

Tutela de Derechos Fundamentales en el contexto **del derecho del trabajo**

Autores

Sergio
Gamonal
Contreras

Caterina
Guidi
Moggia

Autores

Sergio
Gamonal
Contreras

Profesor de Derecho del Trabajo y director del Magíster en Derecho laboral y seguridad social de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Es autor de numerosos libros y artículos publicados y citados en varios idiomas. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Caterina
Guidi
Moggia

Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, sus principales áreas de trabajo son el derecho laboral y la seguridad social. Es autora de los libros *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo* (2020) y *Manual del contrato de trabajo*, ambos en coautoría con el profesor Sergio Gamonal Contreras (2010-2011-2012-2015), y de *Bioética, SIDA y derecho del trabajo* (2012), además de diversos artículos de su especialidad.

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 4
ISBN N°
2021-A-2262
Santiago,
Chile 2020

Resumen

En relación a uno de los temas más relevantes del derecho del trabajo, la tutela de derechos fundamentales en el contexto del derecho del trabajo, en el presente trabajo se examinarán tres grandes materias: algunos aspectos generales referidos a los derechos fundamentales, en especial los conceptos de reglas y principios; la “ciudadanía en la empresa”, la relación de trabajo como relación del poder y los conflictos de derechos fundamentales, y por último, algunos temas relevantes del procedimiento y acción de tutela de derechos fundamentales, centrándonos en el contenido esencial de los derechos fundamentales protegidos a través del procedimiento en el ámbito de aplicación de la acción de tutela, en la prueba indiciaria, en la sentencia de derechos fundamentales y en los remedios sistémicos.

Palabras clave

Derechos fundamentales del trabajador — Ciudadanía en la empresa — Contenido potestativo del contrato de trabajo — Eficacia diagonal de los derechos fundamentales — Procedimiento de tutela de derechos fundamentales

Índice de contenidos

Introducción	6
1. Aspectos generales sobre los Derechos Fundamentales	8
1.1 Derechos fundamentales, principios y reglas	9
1.2 El conflicto de derechos fundamentales	16
1.2.1 La ponderación judicial: el dilema entre certeza y discrecionalidad	17
1.2.2 La crítica a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales	23
2. La relación de trabajo y los conflictos de Derechos Fundamentales	35
2.1 La “ciudadanía en la empresa” y los derechos fundamentales del trabajador	36
2.1.1 Orígenes de esta noción	36
2.1.2 ¿En qué consiste la noción de ciudadanía en la empresa?	42
2.2 El contrato de trabajo como relación de poder	45
2.2.1 Las potestades de organización, dirección y punitivas del empleador	45
2.2.2 Medios tecnológicos y control del empleador en la relación de trabajo	60
2.2.3 Los límites jurídicos al control del empleador. La doctrina de la Dirección del Trabajo.	84
2.3 Autonomía colectiva y conflicto constitucional. La libertad sindical.	89
3. Temas relevantes del procedimiento y de la acción de tutela de Derechos Fundamentales	92
3.1 Reformas legales y procedimiento de tutela	93
3.2 Derechos constitucionales protegidos	98
3.2.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica	99
3.2.2 Privacidad y honra	108
3.2.3 No discriminación	119
3.2.4 Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada	129
3.2.6 La libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa	135
3.2.7 Libertad de trabajo	141
3.2.8 Libertad sindical	143
3.3 La garantía de indemnidad	145
3.4 Ámbito material, espacial y temporal de aplicación de la acción de tutela	153
3.4.1 Ámbito de aplicación espacial y material	153
3.4.2 Ámbito temporal de la acción de tutela y suspensión del acto lesivo de derechos fundamentales	163

3.5 Titulares de la acción	166
3.6 Ponderación y prueba de indicios	168
3.7 Sentencia definitiva y los remedios sistémicos	175
3.8. El despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave*	180
3.9 A diez años del procedimiento de tutela	188
Conclusiones	190
Glosario	193
Preguntas y casos	195
Bibliografía	201

Introducción

En esta obra de síntesis, abordaremos uno de los temas más relevantes del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales en el contexto del derecho del trabajo. En la parte final, contemplaremos algunas preguntas y casos que permitan al lector aplicar la materia de este cuadernillo.

Para el derecho laboral no existen dudas de que las personas que trabajan gozan de derechos humanos¹ fundamentales por su calidad de tales, por ejemplo el derecho al trabajo, a la protección de la maternidad, al salario justo, al descanso dominical, etcétera. Sin embargo, desde fines de la década de los noventa se ha enfatizado también que el trabajador es titular de los otros derechos, denominados inespecíficos en la doctrina española, referidos a los derechos civiles y políticos de todas las personas en general.

Sin duda, el trabajador goza plenamente de dichos derechos fuera del lugar de trabajo. La interrogante se plantea, por el contrario, cuando el trabajador se inserta en la estructura organizativa del empleador, desde la etapa de reclutamiento y luego durante su jornada laboral y mientras está vigente el contrato.

En relación a lo anterior, en este trabajo abordaremos tres grandes temas, a saber: algunos aspectos generales referidos a los derechos fundamentales, la relación de trabajo y los conflictos de derechos fundamentales, así como los temas relevantes del procedimiento y acción de tutela de derechos fundamentales.

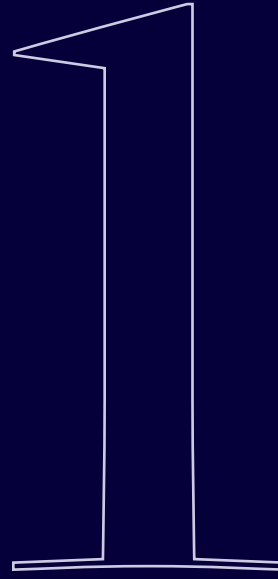
Acerca de lo primero, en cuanto a la panorámica general sobre los derechos fundamentales, nos referiremos a los conceptos de reglas y principios. Asimismo, nos preguntaremos por las posibles soluciones a los conflictos de derechos fundamentales. En este contexto, nos haremos cargo de las críticas y eventuales peligros que una eficacia

1 Utilizaremos, indistintamente y como sinónimos de derechos humanos, las siguientes expresiones: derechos ciudadanos, derechos fundamentales, derechos esenciales y garantías constitucionales.

de los derechos fundamentales entre particulares puede conllevar para la certeza del derecho privado, lo cual, cabe desde ya advertir, no afecta al derecho del trabajo.

En lo relativo a la relación de trabajo y los conflictos de derechos fundamentales, hemos dividido nuestro estudio en tres secciones: la “ciudadanía en la empresa” y los derechos fundamentales del trabajador, el contrato de trabajo como relación de poder, y la autonomía colectiva y el conflicto constitucional. Al examinar el contrato de trabajo como relación de poder, centraremos nuestra atención en las potestades empresariales, en los medios tecnológicos y los mecanismos de control del empleador, como también en los límites jurídicos y jurisprudenciales a estos últimos.

Por último, en cuanto a los temas relevantes del procedimiento y acción de tutela de derechos fundamentales, nuestro trabajo se centrará en el contenido esencial de los derechos fundamentales protegidos a través del primero, poniendo especial atención en el despido discriminatorio y en la garantía de indemnidad. Por su parte, abordaremos el ámbito material, espacial y temporal de aplicación de la acción de tutela, la prueba indiciaria, la sentencia de derechos fundamentales y los remedios sistémicos. En este contexto haremos referencia al rol del juez en estas materias, es decir, ¿cómo evitar la discrecionalidad judicial? y ¿cómo dar certeza a los actores del derecho?



Aspectos generales sobre los Derechos Fundamentales

1.1 Derechos fundamentales, principios y reglas

Al referirnos a los derechos fundamentales y su vigencia al interior de la relación de trabajo, cabe estudiar los principios y su rol dentro del derecho laboral.

La doctrina latinoamericana distingue diversos principios del derecho del trabajo. Américo Plá los define como: “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”².

En el derecho chileno, han sido reconocidos como primordiales los principios de protección, irrenunciabilidad, continuidad y primacía de la realidad³. Estos principios son de tipo sustantivo, es decir, retomando la definición de Plá, son guías y parámetros con un fuerte contenido simbólico y que, por lo mismo, expresan valores superiores del ordenamiento jurídico⁴. Por el alcance de este trabajo no examinaremos esta materia, que escapa a su objeto.

Otra acepción de la voz principios, desde una perspectiva estructural y que permite distinguirlos de otras pautas de comportamiento que integran el derecho⁵, es la clásica diferenciación de Robert Alexy entre reglas y principios. Ambas son normas, pero las primeras son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (por ejemplo el respeto por el conductor de tránsito de un disco Pare o *Stop*), a diferencia de los

-
- 2 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998), *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, p. 9.
 - 3 GAMONAL C., Sergio (1998), *Introducción al derecho del trabajo*, Santiago, Editorial Conosur, pp. 127 y ss.
 - 4 Sobre los múltiples alcances distintos de la voz principios dentro del derecho, véase GAMONAL C., Sergio (2014), *Fundamentos de derecho laboral*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, pp. 141 y ss. Respecto del contenido simbólico de los principios, véase GAMONAL C., Sergio (2019), “Narrativa laboral y principios de derecho del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 69, N° 173-1, pp. 65-88.
 - 5 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1993), “Tres enfoques de los principios jurídicos”, *Revista de Ciencias Sociales N° 38, Estudios en homenaje a Ronald Dworkin*, Universidad de Valparaíso, Edeval, p. 333.

principios, que son mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado, en la medida de lo posible (como el principio de no discriminación)⁶.

Para Dworkin también existen diferencias entre principios y normas. Los principios son estándares que han de ser observados por una exigencia de justicia o alguna otra dimensión de la moralidad⁷. En sus propias palabras, “la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”⁸.

Agrega respecto de los principios que, por el contrario⁹: “Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”. Para este autor, “los principios tienen una dimensión que falta a las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia”¹⁰.

Más allá del tema terminológico, las normas a las que se refiere Dworkin son las reglas de las que habla Alexy.

6 ALEXY, Robert (2001), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 82 y ss.
7 DWORKIN, Ronald (1999), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, pp. 72 y ss. Este autor, aparte de principios y normas, habla de directrices o políticas que constituyen un estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, como una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad.
8 DWORKIN (1999), pp. 74 y 75.
9 DWORKIN (1999), p. 75.
10 DWORKIN (1999), 77 y 78.

Ahora bien, una diferencia importante entre reglas y principios, desde la perspectiva estructural, está dada por la colisión de los mismos. La colisión de reglas, entendida como dos reglas contrapuestas o contradictorias que regulan el mismo supuesto fáctico, puede ser resuelta introduciendo en una de ellas una “cláusula de excepción”. Si no es posible operar en este sentido, la colisión o antinomia de reglas implica un problema de validez, que puede ser resuelto por medio de criterios de jerarquía (ley superior deroga la inferior), temporalidad (ley posterior deroga la anterior) o de especialidad (la ley especial prima sobre la general).

Por el contrario, estos criterios no son aptos para la resolución de los conflictos de principios. La colisión de principios, a diferencia del caso de las reglas, exige la ponderación o balance de los mismos en el caso concreto, para determinar cuál de los principios en juego debe ceder frente al otro¹¹.

