional –por coherencia del sistema de fuentes formales del ordenamiento–, lo que no significa que aquélla sea el ejercicio directo necesariamente de un derecho fundamental.

Así, por ejemplo, la potestad disciplinaria del rector de una universidad ejercida en contra de un estudiante, por la infracción de las normas reglamentarias internas, descansa en las normas estatutarias y reglamentarias de la propia universidad, por lo que su juridicidad se analiza en relación a esas normas, y no como un enfrentamiento directo entre los derechos fundamentales de la universidad o del rector (libertad de enseñanza o derecho de propiedad) y los del estudiante (debido proceso, derecho a la educación o derecho de propiedad), sin perjuicio que en su ejercicio deban respetarse aquéllos. De lo contrario, cada vez que se genere una controversia jurídica al interior de la universidad, la resolución del asunto por la autoridad universitaria y la revisión posterior por el juez se reduciría a un ejercicio de ponderación entre dos derechos fundamentales, al que finalmente se reconducen las normas reglamentarias internas y las posiciones jurídicas subjetivas de los intervinientes, y no la aplicación razonada de aquéllas.

Como se puede observar, la reducción de la controversia jurídica a dos derechos fundamentales en juego no recoge plenamente la integridad del conflicto ni las reglas de solución que prevé el ordenamiento jurídico. Al contrario lo reduce, dotando al juez –en este caso, el juez laboral– de un poder discrecional más amplio de difícil control y previsibilidad.

Ahora bien, lo antes expuesto no debe interpretarse como una negación de la aplicación de los derechos fundamentales de los trabajadores, fórmula que adopta nuestro código laboral expresamente, sino como una llamada de atención en la aplicación de éstos en las controversias jurídicas, en el marco de las demás normas del ordenamiento jurídico. Es decir, la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores opera como un límite a las facultades del empleador, pero ambas deben interpretarse y aplicarse tomando como referencia el conjunto de las normas legales y reglamentarias que delimitan o dan contenido a los derechos fundamentales.

3.3. La afectación del derecho fundamental por formas diferenciadas de lesión, según la ley laboral

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, inciso 3°, existen diversas formas como se pueden lesionar, por limitación, los derechos fundamentales de los trabajadores. Así, del propio tener literal

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

del artículo, al menos existirían tres formas de lesión –cuatro en rigor, con la incorporación de las represalias empresariales, según lo indicado en el punto anterior– de los derechos fundamentales establecidos en los dos primeros incisos del mismo artículo: limitación de los derechos sin justificación suficiente; limitación en forma arbitraria o desproporcionada; limitación sin respeto al contenido esencial del derecho; y, añadimos nosotros, represalias empresariales derivada de una fiscalización administrativa o actividad jurisdiccional incoada por un trabajador.

Como se puede observar, el legislador ha dispuesto todas estas modalidades para identificar la forma como se podrían lesionar o afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, las que lógicamente no podrían entenderse todas como sinónimas, a riesgo de asumir que el legislador ha sido repetitivo y poco prolijo para identificar una misma realidad. Es decir, parece razonable sostener, a partir del propio tenor literal del artículo 485 del Código del Trabajo, que cuando el legislador ha señalado que "se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados" y luego enuncia los casos de limitación indebida por ejercicio de facultades del empleador, lo que hace es contemplar varias alternativas o causales, sin que ellas puedan subsumirse en una más general como la "desproporción" o la vulneración del principio de proporcionalidad.

Pues bien, la doctrina nacional dominante[25], al contrario de lo expuesto, parece entender que la forma de afectación es una sola o, al menos, que ellas se pueden reconducir a la infracción del principio de ponderación o proporcionalidad en la adopción de las medidas adoptadas por el empleador. Así, tanto la infracción del contenido esencial del derecho fundamental como la adopción de una medida del empleador sin justificación suficiente pueden ser reconducidas a la idea de la vulneración del principio de ponderación, siendo éste el parámetro y la forma de afectación del derecho del empleador. En nuestra opinión, parece evidente que el legislador no ha dispuesto una sola forma de afectación de los derechos, sino cuatro formas de lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores, cada una de las cuales tiene una forma de interpretación y aplicación distintas. De lo contrario no se explica por qué la norma legal consideró como una de esas formas la limitación "desproporcionada" del derecho fundamental y, a continuación, la adopción

[25] Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 144.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

de medidas "sin justificación suficiente" o la afectación del "contenido esencial del derecho". Todas ellas no parecen ser subsumibles homogéneamente en el principio-técnica de la ponderación de los derechos fundamentales –o no en los mismos términos al menos–, ya que sus contenidos son distintos e impiden su aplicación general.