-
- 11 Una postura distinta es sostenida por aquellos que niegan a nivel conceptual la colisión de principios, estimando que cada derecho fundamental tiene como límite inmanente los derechos de los demás. ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2008), *Derechos fundamentales*, Santiago, LegalPublishing, pp. 276 y ss. Por el contrario, como veremos más adelante en esta cartilla, en nuestro país se ha aceptado ampliamente la tesis de la proporcionalidad y ponderación en materia laboral, así como en América Latina y otras latitudes, como por ejemplo en Alemania, España, Francia, Grecia, Inglaterra y Sudáfrica. Respecto de Chile, ver UGARTE CATALDO, José Luis (2013), *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Santiago, LegalPublishing, pp. 95 y ss. En Alemania, aunque el Tribunal Constitucional en el caso Lüth, de 1958, adhirió a la eficacia mediata o indirecta (orden objetivo de valores) de los derechos fundamentales en el ámbito privado, la Corte Federal del Trabajo mantuvo su tesis de la eficacia directa en materia laboral hasta inicios de los 80, con test de proporcionalidad inclusive. FEDTKE, Jörg (2007a), “Drittwirkung in Germany”, *Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study*, Nueva York, Routledge Cavendish, pp. 140, 141 y 156. Lo anterior, sin perjuicio de que el “principio de proporcionalidad” ha sido creado por el mismo Tribunal Constitucional alemán y es frecuentemente utilizado como estándar en sus sentencias. En el caso de España, revisar BILBAO UBILLOS, Juan María (2007), “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español”, *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, (organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner y Ingo Sarlet), Coimbra, Almedina, p. 211. Sobre Francia, ver HUNTER-HENIN, Myriam (2007), “France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study*, Nueva York, Routledge Cavendish, p. 106. Respecto de Inglaterra, revisar OLIVER, Dawn y FEDTKE, Jörg (2007), “Comparative Analysis”, *Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study*, Nueva York, Routledge Cavendish, p. 508; y también OLIVER, Hazel (2011), “Employment Law”, *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, (Editado por David Hoffman), Nueva York, Cambridge University Press, p. 347, y YOUNG, Alison L. (2011), “Mapping Horizontal Effect”, *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, (Editado por David Hoffman), Nueva York, Cambridge University Press, p. 358.

Se trata de valorar el peso relativo de ambos y no de un problema de validez, como ocurre con las reglas. Por ello, esta ponderación no significa declarar inválido el principio desplazado ni tampoco el establecimiento de una cláusula de excepción, sino tan sólo que en determinadas circunstancias un principio cede frente al otro¹².

Para realizar el juicio de ponderación Alexy señala que, considerando las circunstancias del caso, debe estatuirse entre los principios una *relación de precedencia condicionada*, es decir, tomando en cuenta el caso concreto, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras circunstancias la precedencia puede ser otra¹³.

Para ponderar y establecer una categoría axiológica para los principios en juego en el caso concreto, el juez debe hacer un juicio de valor y, para esa situación específica, sacrificar un principio aplicando el otro. Esta valoración no es en abstracto, sino respecto del posible impacto de su aplicación en el caso concreto. En otro caso las conclusiones pueden ser distintas. En consecuencia, la jerarquía establecida entre los dos principios es una jerarquía móvil, mutable¹⁴.

Lo que nos interesa es que los derechos fundamentales suelen operar como normas de principios desde la “perspectiva estructural”¹⁵. Con todo, y para precisar esta materia, no existe inconveniente en que un derecho fundamental, desde la “perspectiva sustantiva”, esté consagrado estructuralmente como regla. Por ejemplo, en el

En el caso de Grecia, consultar AKRIVOPOULOU, Christina (2007), “Greece Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights”, *Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study*, Nueva York, Routledge Cavendish, pp. 168 y 169.

Respecto de Sudáfrica, ver FEDTKE, Jörg (2007b), “From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition”, *Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study*, Nueva York, Routledge Cavendish, p. 373.

Sobre América Latina, donde las cortes constitucionales de Perú y Colombia han sido protagónicas, consultar BERNAL PULIDO, Carlos (2010), “La ponderación en el derecho constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica”, estudio preliminar del libro de T. Alexander ALEINIKOFF *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra, pp. 8 y 9.

12 ALEXY (2001), p. 89.

13 ALEXY (2001), p. 92.

14 GUASTINI, Ricardo (1999), *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 179 nota 31.

15 CONTESSE, Jorge (2002), “Reglas y principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 20, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, Edeval, p. 65.

orden internacional y constitucional, la prohibición de esclavitud. La prohibición de esclavitud es claramente un derecho fundamental y un principio “sustantivo”, pero es una “regla” desde la perspectiva estructural de Alexy. Esto es de toda lógica, dado que la diferencia de Alexy entre principios y reglas debe entenderse como estructural y no sustantiva, es decir, es instrumental, sin aludir a los valores de fondo. No cabe duda de que Alexy estima que la diferencia entre principios y reglas es sustancial y alude a la estructura misma de los derechos fundamentales¹⁶, pero esta perspectiva tiene dos problemas.

Uno, ya enunciado, es que en los textos constitucionales hay derechos fundamentales redactados como reglas en el lenguaje de Alexy, por ejemplo, la prohibición de esclavitud y servidumbre involuntaria. De ser consecuentes con este autor, debiéramos admitir que la prohibición de esclavitud no es un derecho fundamental. Por ello, Alexy intenta superar esta objeción reconociendo que en la Constitución alemana hay derechos fundamentales que son reglas, pero de tipo “incompleto”, ya que igualmente podrá haber ponderación en algunos casos¹⁷. En este tipo de casos, explica, hay razones tan fuertes que justifican el apartarse de la literalidad (regla) del texto constitucional¹⁸. Con todo, el mismo Alexy se ve obligado a admitir que hay derechos fundamentales que son reglas y que deben ser aplicados como todo o nada, salvo estos casos excepcionales en que la regla se devela como “incompleta”¹⁹.

El segundo problema se centra en las numerosas críticas a la distinción “estructural” entre principios y reglas, enfatizándose que no es absoluta y por tanto carece de rigurosidad. Hart relativiza la distinción de Dworkin entre principios y reglas, señalando que se trata de una cuestión de grado, dado que los principios en relación a las reglas son amplios, generales, inespecíficos. De esta forma, numerosas reglas diferentes pueden ser consideradas como ejemplos o instancias de un principio en particular²⁰. La incoherencia de considerar al orde-

16 ALEXY (2001), pp. 81 y ss.

17 ALEXY (2001), pp. 133-135.

18 ALEXY (2001), p. 135.

19 ALEXY (2001), p. 134.

20 HART, H. L.A. (2012), *The Concept of Law*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, p. 260.

namiento jurídico como un sistema de reglas de todo o nada y de principios no concluyentes, agrega Hart, puede ser superada si se la observa como una cuestión de grados²¹.

En efecto, las reglas pueden ser muy imprecisas por la vaguedad de su formulación o por lo sorpresivo e impredecible de las situaciones a las que se aplican. Por su parte, la aplicación de un principio puede ser bastante conclusiva, sobre todo en casos límites. Por ejemplo, en derecho de los contratos las reglas más importantes pueden ser entendidas, si uno se pone a indagar, como opciones por algún principio regulador²².

Ávila explica que “los principios no sólo explicitan valores, sino que, indirectamente, establecen especies precisas de comportamientos”, agregando que, “la regulación de las conductas mediante reglas también puede ser objeto de ponderación, aunque el comportamiento preliminarmente previsto dependa de que se satisfagan algunas condiciones para ser superado”²³. Para este autor, “un sistema no puede estar integrado únicamente por principios o únicamente por reglas. Un sistema sólo de principios sería demasiado flexible, por la falta de guías claras de conducta, lo que ocasionaría problemas de coordinación, conocimientos, costes y control de poder. Un sistema

21 HART (2012), p. 262.

22 BARROS, Enrique (1984), “Reglas y principios en el derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 2, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, Edeval, pp. 270 a 276.
En el mismo sentido, Carrió criticaba la tesis de Dworkin que distinguía entre principios y normas (principios y reglas en la terminología de este capítulo, siguiendo a ALEXY) negando la diferencia lógica entre reglas y principios, precisando que no siempre las reglas se aplican de la manera del “todo o nada”, y los conflictos entre ellas no siempre se resuelven negando la validez de una respecto de la otra, ya que muchas veces la decisión se funda en el peso relativo de una u otra pauta según el contexto. CARRIÓ, Genaro R. (1994), *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª edición corregida y aumentada, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 226.
Atria ha destacado, asimismo, que una de las características de las normas (de todo tipo de normas) es su derrotabilidad, entendida en el sentido de que la exigencia que ellas contienen debe ser cumplida en la generalidad de los casos, aunque puede ser derrotada (*defeasibility*) en otros, es decir, puede haber casos cubiertos por el significado de una regla a los cuales esta no debe ser aplicada. Atria, Fernando (2000), “Las circunstancias de la derrotabilidad”, *Sobre el razonamiento jurídico, Revista de Ciencias Sociales* N° 45, Valparaíso, Edeval, pp. 438 y 439. No se trata de que la regla tenga una excepción, caso en el cual no habría problema, sino de que la excepción es creada en la fase de adjudicación, es decir, de aplicación del derecho. Atria destaca la pérdida de protagonismo de la distinción entre principios y reglas, afirmando que “cualquier disposición jurídica puede ser entendida como una regla o como un principio, y eso depende del tipo de razones que son aceptadas en discursos de aplicación”. ATRIA (2000), p. 464.

23 ÁVILA, Humberto (2011), *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, p. 27.

sólo de reglas, aplicadas de modo formalista, sería demasiado rígido, por la falta de válvulas de apertura para la armonización de las soluciones con las particularidades de los casos concretos”²⁴.

Desde esta perspectiva, el mismo ejemplo que da Alexy para demostrar que los derechos fundamentales-reglas son incompletos y por ello hay casos en que igualmente se pondera, relativo al artículo 12 de la Constitución alemana que dispone que la libertad de elección de una profesión no está sujeta a reserva alguna, y donde el Tribunal Constitucional alemán pondera y se aparta de su tenor literal²⁵, serviría como muestra de que las reglas constitucionales y legales pueden ser derrotables en ciertos casos²⁶, y así también de la relatividad de su distinción entre reglas y principios, dado que no podría caracterizarse a las reglas como normas de aplicación *todo o nada*.

Considerando lo anterior, las conclusiones deben ser más modestas. Por regla general los derechos fundamentales son principios desde la perspectiva estructural de Alexy, pero pueden estar consagrados como reglas.

Desde una perspectiva sustantiva, todos los derechos fundamentales expresan valores esenciales de la sociedad, ya sea que estén redactados como principios o reglas.

24 ÁVILA (2011), p. 107.

25 ALEXY (2001), p. 135.

26 ATRIA (2000), pp. 348-349.

1.2 El conflicto de derechos fundamentales

Desde la teoría constitucional se han planteado una serie de posibles soluciones para resolver los conflictos de derechos fundamentales.

La primera respuesta que se ha planteado a esta problemática radica en negar el conflicto de derechos. Esta tesis supone que teniendo una “adecuada delimitación”, jamás debiera haber conflictos entre derechos fundamentales²⁷. Por lo tanto, la solución al problema planteado consistiría simplemente en delimitar el contenido del derecho de que se trata, a través de la labor interpretativa.

Entre los principales problemas que plantea esta tesis está que por lo general los derechos fundamentales son normas de principios (perspectiva estructural), de contenido abierto e indeterminado en cuanto mandatos de optimización²⁸. En el fondo, como ha enfatizado José Luis Ugarte, esta simetría entre derechos fundamentales “supone, precisamente lo que esta teoría niega que ocurra, la ponderación entre derechos fundamentales, hecha en este caso *ex ante* y en algún sentido a oscuras y escondida bajo la denominada interpretación sistémica”²⁹.

Otras tesis reconocen la existencia del conflicto, proponiendo distintas formas de solución. La primera de estas posturas entiende que no hay una respuesta que permita resolver este conflicto, razón por la cual, desde este punto de vista, la resolución del caso concreto “es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva”, que carece de una racionalidad objetiva, delegando en la subjetividad del juez la resolución del conflicto³⁰.

27 Martínez Estay citado por ALDUNATE (2008), p. 271.

28 GAMONAL C., Sergio (2008), *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, 2ª edición revisada y actualizada, Santiago, LegalPublishing, p. 42.

29 UGARTE CATALDO, José Luis (2010), *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, pp. 64 y 65.

30 UGARTE (2010), p. 65.

La segunda, se construye sobre la premisa de que los derechos están jerarquizados y que, por consiguiente, una vez reconocida dicha jerarquía el conflicto queda zanjado³¹. Esta tesis de la jerarquía ha sido criticada y denominada por Ruiz-Tagle como tesis pontificia³². Se trata, por ejemplo, de la “tesis numerológica” sostenida hace años por nuestra Corte Suprema en el caso Martorell, donde la colisión del derecho a la honra y a la libertad de expresión se falló en favor del primero, por encontrarse este ubicado “antes” que el segundo en el artículo 19 de la Constitución³³.

Pero la Constitución no establece un orden jerárquico en su artículo 19 y, de establecerlo, implicaría considerar como “reglas” a todos los derechos fundamentales. Se ha criticado a las tesis jerárquicas por ser intuitivas y, en el caso de las numerológicas, por su arbitrariedad, dado que no existe un sistema tal en los pactos internacionales de derechos humanos más relevantes, y, además, porque cuando sus defensores enumeran la jerarquía en el caso chileno, no se sigue el orden del artículo 19³⁴.

La tercera tesis planteada, a la que adscribimos, consiste en la resolución del conflicto por medio del principio de proporcionalidad y la ponderación³⁵.

1.2.1 La ponderación judicial: el dilema entre certeza y discrecionalidad

Como ya mencionamos, la ponderación o balance de principios en el caso concreto exige determinar cuál de los principios en juego debe ceder frente al otro. Esto no implica declarar inválido el principio

31 ALDUNATE (2008), p. 273.

32 RUIZ-TAGLE, Pablo (2001), “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, pp. 179-199, p. 183.

33 LEIVA FADIC, Felipe (2010), “Hacia un constitucionalismo moderado o deferente”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 73, pp. 133-170, p. 160.

34 RUIZ-TAGLE, Pablo (2001), pp. 183-187.

35 ALEXY (2001), p. 89, GUASTINI (1999), p. 170 y MELIS VALENCIA, Christian (2009), *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Santiago, LegalPublishing, pp. 104 y ss.

desplazado, ni tampoco el establecimiento de una cláusula de excepción, sino tan sólo que en determinadas circunstancias un principio cede frente al otro³⁶.

Guastini precisa que la ponderación opera en el caso de que la antinomia entre los principios sea *parcial-parcial* (los dos principios se refieren a clases de supuestos de hecho que se superponen parcialmente). Si fuera *total-total* (se contemplan consecuencias jurídicas incompatibles para idénticos supuestos), la situación sería irresoluble y si fuera *total-parcial* (los supuestos de hecho de un principio son una *subclase* de los supuestos de hecho del otro principio), el problema debería resolverse por medio del criterio de especialidad³⁷.

Alexy, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, formula la siguiente ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³⁸. La segunda ley de ponderación formulada por este autor sería así: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”³⁹. En definitiva, si bien la ponderación debe resolverse caso a caso y por ende no proporciona un parámetro de resolución estándar, sí establece qué es lo que debe fundamentarse para justificar el resultado de la ponderación⁴⁰.

Respecto del principio de proporcionalidad, si bien es cierto que “constituye una técnica aplicable a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales”⁴¹, en cuanto “parámetro de control cada vez que con objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental”⁴²,

36 ALEXY (2001), p. 89.

37 GUASTINI (1999), pp. 169 y 170.

38 ALEXY (2001), p.161.

39 ALEXY, Robert (2002), “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 66, p. 55.

40 ALEXY (2001), p. 164.

41 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006), *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, p. 386.

42 NOGUEIRA ALCALÁ (2006), p. 386.

no es menos cierto que su “traslado” a las relaciones laborales se basa en las asimetrías de poder existentes en este contrato y reconocidas por la legislación laboral, de forma tal que incluso podemos sostener que “el contrato de trabajo simula una mini sociedad, donde el Estado sería el empleador y los ciudadanos los trabajadores”⁴³. En este contexto resulta razonable exigir al empleador, en el ejercicio de sus potestades abiertas, que respete los mismos límites que el Estado al restringir los derechos fundamentales del trabajador.

Este *principio de proporcionalidad* abarca tres subprincipios: el de *adecuación o idoneidad*, relativo al control de idoneidad de la medida; el de *necesidad*, que determina la prescindibilidad o no de la intervención, estableciendo el peligro y considerando la necesidad de producir el menor daño, y el principio de *proporcionalidad en sentido estricto*, que determina la racionalidad de la intervención realizada.

La *adecuación o idoneidad* significa que el legislador, al establecer una medida determinada, debe considerar que sea idónea en el sentido de que debe ser apta para el fin perseguido. Se compone de dos elementos, legitimidad constitucional del fin buscado y adecuación de la medida, es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico relevante⁴⁴.

La *necesidad* implica que siempre deberán preferirse medidas no invasoras de los derechos fundamentales del ciudadano. Debe ser la más benigna con el derecho intervenido⁴⁵.

El examen de necesidad o de intervención mínima exige que esta cumpla los siguientes estándares⁴⁶:

1. Necesidad material: el medio usado debe ser el que afecte en menor medida los derechos fundamentales.

43 GAMONAL C., Sergio, (2004a), *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 75. En el mismo sentido, OLIVER (2011), p. 344.

44 BERNAL (2010), p. 10.

45 BERNAL (2010), p. 10.

46 NOGUEIRA (2006), pp. 387 y 388.

En consecuencia y dado lo expuesto, la proporcionalidad y ponderación en el juicio laboral será esencialmente casuística. ¿Implica lo anterior que el derecho pierde una de sus características esenciales, como es la certeza, aumentando peligrosamente el grado de discrecionalidad judicial?

2. Exigibilidad espacial: el medio usado debe ser aquel que estatuya el menor ámbito de limitación del derecho.
3. Exigibilidad temporal: la medida debe regir el menor tiempo posible.
4. Exigibilidad personal: la medida debe afectar al menor número de personas posible.

La *proporcionalidad en sentido estricto* quiere decir que el límite que imponga el legislador a los derechos fundamentales debe ser racional en cuanto a sus efectos y puede expresarse en la ley de la ponderación de Alexy, ya citada, a saber: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro⁴⁷.

¿Existe un orden de prelación en la aplicabilidad de estos parámetros? La doctrina postula la *técnica de la aplicación escalonada*⁴⁸, consistente en (1) examinar si la medida persigue un fin constitucional legítimo, (2) si es adecuada, (3) si cumple con los estándares de necesidad y (4) si se dan los elementos de la proporcionalidad en sentido estricto.

En consecuencia y dado lo expuesto, la proporcionalidad y ponderación en el juicio laboral será esencialmente casuística. ¿Implica lo anterior que el derecho pierde una de sus características esenciales, como es la certeza, aumentando peligrosamente el grado de discrecionalidad judicial?

Estimamos que no, dado que la pregunta planteada se basa en un dilema ya existente, porque el derecho laboral tradicional contempla bastantes estándares y potestades abiertas e indeterminadas. Por ejemplo, todas las normas de conducta que informan el despido disciplinario del artículo 160 (por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato) han abierto una brecha importante para los jueces del trabajo, dado lo casuístico de su aplicación.

47 UGARTE (2013), p. 89.

48 NOGUEIRA (2006), pp. 390 y 391.

Para el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta de toda lógica, dado los intensos poderes que tiene el empleador sobre el trabajador.

Si el juez no modula los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa lo hará el empleador, quedando el sujeto débil en la más absoluta indefensión.

Según revisaremos en detalle en el capítulo siguiente de esta cartilla, para el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta de toda lógica, dado los intensos poderes que tiene el empleador sobre el trabajador. Se trata no sólo de poderes económicos sino también jurídicos, que nos permiten sostener que más que una eficacia horizontal entre iguales, es más bien una *eficacia diagonal*⁴⁹.

Estas potestades y poderes directivos y sancionatorios son tan importantes que en alguna medida lo asimilan al Estado⁵⁰. Por lo tanto, estimando que se trata de una relación diagonal más que horizontal, si el juez no modula los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa lo hará el empleador, quedando el sujeto débil en la más absoluta indefensión.

En consecuencia, esta eficacia diagonal no resta certeza al derecho y, de hecho, no inhibe al legislador (quien puede regular expresamente la ponderación de derechos fundamentales en un caso concreto, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo (CT)). Por el contrario, esta eficacia diagonal limita la gran amplitud y discrecionalidad de las potestades empresariales, dando certeza al trabajador y la trabajadora frente al empleador.

Por consiguiente, lo primero que deberá consultar el juez es si la ley ha regulado específicamente el caso concreto y, por tanto, si el legislador ha hecho la ponderación de derechos, como ocurre con el artículo 154 inciso final del CT, recién citado. En este caso deberá atenerse a la disposición legal. Sin embargo, una situación como la descrita es muy excepcional, dada la gran amplitud de los poderes del empleador, que hace imposible al legislador poder situarse en todos los casos de su ejercicio abusivo. Por ello, tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad guiarán la labor del juez en la generalidad de los casos.

49 GAMONAL C., Sergio (2010), *Trabajo y derecho*, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 51 y ss., y GAMONAL C., Sergio (2011), *Cidadanía na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais*, Sao Paulo, Editora LTR, pp. 20 y ss.

50 En este sentido. GAMONAL (2004a), p. 75 y OLIVER (2011), p. 344.

En la horizontalidad de derechos el juez debe ponderar entre derechos fundamentales de la persona que trabaja y del empleador. En la eficacia diagonal, igualmente deberá ponderar considerando que el empleador es asimismo titular de derechos fundamentales.

En esta última hipótesis, ¿cuál es el rol del juez en el contexto de la eficacia diagonal de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo?

En la horizontalidad de derechos el juez debe *ponderar* entre derechos fundamentales de la persona que trabaja y del empleador. En la eficacia diagonal, igualmente deberá ponderar considerando que el empleador es asimismo titular de derechos fundamentales. No obstante, estimamos que del mismo modo se podrá aplicar el *principio de proporcionalidad* al empleador cuando utiliza las potestades amplias e indeterminadas que describiremos en el próximo capítulo⁵¹.