Así, si tomamos el caso del contenido esencial del derecho fundamental, la lesión de éste no se produciría necesariamente por una violación de las reglas de la ponderación, sino por la afectación de la sustancia del derecho En efecto, el contenido esencial del derecho fundamental se identifica con el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho[26], es decir –como lo señaló el Tribunal Constitucional Español (STC 11/1981)–, por un lado, con aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro y, por otro, con aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, y permiten que éste sea real y efectivamente protegido[27].

En este contexto, la afectación del contenido esencial del derecho supone una violación al derecho mismo, no siendo admisible ponderación o proporcionalidad en su afectación, ya que ello supondría una debilitación de su contenido esencial. Cierto es que se podría sostener –siguiendo a algún sector de la doctrina– que este contenido esencial del derecho fundamental habría que entenderlo bajo una concepción relativa, es decir, siempre ponderable en su relación con otro derecho[28], pero ello supondría, a nuestro juicio, la negación misma del contenido esencial, cuya determinación quedaría sujeta entonces a la ponderación que haga el juez en cada caso. Además, esto sería contrario a lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, en la medida que señala precisamente que los preceptos que regulen o complementen estos derechos no podrán afectar los derechos en su esencia, excluyendo, por tanto, la regulación restrictiva de este núcleo central[29].

[26] Diez-Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 111.

[27] Ibíd, pp. 111-112.

[28] Aldunate, Eduardo. *Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 261-262.

[29] La propia doctrina laboral mayoritaria en nuestro país reconoce este extremo al sostener que "el contenido esencial de un derecho fundamental es aquel ámbito irreductible en donde todo límite resulta inadmisible". Melis, C. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob. cit., p. 102.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Así, por ejemplo, si tomamos el caso de la libertad de expresión, por ejemplo, el empleador no podría establecer una cláusula contractual o una orden que impusiera a los trabajadores una restricción al ejercicio de su libertad de expresión, mediante una autorización previa. Tal restricción supondría la vulneración del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, ya que lo estaría sometiendo a una censura previa, ámbito que está vedado por el constituyente y que forma parte del contenido esencial del derecho. Lo anterior es, evidentemente, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico a los deberes de reserva de información en ciertos casos y la responsabilidad civil y penal que pudiera derivarse del ejercicio abusivo de este derecho. Lo mismo ocurriría en el caso de la interferencia del empleador de las comunicaciones privadas, cualquiera sea el contenido y soporte de aquéllas[30].

En ambos casos, la limitación impuesta por el empleador ha vulnerado el contenido esencial del derecho, es decir su contenido mínimo, necesario e indisponible fijado por la Constitución, por lo que no es admisible su validez, cualquiera sean los fundamentos o razones que se tuvieron en cuenta para su restricción.

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el mismo inciso 3º del artículo 485 del Código del Trabajo, los derechos fundamentales de los trabajadores también se podrían ver afectados por limitaciones impuestas por el ejercicio de las propias facultades empresariales, sin justificación suficiente. El alcance de este término es evidentemente complejo de determinar, ya que supone la posibilidad de restricción o limitación válida de los derechos fundamentales de los trabajadores, siempre que ello se justifique o fundamente convenientemente. Así, aparentemente, sólo la limitación de estos derechos, sin justificación suficiente, sería contraria a derecho, habilitando en tal caso la intervención del juez laboral en amparo de los derechos fundamentales del trabajador.

Sin embargo, esta última interpretación, derivada del texto literal de la norma, no parece concordante con el ordenamiento jurídico. En efecto, la Constitución ha establecido un contenido esencial del derecho no limitable, ni afectable –como ya señalamos–, el que no podría sufrir restricción por

[30] Ver, en este sentido, Ferrada, Juan Carlos. "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos", en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, N° 2, diciembre 2008, pp. 251-271.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

el empleador ni aun cuando se justifique la medida adoptada. Esta es una garantía de protección de la esencialidad del derecho que impone restricciones al legislador democrático del Estado (artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República), lo que obviamente debe extenderse al Gobierno y la Administración del Estado y a los poderes empresariales privados.