La ponderación se corresponde en parte con el principio de proporcionalidad, con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto⁵². De hecho, en Estados Unidos sólo se aplica la ponderación sin recurrir al resto del test de proporcionalidad (adecuación y necesidad)⁵³. Así, la ponderación de derechos fundamentales alude a la colisión de principios, hipótesis en la cual se debe, en cada caso concreto, analizar cuál de los principios en juego debe ceder frente al otro.

¿Habrán casos excepcionales en que el juez laboral no deba ponderar? Puede haberlos, al tenor de lo que hemos explicado anteriormente y considerando que hay derechos fundamentales que pueden ser reglas desde la perspectiva “estructural”. Asimismo, podría ser que el legislador (CT) haya regulado y ponderado previamente estableciendo una regla para un conflicto específico. Por ejemplo, la garantía de indemnidad (artículo 485 inciso tercero del CT)⁵⁴ o casi la mayoría de las prácticas antisindicales y desleales (por ejemplo, artículos 289 y 403).

51 En el mismo sentido, UGARTE (2013), pp. 82 y ss.

52 BERNAL (2010), p. 9.

53 Para una visión crítica de la ponderación, ver ALENIKOFF, T. Alexander (2010), *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, (traducción de Jimena Aliaga Gamarra del original en inglés de 1987), Lima, Palestra, pp. 73 y ss.

54 UGARTE CATALDO, José Luis (2018), *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*, Santiago, Thomson Reuters, p. 224.

1.2.2 La crítica a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

La idea de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales y su aplicación al contrato de trabajo ha sido también objeto de diversas críticas⁵⁵, que se centran más en el alcance de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares que en negar radicalmente esta eficacia.

En efecto, en el estadio actual del constitucionalismo contemporáneo difícilmente puede postularse que los derechos constitucionales no mantengan vigencia en el ámbito de las relaciones privadas⁵⁶.

55 Sobre las críticas a la eficacia mediata o efecto de irradiación en la doctrina alemana, ver CRUZ, Luis M. (2005), *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Editorial Comares, pp. 41 y ss.

56 En la doctrina constitucional nacional, Lovera, aunque crítico de la lectura hegemónica sobre la eficacia horizontal, ha enfatizado la relevancia de los derechos fundamentales entre particulares, en base al desarrollo legislativo de los mismos. Véase LOVERA, Domingo (2017), “Destinatario de los derechos fundamentales”, *Manual sobre derechos fundamentales*, Pablo Contreras y Constanza Salgado eds., Santiago, LOM, p. 200. Por otra parte, Aldunate critica la horizontalidad señalando que se llega al absurdo de abandonar la ley como reguladora de la extensión de la libertad de uno en relación a la libertad de otro, quedando todo esto entregado a la determinación del juez. Véase ALDUNATE (2008), p. 222.

Por su parte, Lovera destaca que el entusiasmo por la horizontalidad de derechos en la doctrina constitucional denota la influencia del “neoconstitucionalismo” y la “brecha” que existiría entre lo declarado y nuestra práctica constitucional (LOVERA, 2017, p. 198). Precisa, además, siguiendo a Aldunate, que el art. 6 de nuestra Constitución supedita a la ley (inciso tercero) la eficacia horizontal que la doctrina constitucional lee en el inciso segundo del mismo artículo (LOVERA, 2017, p. 199).

Desde la perspectiva laboral estas críticas debieran matizarse, es decir, no son trasladables del constitucionalismo a nuestra disciplina. En efecto, los laboristas también hablamos de la eficacia horizontal en nuestra disciplina, sin referirnos a la acción de protección que ha tenido efectos perversos en la misma, véase GAMONAL (2010), pp. 75-88. Por otro lado, los laboristas no somos neoconstitucionalistas, despreciando la ley como fuente del derecho. Como hemos manifestado en esta misma cartilla, lo primero que tiene que ver el juez en el procedimiento de tutela es si la ley (CT, etc.) resuelve el conflicto (véase *supra* párrafo 1.2.1). La teoría laboral no está en brecha con la práctica, en efecto, antes del procedimiento de tutela y del inciso primero del art. 5, la DT aplicaba directamente los derechos fundamentales para limitar el poder del empleador desde la década de los sesenta, GAMONAL (2004), pp. 26 a 31. Y esto nos lleva al último punto, en materia laboral no se trata de despreciar la ley, sino de que esta resulta inidónea para mitigar las relaciones de poder privadas cuando son absolutamente asimétricas (véase *infra* párrafos 1.2.2.3 y 1.2.2.4). Y, por lo mismo, la horizontalidad en materia laboral no coloca en disputa al legislador con el tribunal constitucional (Waldron), sino al empleador (que es un particular, generalmente no abogado ni juez) con el juez del trabajo. En otras palabras, si no modula el juez laboral los derechos lo hará la parte con poder social y en base a su propio beneficio. Lo vemos al escribir estas líneas con la pandemia del coronavirus. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales nace con la constitución de México y de Weimar (véase *infra* párrafo 2.1.1), por tanto abordar este tema desde la práctica chilena, o el mal funcionamiento de la acción de protección, etcétera, conlleva perder el contexto.

Un argumento que pareciera irrelevante es que la eficacia horizontal deba tener desarrollo legislativo. Es algo obvio. Desde que se legisló la tutela, la protección del trabajador ha sido mucho más efectiva. Y lo mismo ocurre con la eficacia vertical. Sin tribunales (contencioso/administrativo), sin procedimientos, sin áreas del derecho (administrativo), etcétera, es bien difícil hablar de eficacia vertical.

Como afirma Asís Roig: “Tanto el papel de las constituciones, como el propio análisis de la realidad jurídica, corroboran lo anterior. Sin embargo, lo que ya no está tan claro es la fuerza de los derechos en ese ámbito privado”⁵⁷.

En cuanto a los argumentos, se plantea que la noción originaria e histórica de los derechos humanos los configura, en forma exclusiva, en contra del Estado y no de particulares⁵⁸. Además, se postula que las relaciones *inter privatos* son reguladas democrática y objetivamente por el legislador, a diferencia de la relación *Estado/ciudadanos* donde el legislador, por razones obvias, no es imparcial y por ello se justifica una eficacia vertical de los derechos fundamentales como límites al actuar estatal⁵⁹. Se dice que la horizontalidad implica un peligro para el derecho privado, ya que operaría como un límite excesivo de la autonomía privada afectando la tradición argumentativa del derecho privado⁶⁰. Otro argumento precisa que la textura abierta de los derechos fundamentales podría ampliar más allá de lo razonable las potestades del juez y caer, de esta forma, en una abierta discrecionalidad judicial, afectándose gravemente la seguridad jurídica⁶¹.

No concordamos con estos argumentos, según expondremos a continuación.

1.2.2.1 Argumento histórico

Por lo pronto, en cuanto al origen histórico de los derechos humanos, cabe recordar el texto del artículo 18 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 24 de junio de 1793 (Constitución Jacobina), cuyo tenor establecía que: “Cualquiera puede contratar sus servicios y su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no

-
- 57 ASÍS ROIG, Rafael de (2004), Prólogo a la obra de VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, p. 9.
- 58 CORREA, Rodrigo (2004), “En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos constitucionales”, pp. 2 y ss. Este trabajo inédito se basa en la ponencia presentada el 13 de enero de 2004 en el VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, Santiago de Chile.
- 59 FERRERES COMELLA, Víctor (2001), “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, SELA 2001, p. 48.
- 60 JANA LINETZKY, Andrés (2001), “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, SELA pp. 64 y ss.
- 61 FERRERES (2001), p. 49.

es una propiedad alienable. La ley no admite la esclavitud; no puede existir más que un compromiso de servicios y retribución entre el hombre que trabaja y el que le da empleo”.

Por su parte, la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* redactada por Olympe de Gouges, en 1791, precisaba en su artículo 4 que: “La libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza y de la razón”.

Los textos anteriores no parecen concebir los derechos esenciales sólo contra el Estado, sino más bien contra cualquiera que pueda vulnerarlos⁶². Asimismo, las instituciones jurídicas evolucionan con el tiempo y no pareciera razonable permanecer anclado a una noción histórica o a las ideas del siglo XVIII y XIX donde, por ejemplo, los negros o las mujeres quedaban excluidos del ámbito de cobertura de los derechos fundamentales. Nadie podría argumentar que la extensión del derecho de voto al colectivo femenino en el siglo XX violenta la “verdadera e histórica” noción de los derechos humanos. Tampoco es admisible dicha argumentación en contra de la horizontalidad de derechos. Además, si fuéramos consecuentes con este “supuesto origen histórico” de los derechos fundamentales sólo contra los poderes públicos que, en definitiva, concentran el poder en la sociedad, tendríamos que aceptar que desde comienzos del siglo actual muchas cosas han cambiado y son numerosas las instancias de poder privadas, como por ejemplo las empresas transnacionales, algunas de las cuales tienen más recursos económicos que los países en desarrollo. Por tanto, para ser coherentes, debiera postularse su

62 Incluso, desde una perspectiva histórica, podemos encontrar derechos sociales (de los denominados de segunda generación) en las declaraciones del siglo XVIII, por ejemplo en la Constitución Jacobina de 1793, ya citada, con el derecho a un mínimo existencial (artículo 21) y el derecho ciudadano a la educación (artículo 24). HÄBERLE, Peter (1998), *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, pp. 53 y 54.

vigencia entre privados “llevando hasta sus últimas consecuencias el significado de los derechos como barreras frente al poder –frente a todo poder–”⁶³.

Desde otro punto de vista, Peces-Barba sostiene que: “Considerando el origen contractualista de la mayoría de las teorías sobre los derechos a partir del tránsito a la modernidad, y de la distinción entre estado de naturaleza y estado de sociedad, los derechos naturales, son siempre derechos en relaciones entre privados, puesto que en el Estado de naturaleza, no existe poder”⁶⁴. Por ello concluye que no procede alegar fundamento alguno de orden histórico para intentar justificar la exclusión de los derechos fundamentales del ámbito de los particulares, sino que, a la inversa: “se justifica lo contrario, que los derechos naturales, convertidos en individuales y civiles lo son frente a los terceros particulares”^{65 66}.

1.2.2.2 Supuesta objetividad del legislador

La supuesta objetividad del legislador al regular a los privados (caso en el que no sería necesaria la vigencia de los derechos fundamentales entre privados) tampoco es un argumento convincente, además de ser demasiado teórico. El legislador puede equivocarse en sus elecciones, no representar adecuadamente a sus electores o sólo representar intereses de los más poderosos en la sociedad, por lo que los derechos fundamentales deben operar como límites entre privados sobre todo frente a los desniveles de poder entre ellos, como ocurre en esta rama del derecho.

-
- 63 VENEGAS GRAU, María (2004), *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, p. 122.
- 64 PECES_BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, p. 619.
- 65 PECES_BARBA (1999), p. 620.
- 66 Tanto Grimm, con su análisis funcional de los derechos fundamentales, como Fioravanti desde una perspectiva histórica, distinguen diversos fundamentos y orígenes de estos derechos. GRIMM, Dieter (2006), *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, p. 101, y FIORAVANTI, Maurizio (1996), *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, pp. 25 y ss. Una síntesis de ambas visiones en GAMONAL (2008), pp. 70 y ss.

Además, muchas veces existe una clara asimetría entre los derechos constitucionales y las disposiciones legales, y el legislador, por razones que exceden este trabajo, tarda decenios en adecuar y modernizar la legislación, sobre todo en países latinoamericanos, realidad que es evidente en Chile. Como expresa Ermida respecto de la huelga: “Generalmente las constituciones hacen el trabajo ‘lindo’ de consagrar el derecho con bastante amplitud y luego el legislador hace el trabajo ‘sucio’ o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según cada caso”⁶⁷.

No obstante, la crítica más radical a la supuesta objetividad del legislador radica en su imposibilidad cuando intenta regular relaciones de poder entre privados. Al respecto, nos referiremos en el acápite 1.2.2.4.

1.2.2.3 Afectación de la autonomía privada

Otro argumento, respecto de los peligros de la eficacia horizontal de derechos fundamentales, es el relativo a la afectación de la autonomía privada. Sin embargo, esta objeción admite dos críticas: una general y otra específica desde la óptica del derecho laboral.

Desde un enfoque general de la autonomía privada, cabe recordar que este “dogma” ha sido ampliamente criticado y que su construcción doctrinal es tardía (de finales del siglo XIX) en relación al Código Civil francés de 1804. De hecho, fue Gounot su sistematizador en el año 1912, con la clara finalidad de criticar su alcance y validez en el derecho privado. Se pone en duda que el Código francés de 1804 consagrara realmente a la autonomía de la voluntad como auténtica fuente del derecho, ya que el mismo Código estatuyó sus límites: la ley, el orden público y las buenas costumbres⁶⁸.

Los críticos destacan que el Código de 1804, para consagrar la fuerza obligatoria de las convenciones, exige que estas hayan sido “legalmente celebradas” (artículo 1.134) y, además, dicho cuerpo legal establecía las condiciones de validez de las convenciones y contemplaba una

67 ERMIDA, Óscar (1996), *Apuntes sobre la huelga*, 2ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 133.

68 VENEGAS (2004), p. 57.

serie de consecuencias para los contratos que eran indisponibles para las partes, como en el caso de las condiciones ilícitas e inmorales (artículo 1.172 del Código de 1804)⁶⁹. En fin, para algunos no es la voluntad sino la ley la que otorga fuerza obligatoria a los pactos⁷⁰.

En la doctrina chilena, Jorge López habla de la ostensible declinación del dogma de la autonomía de la voluntad, señalando que “salta a la vista que la identidad de lo contractual con lo justo es una falacia. Únicamente en circunstancias de real igualdad entre los contratantes, podría tal idea tener alguna verosimilitud”⁷¹, agregando que “demasiado a menudo el contrato ha sido instrumento para establecer cláusulas draconianas injustas. El incrédulo no tiene más que recordar el contrato de trabajo durante la revolución industrial...”⁷². Precisa, asimismo, que “el legislador, cada vez con más frecuencia, fija *imperativamente* las cláusulas más relevantes de ciertos contratos, los que dejan de estar entregados a la libre decisión de las partes”⁷³.

Desde la perspectiva del derecho laboral, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales sólo refuerza su construcción dogmática, lejana de la del derecho privado y de la autonomía de la voluntad, ya que su consolidación se ha basado en los límites que se imponen al poder del empleador y, perfectamente, estos límites pueden ser replanteados desde los derechos fundamentales.

Además, el derecho laboral nace horizontal, en el sentido de que su práctica argumentativa conlleva limitar el poder del empleador y, por lo mismo, los verdaderos orígenes de la horizontalidad a nivel constitucional se encuentran en el nacimiento del constitucionalismo social (Constituciones de México en 1917 y Weimar en 1919)⁷⁴.

69 VENEGAS (2004), pp. 59 y 60.

70 VENEGAS (2004), p. 73.

71 LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998), *Los contratos*. Parte general, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 239.

72 LÓPEZ (1998), p. 239.

73 LÓPEZ (1998), p. 263. (La cursiva es del original.)

74 GAMONAL C., Sergio (2018), “De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 3 2018, pp. 1-28.

Por otra parte, los ataques a la libertad contractual indiscriminada en el derecho civil europeo decimonónico se basan precisamente en la situación de los trabajadores. La carencia de regulación del contrato de trabajo es considerada la mayor laguna del Código Civil francés y esta regulación constituirá un primer paso para insertar en el derecho privado los valores de justicia y de solidaridad⁷⁵. Incluso autores críticos de la eficacia horizontal, como Hesse⁷⁶ y Canaris⁷⁷, reconocen los particularismos del derecho laboral.

1.2.2.4 Aumento de la discrecionalidad judicial

Respecto de la objeción sobre el aumento de la discrecionalidad del juez y de la pérdida de seguridad jurídica, cabe comentar, para efectos del derecho laboral, que la potestad de mando del empleador configura de suyo una textura abierta e indeterminada en su favor, que debe ser ponderada por el juez y, en este contexto, claramente la horizontalidad de derechos constituye una guía insustituible para la judicatura.

75 VENEGAS (2004), p. 89.

76 Este autor indica: “En todos los ámbitos vitales que afectan a la suerte de la gran mayoría uniforme de individuos económicamente dependientes y no autónomos ha retrocedido la pretensión de vigencia del derecho civil y de su ideal jurídico. En la misma medida han avanzado hasta el primer plano los momentos colectivos y sociales como fuerzas determinantes del orden jurídico. Este desarrollo ha llevado, de manera especialmente clara por ejemplo en el derecho del trabajo, a que materias esenciales hayan escapado del ordenamiento jurídico obligatorio para todos los ciudadanos, a la formación de nuevos ámbitos jurídicos y, con ello, a la desintegración de la unidad del viejo sistema de derecho privado y de sus clásicos conceptos fundamentales”. Wieacker y otros citados por HESSE, Konrad (1995), *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, p. 72.

77 Canaris plantea que perfectamente la misma Constitución puede disponer excepcionalmente en su texto la eficacia entre terceros (particulares) de un derecho fundamental. Y da dos ejemplos y los dos son de derecho laboral. El primero es de la Constitución alemana, en su artículo 9 inciso 3, que contempla el derecho de toda persona y profesión de formar asociaciones para defender y mejorar sus condiciones económicas, disponiendo luego que: “Los convenios tendentes a restringir o impedir este derecho serán nulos e ilegales las medidas que se adopten con ese fin”. El segundo ejemplo es de la Constitución italiana, cuyo artículo 36 establece: “El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y que en todo caso sea suficiente para asegurarle, a él y a su familia, una existencia libre y digna”. CANARIS, Claus-Wilhelm (2006), “A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado Editora, p. 237.

Las citas de las constituciones alemana e italiana las hemos extraído, respectivamente, del texto de CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel editores (1994), *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª edición, Madrid, Tecnos, pp. 177 y 144.

La técnica regulatoria del poder empresarial por parte del legislador laboral es por vía de estándares y nociones válvulas⁷⁸.

Cabrelli ha precisado que los estándares laborales pueden ser de conducta y de control⁷⁹. Estos estándares pueden ser descritos como órdenes jurídicas generales al empleador acerca del tipo de conducta gerencial aceptable esperada por la ley⁸⁰.

Los estándares de conducta están dirigidos al empleador y determinan la naturaleza de la conducta que la ley ha anticipado a su respecto, constituyendo un test interno para que el mismo empleador evalúe la legalidad de sus decisiones. Los estándares de control representan un escrutinio externo de la actividad empresarial, destinado a ser efectuado por la autoridad judicial o de aplicación de la ley⁸¹. Van dirigidos al juez. Ejemplos del lenguaje estandarizado de las leyes laborales, son las voces: razonable, proporcional, racional, con el debido cuidado, equitativo, adecuado, apropiado, etcétera⁸². Muchas veces no resulta del todo claro determinar las diferencias entre ambos tipos de estándares⁸³. Los de conducta también lo son de control. Ambos pueden ser determinados por el legislador o por los mismos jueces, aunque los estándares de control propiamente tal, es decir aquellos no derivados de uno de conducta, suelen ser creados por los tribunales. Por otro lado, un estándar de conducta puede ser suavizado o reforzado en la etapa de control⁸⁴.

78 GAMONAL C., Sergio (2015), *La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el derecho del trabajo*, Santiago, Thomson Reuters LA LEY, pp. 73-77.

79 CABRELLI, David (2011), "Rules and Standards in the Workplace: A Perspective from the Field of Labour Law", *Legal Studies*, Vol. 31 N° 1, pp. 21 y ss.

Esta distinción se origina en el derecho corporativo y fue postulada por Eisenberg en los noventa. Véase EISENBERG, Melvin Aron (1993), "The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law", *Fordham Law Review*, Vol. 62, pp. 437 y ss. El estándar de conducta dispone cómo debe llevarse a cabo una actividad o rol determinado. El de control establece el test que los tribunales deben efectuar antes de imponer responsabilidad a un actor determinado, p. 437. En la mayoría de los casos estos estándares tienden a coincidir, pero en derecho corporativo no es inusual que haya divergencia entre ambos. En este tema se centra este trabajo de Eisenberg, véase EISENBERG (1993), p. 438.

80 CABRELLI (2011), p. 22.

81 CABRELLI (2011), p. 22.

82 CABRELLI (2011), p. 23.

83 CABRELLI (2011), pp. 24 y 28 y ss.

84 Estas divergencias entre estándares de conducta y de control pueden basarse en las diferencias de información; en que el riesgo de responsabilidad por los estándares de conducta puede desincentivar la asunción de roles corporativos; en que un desproporcionado riesgo por responsabilidad puede afectar la toma de de-

Si observamos el derecho laboral chileno, son numerosos los estándares de conducta y de control existentes. Como estándares de conducta podemos mencionar, a título ejemplar, el artículo 2 sobre no discriminación, la misma norma en materia de acoso sexual y acoso moral, el artículo 12 en materia de *jus variandi*, el artículo 184 sobre deber de seguridad del empleador, los artículos 3 y 507 en todo lo relativo al subterfugio y el artículo 485 inciso tercero en materia de proporcionalidad en el procedimiento de tutela.

Como estándares de control propiamente tales (de creación judicial), podemos mencionar las cláusulas tácitas y la tesis del perdón de la causal. También encontramos estándares de control como los índices de subordinación, e incluso podemos citar un estándar de control respecto del trabajador, en el caso de la proporcionalidad y razonabilidad exigida en la presunción del artículo 9.

Es por ello que, aunque la horizontalidad de derechos fundamentales pueda tener reparos desde la “óptica del derecho privado”, en el derecho laboral no ocurre lo mismo. Si, en definitiva, no es el juez quien valora estas situaciones, será el empleador, por sí y ante sí, unilateralmente, quien modulará los derechos fundamentales del trabajador según sus propias conveniencias, dada la relación de poder asimétrica existente en este vínculo. Por esto en materia laboral la horizontalidad de derechos fundamentales conlleva que, en vez de ser el empleador, sea el juez quien en definitiva determine los límites a los derechos esenciales del trabajador.