En este contexto, la única manera de entender esta disposición legal es entender esta restricción al empleador en los términos habilitados por el conjunto del ordenamiento jurídico, exigiéndose a éste el deber de motivación o justificación en los casos que las propias leyes permiten la regulación o limitación. De este modo, la justificación es impuesta más como un requisito de prueba –en los casos en que el ordenamiento lo permite– que como una forma especial de lesión del derecho, no estando habilitado el empleador para restringir cualquier derecho fundamental del trabajador con la mera justificación suficiente de la medida.

Esta interpretación sería coherente con lo establecido en el artículo 493 del Código del Trabajo –y al que nos referimos más adelante–, en cuanto asigna una carga procesal mayor al empleador en la prueba de la validez de las medidas adoptadas. La regulación o restricción del derecho fundamental del trabajador se considera en principio válida –en los caso que la ley lo permite–, pero se impone al empleador la obligación de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas.

Así, volviendo a nuestro ejemplo del establecimiento por parte del empleador de mecanismos de control de los trabajadores, ellos serán admisibles en la medida que su implementación se encuentre suficientemente justificada tanto en su decisión como en su contenido, cumpliendo así los parámetros establecidos por la ley en esta materia (artículo 154 del Código del Trabajo). Sólo en la circunstancia que la medida impuesta por el empleador cumpla con los requisitos establecidos por la ley, y no se configure, por tanto, la privación del derecho fundamental, se considerará válida la restricción empresarial.

En este sentido, en el caso "Monsalve con Muellaje STI S.A.", de acuerdo a lo expuesto en el fallo de primera instancia (considerando 9º, 10º y 11º), la afectación del derecho fundamental se produce, aparentemente, por el hostigamiento y posterior despido del trabajador, lo que es consecuencia de su participación en la denuncia del empleador ante la Inspección del Trabajo. El derecho fundamental afectado es la igualdad ante la ley, a través de actos discriminatorios por razones de sindicación –en su formulación establecida en el Código del Trabajo–, el que se refleja a través de las represalias empresariales

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

producidas en este caso, no admitiéndose ponderación o proporcionalidad alguna de la medida impuesta por el empleador. Cierto es que el tribunal reconoce la posibilidad de que el empleador justifique o fundamente la medida, de acuerdo a lo establecido en el artículo 493 del Código (considerando 11° de la sentencia de primera instancia), pero ello no como un ejercicio de ponderación o proporcionalidad, sino de derrotabilidad de la prueba rendida por el demandante a favor de su alegación.

3.4. La ponderación o proporcionalidad como técnica de resolución de controversias entre los derechos fundamentales del trabajador y el empleador

Concordante con lo antes expuesto, los derechos fundamentales de los trabajadores también se podrían lesionar por el empleador por un ejercicio "arbitrario o desproporcionado" de sus facultades. En este caso parece evidente que la lesión se produce no por limitación del contenido esencial o un ejercicio regular de sus facultades legales sin justificación suficiente, sino por hacer un ejercicio abusivo de ellas, yendo más allá de lo establecido por el ordenamiento jurídico.

En esta situación el legislador pareciera convocar inequívocamente al principio o técnica de la ponderación o proporcionalidad para la resolución del asunto, debiendo el juez utilizar los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto[31]. Así, siguiendo estos criterios doctrinales, el juez debería analizar si las medidas adoptadas por el empleador –ejercicio de sus facultades de dirección de la empresa– satisfacen estas exigencias estrictas, única forma que se consideren aquéllas concordantes con el ordenamiento jurídico.

Sin embargo es bastante complejo para el juez aplicar esta técnica, ya que implica una operación de análisis sin tener muchos parámetros jurídicos que permitan la actividad. Esto es comprensible, ya que esta técnica se construyó originalmente como un medio de control del poder de policía de la Administración del Estado –aunque sus raíces pueden encontrarse en el derecho penal–, tratando de equilibrar los intereses públicos asignados a ésta y los bienes o intereses privados de los ciudadanos afectados[32]. Se trata

[31] Aldunate, E. *Derechos Fundamentales,* ob. cit., pp. 264-265.