Por toda esta estandarización hicimos referencia anteriormente a la imposibilidad de una supuesta objetividad del legislador (párrafo 1.2.2.2). En otras palabras, aunque el legislador regule una relación

cisiones adecuadas desde una perspectiva económica, pero riesgosas por una eventual responsabilidad; en que a veces los tribunales difícilmente pueden determinar si la acción dañina fue razonable en la época en que fue adoptada y luego derivó en perjudicial; y en que razones institucionales aconsejan en ciertos casos una cierta deferencia judicial con las decisiones corporativas. Véase ALLEN, William T., JACOBS, Jack B. y STRINE, Leo E. Jr. (2002), “Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A critique of *Van Gorkom* and its Progeny as a Standard of Review Problem”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 96 N° 2, pp. 451 y 452, y EISENBERG (1993), pp. 461 y ss.

de poder como la laboral, dicha regulación jamás será exhaustiva y requiere actividad del juez, contexto en el cual la horizontalidad de derechos es más una ayuda que un problema.

En derecho comparado, prácticamente no se discute que los derechos fundamentales deban tener algún tipo de proyección entre particulares. El problema radica en determinar cuál es el alcance de dicha proyección. Esta interrogante puede ser trasladada a nuestra Constitución y al principio de vinculación directa: ¿cuál es el alcance de la vigencia de la Constitución entre particulares? Por ejemplo, no es lo mismo postular que el derecho positivo debe ser interpretado a la luz de los derechos fundamentales, que sostener que el juez debe fallar en base a la Constitución, aunque haya una ley que regule expresamente el conflicto de derechos.

En este punto cabe hacer referencia a la distinción entre la eficacia mediata y la inmediata. La eficacia mediata o indirecta postula que los derechos fundamentales rigen entre particulares por medio de la doble mediación del legislador y del juez⁸⁵. Los derechos fundamentales operan como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre la labor del legislador y del juez. Es decir, los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos e indirectamente a los privados. Por el contrario, la eficacia inmediata o directa señala que los derechos fundamentales rigen y obligan directamente a los particulares en los actos realizados en el ejercicio de su autonomía privada⁸⁶. Obviamente en este caso también será el juez quien, en definitiva, reconozca esta eficacia directa.

Pareciera que la discrecionalidad del juez sería menor en la eficacia mediata⁸⁷, pero en la práctica tienden a hacerse borrosas las diferencias entre una y otra.

85 VENEGAS (2004), p. 113.

86 VENEGAS (2004), p. 179.

87 Con todo, la eficacia mediata o efecto de irradiación de los derechos fundamentales ha sido también muy criticada por alguna doctrina, señalándose que “al derecho privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; este tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de

Por un lado, se ha postulado la aplicación “matizada” de la eficacia inmediata en aquellos casos en los que no existe igualdad entre las partes, sino una desigualdad fáctica y, por lo tanto, mal puede hablarse de una libertad de los contratantes que pueda verse afectada por la eficacia inmediata. Se trata, en definitiva, de una aplicación directa diferenciada que salvaguarda la autonomía privada cuando esta no se da efectivamente en los hechos⁸⁸.

Por otro lado, la eficacia mediata en su vertiente judicial postula que la influencia de los derechos fundamentales se hace patente por medio de la “interpretación del juez de las normas jurídico-privadas”, especialmente las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados del derecho privado, que limitan la autonomía privada⁸⁹. En este contexto, la diferencia entre eficacia inmediata y mediata es realmente débil⁹⁰.

Desde la vertiente legislativa, las diferencias entre ambas teorías desaparecen si es el mismo legislador quien se pronuncia sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre privados, como ocurre en el derecho laboral español⁹¹ y chileno.

Como ya señalamos, en el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales cobra especial sentido dado los intensos poderes económicos y jurídicos que detenta el empleador sobre el trabajador. Lo anterior nos permitiría sostener que se trata de una eficacia diagonal, más que de una eficacia horizontal entre iguales⁹².

más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del derecho privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante”. HESSE (1995), pp. 59 y 60. En el mismo sentido, CANARIS (2006), pp. 236 y ss.

88 VENEGAS (2004), pp. 184 y ss.

89 VENEGAS (2004), p. 168.

90 CANARIS señala críticamente cómo en aplicación de la eficacia mediata, en Alemania, el Tribunal Constitucional ha determinado que la violación de un derecho constitucional puede llevar incluso a la obligación de contratar entre particulares. CANARIS (2006), p. 233. El caso se centraba en un trabajador aprendiz que no fue contratado por sus opiniones publicadas en una revista en contra de la instalación de una usina nuclear. El empleador había estimado que las declaraciones manifestaban conformidad con el empleo de violencia en contra de la referida usina. CANARIS (2006), p. 232.

91 VENEGAS (2004), p. 202.

92 GAMONAL (2010), pp. 51 y ss., y GAMONAL (2011), pp. 20 y ss.

En este mismo orden de ideas, creemos que es el propio legislador laboral quien en cierta forma precisa los alcances de la vinculación directa en materia laboral, por medio de los artículos 5 y 485 y ss. del CT. En concordancia con lo anterior, estimamos que el principio de vinculación directa en el derecho laboral chileno debe ser entendido de la siguiente forma⁹³:

1. El CT y la legislación del trabajo deben ser interpretadas por el juez a la luz de los derechos fundamentales (eficacia mediata).
2. Si existen vacíos legales el juez no puede negarse a resolver el conflicto (principio de inexcusabilidad, artículo 76 inciso segundo de la Constitución), y en este caso perfectamente podrá aplicar directamente los derechos fundamentales (eficacia inmediata).
3. Si un precepto laboral vulnera los derechos fundamentales, el juez debe remitir la norma laboral al Tribunal Constitucional por estimarla inconstitucional, aplicando de esta forma el mecanismo que la propia Carta Fundamental estatuye en su artículo 93 N° 6 (eficacia mediata).
4. En materia laboral, el principio de vinculación directa implicará que los derechos fundamentales operarán como límite directo de las potestades abiertas que el propio CT (artículo 5 inciso primero) otorga al empleador (eficacia inmediata). Estas potestades abiertas y unilaterales pueden ser vistas como un vacío legal donde los derechos constitucionales son el límite del actuar empresarial, caso en que estaríamos en el número 2 anterior y las consecuencias serían idénticas a las descritas.



La relación de trabajo y los conflictos de Derechos Fundamentales

2.1 La “ciudadanía en la empresa” y los derechos fundamentales del trabajador⁹⁴

2.1.1 Orígenes de esta noción

El derecho del trabajo contiene en su ADN la horizontalidad de derechos. Toda su construcción dogmática apunta al particular que mantiene una posición de poder en el contrato: el empleador. Aunque no haya sido de forma explícita, la defensa de los derechos laborales desde inicios del siglo XX conllevaba implícitamente cierta eficacia horizontal de estos derechos. Por ello, no sólo es pertinente hablar de constitucionalización del derecho laboral, sino que también es posible hablar de *laboralización de los derechos constitucionales*.

Es decir, cuando los textos constitucionales adoptan cláusulas laborales en sus catálogos de derechos, como el derecho a una justa retribución, al descanso dominical o la libertad sindical, no sólo el derecho del trabajo sube de pedigrí (de rango legal a constitucional) sino que también la idea de la eficacia horizontal de los derechos llega al constitucionalismo moderno. Esto es lo que ocurre precisamente en las Constituciones mexicana de 1917 y de Weimar en 1919.

Esta eficacia horizontal también estaba presente en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde 1919, en materias como trabajo infantil, igualdad de trato, descanso semanal, prohibición del trabajo forzoso y libertad sindical⁹⁵. Materias todas que serán elevadas al rango de derechos fundamentales en las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919.

Lo anterior queda claramente reflejado en el inciso quinto (actualmente séptimo) del artículo 5 (en el Título Primero, Capítulo I, de Garantías Individuales) de la Constitución Mexicana de 1917: “El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, *y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles*” (las cursivas son

94 En la primera parte de este acápite nos hemos basado en GAMONAL (2014), pp. 73 a 82.

95 GAMONAL (2014), pp. 73 a 75.

nuestras). Se trata de la primera norma constitucional en consagrar la horizontalidad de derechos y obviamente es una norma laboral y del año 1917.

Otro precepto conocido de esta Constitución es su artículo 123 (del Título Sexto) sobre trabajo y previsión social. En él todas sus normas tienen proyección horizontal respecto del empleador, por ejemplo: límites de jornada, trabajo infantil, descanso semanal, embarazo, salario mínimo, igualdad salarial por trabajo igual sin tener en cuenta sexo o nacionalidad (párrafo VII), participación de utilidades, pago de horas extras, habitaciones obreras (párrafo XII), capacitación laboral, responsabilidad empresarial por los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (párrafo XIV), deber de higiene y seguridad y de prevención que recaer en el patrón (párrafo XV), derecho de coaligarse para empresarios y obreros (párrafo XVI), derecho de huelga para los obreros y de paro limitado a los patronos (párrafos XVII, XVIII y XIX), despido, etcétera.

De la Cueva precisaba que esta Constitución encierra una de las más grandes transformaciones jurídicas de la historia, a saber, el surgimiento de los nuevos derechos del hombre, que pueden ser definidos como: “el hombre que entrega su energía de trabajo al reino de la economía tiene derecho a que la sociedad le garantice un tratamiento y una existencia dignos”⁹⁶.

Un par de años más tarde, la Constitución de Weimar de 1919 establecía en su artículo 118 que: “Todo alemán tendrá derecho, dentro de los límites marcados por las leyes generales, a la libre emisión de sus ideas, de palabra, por escrito o mediante la imprenta, el grabado o cualquiera otro medio análogo. *Este derecho no será restringido por causa de su condición de trabajador o empleado, ni tampoco podrá nadie perjudicarles por haber hecho uso de este derecho*” (las cursivas con nuestras). Como vemos, esta norma consagra directamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador respecto del empleador (libertad de expresión).

96 DE LA CUEVA, Mario (1994), *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva*, recopilación de escritos de Mario de la Cueva realizada por Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, México, Fondo de Cultura Económica, p. 399.

Asimismo, el artículo 159 de la Constitución de Weimar disponía: “En todas las profesiones la libertad de asociación para la defensa y mejora de las condiciones del trabajo y de la vida económica deben ser garantizadas a todos los individuos. *Todos los acuerdos y medidas que pretendan restringir o impedir esta libertad son nulos*” (las cursivas son nuestras).

La doctrina alemana ha explicitado la eficacia horizontal de estos preceptos: “La relación laboral fue el primer punto de anclaje de un efecto horizontal de los derechos fundamentales. La idea directriz era neutralizar la asimetría de poder que existe de manera característica entre empleador y trabajador. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar tuvo por misión contribuir a la resolución del problema del poder social en las relaciones sociales y económicas del contrato de trabajo”⁹⁷.

El destacado laboralista Franz Neumann, en 1930, escribía acerca del alcance de los derechos constitucionales: “La libertad de coalición de los trabajadores no sólo debe tutelarse frente al Estado sino también frente a las fuerzas sociales privadas”⁹⁸.

Luego Hans Nipperdey, conocido laboralista alemán y presidente del Tribunal Federal del Trabajo entre 1954 y 1963, desarrollará la tesis de la eficacia horizontal desde la perspectiva del principio de igualdad. En 1950 publicará un trabajo acerca de la igualdad salarial de la mujer⁹⁹, donde presentará su tesis de que, si bien los derechos fundamentales rigen en vertical contra el Estado como derechos públicos subjetivos, como proponía Jellinek, algunos de estos derechos tienen también una vocación ordenadora o de principios respecto de todo el ordenamiento jurídico¹⁰⁰. Se trata de un efecto directamente normativo y vinculante en el ámbito del derecho privado.

97 SEIFERT, Achim (2012), “L’effet horizontal des droits fondamentaux”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (RTD Eur., Dalloz) 48 (4), oct.-déc. 2012, p. 803.

98 NEUMANN, Franz L. (1983), *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bolonia, Il Mulino, p. 135.

99 SARAZÁ JIMENA, Rafael (2008), *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Logroño, Universidad de La Rioja, nota 199 en p. 92.

100 SARAZÁ (2008), pp. 92 y 93.

La influencia de Nipperdey no se hizo esperar y el 3 de diciembre de 1954 el Tribunal Federal del Trabajo por él presidido, en un caso de despido de un representante de los trabajadores por promocionar el Partido Comunista durante las horas de trabajo, postuló que algunos derechos fundamentales tienen efectos en el contrato de trabajo, limitando los poderes del empleador, como el derecho a la no discriminación y a la libertad de expresión¹⁰¹.

En 1955, el Tribunal Federal del Trabajo declaró la ilegalidad de un convenio colectivo que contemplaba remuneraciones menores para las mujeres¹⁰². En 1957, el mismo tribunal amparó a una enfermera que estaba sujeta a un contrato de formación que estipulaba una cláusula de celibato, consistente en que el hospital privado donde se desempeñaba podía terminar el contrato en caso de que ella contrajera matrimonio¹⁰³. Esta cláusula fue declarada nula por vulnerar la protección del matrimonio y la familia, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, todos derechos fundamentales que rigen respecto del empleador privado.

En el derecho norteamericano, el antecedente de la horizontalidad se remonta a *Shelley v. Kraemer*, en 1948, cuando los propietarios de un condominio particular quisieron ejecutar un pacto restrictivo (*restrictive covenant*) que impedía que personas de raza negra adquirieran propiedades en el mismo, ya que dos familias de color habían adquirido casas afectadas por el pacto en dicha comunidad¹⁰⁴.

La Corte Suprema norteamericana precisó que, si bien el acuerdo de restricción era válido, los tribunales no podían aplicarlo ya que era discriminatorio¹⁰⁵. Se sostuvo unánimemente que desde el momento

101 FEDTKE (2007a), pp. 139 y 140.

102 LEWAN, Kenneth M. (1968), "The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, July 1968, pp. 583 y 584.

103 LEWAN (1968), pp. 588 y 589.

104 Una síntesis de esta sentencia se encuentra en HALL, Kermit L., editor (1999), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 283 y ss.

105 La historia detrás de este caso, en la lucha por los derechos civiles, es de gran interés. Desde inicios del siglo XX los negros de clase media norteamericana habían intentado trasladarse a mejores barrios, con la idea de que sus hijos frecuentaran colegios de mejor nivel. Sin embargo, estos acuerdos de restricción habían impedido que llegaran a vivir a barrios de blancos. Numerosas organizaciones se unieron en la lucha contra este tipo de acuerdos (la más importante fue la NAACP, Asociación Nacional para la Promoción de las Personas

en que un tribunal estatal presta su concurso a la ejecución de uno de estos contratos, estamos en presencia de una acción estatal (*state action*) y, por ello, dentro del ámbito protegido por la Enmienda XIV¹⁰⁶. En puridad, sería un caso de verticalidad dado que se estimó que si los tribunales ejecutaban este acuerdo era esta acción estatal la que vulneraba la no discriminación. No obstante, la horizontalidad también depende, en última instancia, de la coercibilidad de los tribunales.

En los años sesenta, la Corte Suprema restringió la doctrina de las *state action*¹⁰⁷. En la actualidad, la opinión mayoritaria en Estados Unidos sostiene la tesis liberal de que los derechos fundamentales sólo constituyen un límite a los poderes públicos y no así entre particulares. En consecuencia, los derechos reconocidos en la Constitución y sus enmiendas sólo vinculan al Estado y no pueden invocarse si no es en presencia de una acción estatal (*state action*) presuntamente ilícita¹⁰⁸. Lo anterior, sin perjuicio de que el legislador establezca la obligación de respeto de derechos constitucionales entre particulares como ocurre, por ejemplo, con la Ley de Derechos Civiles de 1964, cuyo Título VII se aboca a la igualdad de oportunidades en el trabajo, estatuyendo como práctica laboral ilegal la discriminación por parte del patrón respecto de sus trabajadores en diversas hipótesis planteadas en la sección 703 de la ley.

La rigidez de la tesis liberal ha sido sobrepasada por la realidad jurisprudencial norteamericana, donde se ha expandido la noción de *state action* (como en *Shelley versus Kraemer*) para efectos de tutelar derechos fundamentales entre particulares, cuando se estima que el ejercicio de un poder privado conlleva una función pública

de Color). Hubo ofensivas judiciales en casi todo el país, patrocinadas por abogados de raza negra, aunque los tribunales sostuvieron la legalidad de estos pactos claramente contrarios al *Common Law*. También hubo ofensivas de tipo mediático en periódicos e incluso académicas, en opinión de Pritchett, quien señala que la obra del sociólogo sueco Gunnar Myrdal, *El dilema americano*, denunciando las desigualdades de los negros, había calado hondo en las conciencias de posguerra. PRITCHETT, Wendell E. (2008), "Shelley v. Kraemer: Racial Liberalism and the U.S. Supreme Court", *Civil Rights Stories*, (editores: Myriam E. Gilles y Risa L. Goluboff), Nueva York, Foundations Press Thomson West, pp. 5 y ss.

- 106 BILBAO UBILLOS, Juan María (1997), *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado* (La noción de *state action* en la jurisprudencia norteamericana), Madrid, McGraw-Hill, p. 81.
- 107 CONTRERAS, Pablo (2009), *Poder privado y derechos. Eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales*, Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 103 y ss.
- 108 BILBAO (1997), p. XV.

propia del Estado (caso de las elecciones primarias y del acceso a espacios de propiedad privada) y cuando se estima que hay conexión o complicidad estatal con la conducta del privado (caso de los pactos restrictivos discriminatorios, de asociación o interdependencia entre Estado y particular, de implicación del Estado por medio de ayudas o estímulos que favorecen el actuar privado, de la concesión de licencias y de la responsabilidad por omisión). La interpretación extensiva de las *state action* ha sido objeto de diversas críticas y las decisiones jurisprudenciales han oscilado entre períodos de mayor o menor aplicación de estas interpretaciones¹⁰⁹.

Con todo, en Estados Unidos existe una excepción en su Constitución, en la Enmienda XIII, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre involuntaria. Holmes y Sunstein destacan que esta enmienda consagra una regla distinta de la tesis predominante (en EE. UU.) de la eficacia vertical de los derechos fundamentales (frente al Estado), dado que en forma explícita se prohíbe un comportamiento tradicionalmente privado, como es el tener esclavos, aunque también es una directiva para que el gobierno asegure que no haya servidumbre involuntaria¹¹⁰.

En Alemania, en el caso Lüth, de 1958, el presidente de la Agencia de Prensa de Hamburgo H. Lüth había llamado públicamente a boicotear la última película de Veit Harlan, director de cine alemán que durante el gobierno de Hitler había realizado una película antisemita. La productora cinematográfica demandó a Lüth y obtuvo, en primera instancia y luego confirmada en segunda instancia, una condena favorable porque el boicot habría vulnerado las buenas costumbres. Ante esta situación, Lüth recurre al Tribunal Constitucional por entender que había sido transgredida su libertad de expresión. Este tribunal le da la razón por estimar que el tribunal civil no había interpretado la ley al tenor de los derechos fundamentales, sin

109 BILBAO (1997), p. 54.

110 HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. (2011), *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos* (traducción de Stella Mastrangelo de la 1ª edición de 1999), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, p. 113. En el caso *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, de 1969, la Corte Suprema frente a la pregunta de si la no discriminación comprende espacios privados como los condominios de viviendas privadas, manifestó que la Enmienda XIII, a diferencia de la XIV, no requiere una acción estatal (*state action*), dado que prohíbe la esclavitud y la servidumbre involuntaria de plano, comprendiendo discriminación privada o pública. GOLUBOFF, Risa (2009), "The Thirteenth Amendment in Historical Perspective", *Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, pp. 1471 y 1472.

Aunque la horizontalidad de derechos se construyó desde el derecho laboral a inicios del siglo XX, y lo que ocurrió en sus orígenes fue una *laboralización del derecho constitucional*, la eficacia horizontal ha tenido un segundo aire muy exitoso desde fines de los años cincuenta.

considerar que estos, en su dimensión objetiva, se proyectan a todo el sistema jurídico y por ello también al derecho privado. Con esta sentencia se reconoce la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales entre particulares.

En ese mismo año, en Argentina, en el caso “Kot, Samuel S.R.L.”, la Corte Suprema de ese país da la razón al señor Kot en un caso de restricción ilegítima de derechos por parte de particulares, acogiendo de este modo un recurso de amparo para desocupar una fábrica tomada por trabajadores despedidos luego de una huelga declarada ilegal en sus inicios¹¹¹. Con esta resolución se reconoce la eficacia inmediata o directa entre particulares de los derechos fundamentales.

2.1.2 ¿En qué consiste la noción de ciudadanía en la empresa?

Para entender en qué consiste esta noción, debemos subrayar la profunda e indisoluble unión del derecho del trabajo con el derecho constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos, que puede resumirse en palabras de Héctor-Hugo Barbagelata como el “*particularismo radical* de los derechos de los trabajadores, que consiste en el reconocimiento, a título pleno, de su integración en el sistema de los derechos humanos, que está conformado por el *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*”¹¹².

Aunque la horizontalidad de derechos se construyó desde el derecho laboral a inicios del siglo XX, y lo que ocurrió en sus orígenes fue una *laboralización del derecho constitucional*, la eficacia horizontal ha tenido un segundo aire muy exitoso desde fines de los años cincuenta. En efecto, la jurisprudencia alemana ha ido postulando la idea de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares¹¹³, bajo la denominación de teoría de la “*Drittwirkung der Grundrechte*” u “*Horizontalwirkung*”¹¹⁴.

111 Copia de la sentencia completa se encuentra en www.todoelderecho.com

112 BARBAGELATA, Héctor-Hugo (2009), *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 191.

113 PÉREZ LUÑO, Antonio (1995), *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, pp. 312 y ss.

114 ALEXY (2001), pp. 512 y 513.

Es así como se habla, en los distintos ordenamientos, del sentido polivalente de los derechos esenciales laborales¹¹⁵, de la Ciudadanía en la empresa¹¹⁶ o los derechos laborales inespecíficos¹¹⁷.

De las denominaciones dadas, estimamos que la más acertada es la de *ciudadanía en la empresa*, al expresar la idea de la proyección de los derechos ciudadanos de la persona que trabaja al interior del contrato de trabajo, específicamente como límites al poder del empleador. La referencia es una noción de ciudadanía amplia y simbólica, comprensiva de cualquier trabajador, incluso los inmigrantes y los ilegales¹¹⁸.

La *horizontalidad de derechos* implica, en su versión más fuerte¹¹⁹, que los derechos humanos no sólo tienen una *eficacia vertical*, entendida como límites al Estado frente a las libertades del ciudadano, sino también una *eficacia horizontal entre particulares*.