[32] Ver, Sapag, Mariano. "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", en Revista de Actualidad Jurídica, *Dikaion,* N° 17, diciembre 2008, pp. 170-171.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

en el fondo de un instrumento de control de las potestades discrecionales de la Administración, evitando una restricción innecesaria de los derechos de los particulares, inspirados en la mejor protección de los intereses generales. Así, la oposición y balance se produce entre intereses públicos y derechos privados, actuando los segundos sólo como una restricción excepcional de las potestades administrativas que protegen los primeros.

Como se sabe, esta construcción es tomada por la doctrina constitucional alemana como un instrumento de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales[33], acentuando así el carácter objetivo y valórico de éstos, más que su concepción estricta de derechos subjetivos[34]. Así, la ponderación o proporcionalidad opera como un instrumento de resolución de controversias en que están involucrados dos o más derechos fundamentales, fundado en su formulación normativa como principios dentro del ordenamiento jurídico.

Como ya se expuso, esta construcción es tomada por la doctrina laboral chilena para resolver las controversias entre empleador y trabajador, pero con dos variaciones importantes a la formulación primaria:

1°. El sujeto que realiza la ponderación es un tribunal ordinario –el tribunal laboral–, y no el Tribunal Constitucional o el legislador ejerciendo una labor de ponderación en abstracta.

2°. El tribunal laboral conoce de estas controversias sin intermediación legal que delimite el contenido de estos derechos.

En este sentido, la técnica de la ponderación o proporcionalidad se constituye como un instrumento poderosísimo de interpretación jurídica, habilitando al juez la resolución de los casos concretos en base a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto.

Nuestra opinión es algo diferente. No nos oponemos al ejercicio de este instrumento jurídico –más aún cuando el legislador lo ha contemplado expresamente–, pero creemos que éste no debiera operar de forma abierta o discrecional para el juez como una valoración de dos principios en juego[35],

[33] Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 y ss.

[34] Rodríguez de Santiago, José. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo,* ob. cit., pp. 21 y ss.

[35] La utilización de la ponderación sin sujeción a controles es lo que ha llevado precisamente a su crítica por un sector de la doctrina, llegando a concebirla como una fórmula mágica que debe contemplarse con "desconfianza" o un instrumento "metodológicamente sospechoso, (que) se mueve en el ámbito de una dogmática todavía insegura e inmadura". Rodríguez de Santiago, José. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo,* ob. cit., p. 12.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

sino como una forma de control de las amplias facultades directivas del empleador. En este sentido, esta ponderación sólo debería aplicarse en casos límites, en que el derecho fundamental ha sido restringido o lesionado por el empleador en ejercicio de una facultad legal, o bien, en aquellos casos que el ordenamiento jurídico haya dejado entregado al juez la ponderación de las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, en el caso de instalación de cámaras de televigilancia dentro de la empresa, estas medidas se encuentran permitidas por el ordenamiento jurídico, por lo que no infringen, en principio, el derecho a la intimidad establecida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, pero ella debe conformarse a los criterios de validez establecidos en el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo.

De este modo la ponderación no operaría como un instrumento general de resolución de controversias entre empleador y trabajador, sino un medio excepcional utilizable sólo cuando se alegue la desproporción del ejercicio de la facultad asignada por la ley al empleador para disponer la organización de sus medios al interior de la empresa. En este sentido, la ponderación o proporcionalidad operaría más como un instrumento de reducción de la arbitrariedad del empleador, similar a sus antecedentes en el poder policía de la Administración del Estado[36], más que un ejercicio de balanceo de dos derechos fundamentales en juego. Esto supondría la incorporación de un criterio de racionalidad en el ejercicio de las facultades del empleador, las que debieran ser ejercidas dentro de los marcos definidos por el ordenamiento y con respeto a los derechos de los trabajadores.

Evidentemente en el caso que nos ocupa, "Monsalve con Muellaje STI S.A.", como ya lo hemos expresado antes, la ponderación o proporcionalidad no podría aplicarse, ya que la lesión se produce directamente por las represalias empresariales por incitar a la fiscalización de la Inspección del Trabajo, la que ha vulnerado el derecho fundamental del trabajador –la igualdad ante la ley, por actos de discriminación–, sin que pueda admitirse la justificación de las medidas adoptadas.

[36] Ver, en este sentido, Sapag, Mariano. "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparativo", ob. cit., pp. 160 y ss.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

4. Las reglas probatorias de la afectación de los derechos fundamentales: la "prueba indiciaria"

Un último tema de análisis en este trabajo es la prueba en los procesos de tutelas de derechos fundamentales de los trabajadores. Como se sabe, el artículo 493 del Código del Trabajo establece una regla especial para la prueba de la lesión o afectación de los derechos de los trabajadores construida sobre la base de los "indicios suficientes". A partir del cumplimiento de este estándar de prueba por parte del trabajador demandante-denunciante, el Código atribuye al empleador demandado-denunciado en los autos la prueba de los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, lo que constituye una alteración de las reglas generales en esta materia.

Sobre este aspecto, recordemos que en el documento "Bases Fundamentales para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional", que sirvió de sustento de la reforma al Procedimiento Laboral, se planteaba precisamente este tema al tratar de la prueba, conectando esta regla especial con la garantía misma de los derechos fundamentales de los trabajadores[37]. En el mismo sentido, el Mensaje con el que se inicia el proyecto de ley que sustituye el Procedimiento Laboral, al referirse al Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, en lo pertinente recoge este planteamiento, indicando que el proyecto introduce precisamente una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, el que se estima imprescindible para brindar efectiva protección a los trabajadores, el que consiste en facilitar o alivianar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprenden indicios en orden a que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales[38].

[37] El documento, en el capítulo VI, de la Tutela y Derechos Fundamentales, señaló en este sentido: "En materia de carga de la prueba, deben de contemplarse normas especiales. Como está dicho al comienzo, si no se establece un *onus probandi* distinto del procedimiento común, la garantía constitucional es letra muerta. Parece adecuado un sistema que, sin invertir la carga de la prueba, atenúe la carga probatoria del afectado, obligándolo sólo a aportar probanzas que constituyan indicios de vulneración de derechos fundamentales. Acreditados esos indicios, sobre el demandado recaerá la obligación de probar que una actuación determinada tuvo fundamento distinto de aquella conducta antijurídica pero en apariencia lícita".

[38] El Mensaje lleva el Nº 4-350, de 22 de septiembre de 2003, parte IV, número 11, letra A, y agrega respecto de los efectos que, en este caso, surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y en su proporcionalidad. Se produce entonces, una matización de la regla general sobre la carga de la prueba, ya que al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan "indicios", es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental). Es de destacar que en este evento no se exige al empleador la prueba de un hecho negativo (que no violó el derecho fundamental), sino que pruebe que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Esta fórmula parece tener su antecedente más inmediato en la Ley Procesal Laboral Española de 1990, la que contiene una regla específica de distribución de la carga de la prueba, en los supuestos en los que esté en juego el amparo de los derechos y libertades fundamentales laborales (artículos 96 y 179. 2)[39]. Estas normas, que contemplan reglas especiales probatorias sobre la base de indicios, en principio sólo serían aplicables a los casos de discriminación por razones de sexo y libertad sindical –según el texto de las normas–, pero que por vía interpretativa han tenido un efecto expansivo a los demás derechos fundamentales y libertades públicas[40].

Como se puede observar, esta alteración probatoria dispuesta en el Derecho Laboral español se manifiesta en una diversa intensidad en las cargas probatorias impuestas a las partes procesales, haciendo recaer sobre el empleador (demandado en estos juicios) el estándar de prueba mayor en el proceso. Así, cuando el trabajador alega la lesión de sus derechos fundamentales, se establece una cierta desviación de la carga de la prueba, exigiéndose al demandante (trabajador) sólo la aportación de indicios mínimos, correspondiendo a la demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad[41].

Ahora bien, en el derecho chileno esta regla probatoria es acogida también en los términos amplios aplicados en el derecho español, aplicándose como un mecanismo de facilitar y favorecer a los trabajadores en la prueba de sus alegaciones. Lo anterior no implica afirmar, en todo caso, una inversión de la carga probatoria –como bien lo ha sostenido la doctrina nacional[42], siendo

[39] En este sentido, el artículo 96 de la ley citada señala que "en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". A su turno, el artículo 179.2, determina que "en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Sobre las particularidades de estas normas y sus efectos en el Derecho Español ver Baz Tejedor, J.A. *La Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso del Trabajo*, ob. cit. pp. 199 y ss.

[40] Palomeque, Manuel Carlos. "Prólogo" del libro de Baz Tejedor, José Antonio. *La Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso del Trabajo*, ob. cit., p. 11.

[41] Cruz Villalón, Jesús. *Caracterización General del Proceso Laboral en el Derecho Español*. www.personal.us.es/jesuscruz/procesal.doc

[42] Por todos, Ugarte, José Luis. *El Nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 158.

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

concordante con la historia fidedigna de la norma[43]–, sino una alteración del objeto de la prueba (*thema probandi*), en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba, sino que debe acreditar necesariamente los indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva. Lo que se ha buscado es facilitar o alivianar la prueba al denunciante, requiriéndose que en sus alegaciones existan indicios de la vulneración de derechos fundamentales. Sólo una vez establecidos los indicios suficientes de la lesión de derechos surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad, por lo que no existiría una real alteración del peso de la prueba[44].

En este sentido, el caso que nos ocupa, "Monsalve con Muellaje STI S.A:", la lesión del derecho fundamental a la igualdad ante la ley -por discriminación por razón de sindicación- se acredita por el trabajador por la prueba de algunos hechos que sirven de base a la demanda del trabajador, los que se estiman como indicios suficiente de la vulneración del derecho fundamental. El trabajador no acreditó totalmente la veracidad de las alegaciones presentadas en su demanda-denuncia, sino que ciertos hechos -su participación en la denuncia en la Inspección del Trabajo, algunos hostigamientos en la empresa y su posterior despido por necesidades de la empresa- que dieron por satisfecho el estándar de prueba exigido por la ley en estos casos ("indicios suficientes"), sin que ello implique una alteración de la carga probatoria (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema)[45].

[43] El honorable senador Parra dejó constancia de que, a su entender, este precepto no altera el peso de la prueba. Esta norma debe analizarse en relación al artículo 508 –que pasa a ser 489–. También aquí habrá audiencia de juicio en que las partes rendirán prueba. Su Señoría acotó que sólo se está precisando que le corresponde probar a cada uno, de modo que no hay inversión del peso de la prueba ni se rompen los principios generales del derecho, así la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, honorables senadores señores Canessa, Parra, Prokurica y Ruiz de Giorgio, aprobó esta norma, reemplazando las palabras "y su proporcionalidad", por "y de su proporcionalidad". "Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social recaído en el Proyecto de Ley que sustituye el procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo". *Senado de la República*. 17 de octubre de 2005. Cuenta en Sesión 42. Legislativa 353 - Boletín 3.367-13

[44] Walter Díaz, Rodolfo, Lanata Fuenzalida, Gabriela. *Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno*, Legal Publishing, Santiago, 5ª edición, 2009 p. 274.

[45] La segunda parte del considerando séptimo de la sentencia en comento señala: "Tampoco se altera el sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, previsto en el artículo 456 del mismo cuerpo legal, de modo que al apreciar los indicios aportados por el denunciante habrá de considerarse sus caracteres de precisión y concordancia, a la vez que expresarse las razones jurídicas, lógicas o de experiencia que hayan conducido razonablemente al tribunal a calificar la suficiencia de los mismos. Cumplida esta exigencia, es decir, comprobada la verosimilitud de la denuncia, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, demostrando así la legitimidad de su

Artículo: La tutela laboral de derechos fundamentales en el Código del Trabajo o la aplicación del derecho como "arte de magia"
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Rodolfo Walter Díaz

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

Ahora bien, el empleador podría haber acreditado la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas –en este caso, el despido por necesidades de la empresa demandada por el trabajador–, pero ello no supondría un ejercicio de ponderación entre dos derechos fundamentales comprometidos, sino la prueba de que tal afectación del derecho fundamental no se había producido, ya que el despido no habría sido un acto discriminatorio de represalia en contra del trabajador. En otras palabras, la prueba del fundamento del despido no hace razonable la lesión del derecho fundamental, sino que simplemente descarta la existencia de ésta.

conducta, sea aportando la prueba necesaria para destruir los indicios, o aquella que fuere necesaria para justificar las medidas que ha dispuesto y la proporcionalidad de las mismas".