Por consiguiente, junto con los derechos humanos laborales propiamente tales (por ejemplo, la libertad de trabajo y su protección, la justa retribución y la libertad sindical), encontramos los derechos humanos que detenta el trabajador en cuanto persona y ciudadano, derechos civiles que no debieran quedar postergados por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que sean adaptados, restringidos o modulados para dar cumplimiento al contrato.

Con esto último queremos decir, por ejemplo, que si es un derecho de todo postulante a un cargo no ser sometido a exámenes psicológicos de personalidad desvinculados con su capacidad para el trabajo, este

115 GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto (1987), *Il rapporto di lavoro*, 2ª edición, Bologna, Zanichelli, p. 15.

116 RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean (1993), *Droit du travail*, Paris, PUF, p. 539.

117 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos (1991), *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 31 y ss.

118 Se trata de una noción extensiva de “ciudadanía”, no en el sentido ocupado por la dogmática constitucional que diferencia entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía (Ferrajoli), correspondiendo estos últimos sólo a los ciudadanos, como el derecho a voto. Quizás sería más claro hablar de “derechos de la persona en la empresa” o “derechos humanos en la empresa”, pero preferimos mantener la referida denominación por ser la más utilizada, sin perjuicio de esta aclaración. Al respecto, ver FERRAJOLI, Luigi (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, p. 40. En este mismo sentido, GAMONAL (2004a), nota 11 en p. 14.

119 Sobre la distinción entre eficacia mediata o indirecta y la inmediata o directa de los derechos fundamentales entre particulares, véase *supra* párrafo 1.2.2.4.

derecho no es absoluto y perfectamente podría ser sometido a un test de personalidad una persona que pretende trabajar cuidando menores en riesgo social. Otro ejemplo lo constituyen las cámaras de seguridad, las cuales, en principio, no pueden ser instaladas con el fin de vigilar a los trabajadores, pero sí pueden implementarse por razones técnicas o de seguridad dentro de la empresa.

Por ello, se hace necesario distinguir en esta materia entre vida profesional y extraprofesional del trabajador¹²⁰ y, dentro de la vida profesional, claramente los derechos ciudadanos de la persona que trabaja operan como límite de las potestades del empleador.

Como explica Baylos, la inserción del trabajador dentro de la empresa no implica la inexistencia de consecuencias limitativas al ejercicio de sus derechos fundamentales, conformando lo que este autor denomina las “dos ciudadanía” del trabajador, una fuera y otra dentro de la empresa (esta última una ciudadanía atenuada)¹²¹.

120 COUTURIER, Gérard (1996), *Droit du travail, t.1, Les relations individuelles de travail*, Paris, PUF, p. 359.

121 BAYLOS, Antonio (1991), *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, pp. 97 y 99.

2.2 El contrato de trabajo como relación de poder

2.2.1 Las potestades de organización, dirección y punitivas del empleador

El derecho del trabajo en sus orígenes se encuentra indisolublemente unido a la Revolución Industrial, por lo que no es casualidad que su primera denominación fuera “legislación industrial”, definida como una rama del derecho que nace con el fin preciso de proteger al proletariado del siglo XIX contra la explotación generada por un “capitalismo salvaje”¹²².

Es así como la principal característica del derecho laboral ha sido su finalidad protectora de la parte débil de la relación laboral, el trabajador o trabajadora, quien pone a disposición del empleador su energía laboral en virtud de un contrato de trabajo, el cual tiene componentes que van más allá de lo meramente patrimonial.

En efecto, cuando hablamos del contrato de trabajo estamos haciendo referencia a una *relación de poder* entre privados¹²³, con cierta similitud a las relaciones de familia. Por tanto, aunque se denomine como “contrato”, la relación existente entre empleador y trabajador no significa coordinación entre ellos sino jerarquía¹²⁴. En este contexto, no resulta exagerado afirmar que, a comienzos del siglo XXI, la libertad de la mayoría de las personas depende de su relación con el Estado y también con su empleador.

Kahn-Freund observaba, respecto del contrato de trabajo, que el derecho “encubre la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos, que considera concluidos entre iguales”¹²⁵.

122 RIVERO y SAVATIER (1993), p. 34.

123 SUPIOT, Alain (1996), *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, p. 133.

124 Por ello la doctrina enfatiza que la relación laboral en particular implica una posición del empleador de poder dañar los derechos sociales y de bienestar de otros (trabajadores). En el caso inglés, revisar YOUNG (2011), p. 31.

125 KAHN-FREUND, Otto (1987), *Trabajo y derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pp. 48 y 49.

Las personas adoptan diversas decisiones en base a su libertad y autonomía, como tener una religión determinada, vestir de una forma tal o cual, tatuarse, peinarse el cabello, ocupar un aro, ordenar y programar su régimen de vida, etcétera, pero estas decisiones muchas veces están mediadas por su trabajo y por las decisiones de sus jefes. Usted es testigo de Jehová, pero no podrá salir a cualquier hora a predicar su fe; se viste de una determinada forma, pero en su trabajo deberá ocupar uniforme; le gustaría llevar a sus hijos al colegio, pero debe llegar temprano a su oficina, etcétera. Incluso, aunque usted sea “trabajador”, su empleador puede cambiarle de nombre y decir que usted es un “colaborador”, sea lo que sea que ello signifique¹²⁶. Ni que decir si usted es hostigado moralmente (*mobbing*) en su trabajo o acosado sexualmente, lo cual, bajo ciertas condiciones límites, pueden llevarlo a un estatus de servidumbre y de cuasi esclavitud.

Desde sus inicios, el elemento que caracterizó el trabajo regulado por el derecho laboral fue la *subordinación* y su ámbito de aplicación centrado preferentemente en el sector privado y en las empresas del Estado. Aunque, como veremos más adelante, la Ciudadanía en la empresa también tiene su proyección en el sector público, aunque en estricto rigor se trata de eficacia vertical de derechos¹²⁷.

Este *poder privado de una persona sobre otra* hace necesaria una protección de los derechos de la persona y la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones de trabajo¹²⁸. Por ello, la doctrina ha precisado que en el contrato de trabajo el Estado tiene un deber de protección de los derechos fundamentales del trabajador¹²⁹.

-
- 126 GAMONAL C., Sergio (2013a) “La felicidad y el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. I N° 4, p. 57.
127 OLIVER (2011), p. 347, y YOUNG (2011), p. 23.
128 VERDIER, Jean-Maurice (1990), *Droit du travail*, Paris, Dalloz, p. 8.
129 SINGER, Reinhard (2007), “Direitos fundamentais no direito do trabalho”, *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, (organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner y Ingo Sarlet), Coimbra, Almedina, p. 333.

El poder directivo puede ser definido como el conjunto de atribuciones del empleador en la relación de trabajo, en cuanto facultades otorgadas al titular de la organización productiva con el objetivo de ejercer una actividad económica.

Aceptando esta realidad del contrato de trabajo, como figura jurídica que legitima el poder de un sujeto privado (empleador) sobre otro (trabajador), debemos preguntarnos por la relevancia de este poder privado. Al respecto, es dable resaltar la gran importancia del trabajo en nuestra sociedad, ya que resulta evidente que el ejercicio de un trabajo es hoy en día la condición principal para pertenecer a la sociedad, el factor de identidad esencial. Las personas carentes de trabajo se encuentran al mismo tiempo desposeídas de todo¹³⁰. El trabajo proporciona distintas facetas de plenitud a la persona, como medio de autorrespeto, como fuente de estructura y orden en la vida cotidiana y como vehículo de autorrealización¹³¹.

Por lo anterior, es fácil concluir que la mayoría de las personas al trabajar deben hacerlo bajo la forma de una relación de subordinación¹³² y, por lo tanto, los alcances de este poder privado son del más alto interés público. En alguna medida, la historia del derecho laboral es la historia de la lucha por limitar este poder. La paradoja se da por el hecho de que ha sido imposible suprimir este poder privado y las relaciones sociales se marcan fuertemente por los vínculos laborales de los ciudadanos.

Como hemos mencionado anteriormente, el empleador tiene potestades y poderes directivos y sancionatorios muy importantes que en alguna medida lo asimilan al Estado¹³³.

El poder directivo puede ser definido como el conjunto de atribuciones del empleador en la relación de trabajo, en cuanto facultades otorgadas al titular de la organización productiva con el objetivo de ejercer una actividad económica¹³⁴.

130 MÉDA, Dominique (1996), "El valor trabajo visto en perspectiva", *Revista Internacional del Trabajo*, 1996/6, Ginebra, p. 693.

131 ELSTER, Jon (2003), "Desempleo y justicia local", *Revista Internacional de Sociología*, N° 34, pp. 169 a 173.

132 Cabe hacer presente que las personas trabajadoras del sector público también ejecutan su labor en forma subordinada, aunque su estatuto forme parte del derecho administrativo.

133 GAMONAL (2004a), p. 75 y OLIVER (2011), p. 344.

134 VALDÉS DAL RÉ, Fernando (1991), "I poteri dell'imprenditore e la persona del lavoratore", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 49, año XIII, 1991, 1, p. 50.

Estas potestades, inseparables de cualquier ordenamiento laboral, constituyen en palabras de Lyon-Caen estándares o nociones de contenido variable e indeterminado¹³⁵. El poder directivo, caracterizado como un *contenido potestativo* propio del derecho del trabajo, alude al derecho que tiene el empleador en orden a dirigir y coordinar el trabajo de sus subordinados.

Ocuparemos el término potestad siguiendo lo expuesto por Hohfeld a principios del siglo XX. Este autor indicaba que una *potestad jurídica* se corresponde con una *sujeción*.

Un cambio o una enmienda en una relación jurídica puede provenir de uno o más hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos, es decir, la persona que tiene una potestad puede efectuar un cambio en una relación jurídica en particular¹³⁶. Una potestad implica que una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados¹³⁷. La potestad es “una posición en la que se encuentra una persona cuando mediante una declaración de voluntad puede modificar la posición normativa (es decir, alguna de las normas aplicables) de otra”¹³⁸.

Hablar de potestades es ambiguo y esta situación se enraíza en las amplias acepciones de las nociones de *poder*. “A veces esta palabra quiere decir ‘potestad’ (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etcétera) y, otras veces, según el contexto, quiere decir ‘fuerza’ (potencia, poderío, dominio, dominación, etcétera)”¹³⁹. En este sentido, se ha destacado que la noción de poder es híbrida o mestiza, un concepto Jekyll-Hyde¹⁴⁰.

-
- 135 LYON-CAEN, Antoine (2002), “Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail: quelques réflexions à partir de l’expérience française”, *Les juges et le droit social* (sous la direction de Philippe Auvergnon), Burdeos, COMPTRESEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 23.
- 136 HOHFELD, W.N. (2001), *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro Carrió, 5ª edición (publicado en inglés originalmente en 1913), México, Fontarama, pp. 67 y 68.
- 137 ROSS, Alf (2005), *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª edición, Buenos Aires, Eudeba, p. 205.
- 138 ATRIA, Fernando (2007), *Mercado y ciudadanía en la educación*, Santiago, Flandes Indiano, p. 51.
- 139 CARRIÓ, Genaro R. (2001), *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª reimpression, Buenos Aires, Astrea, p. 50.
- 140 CARRIÓ (2001), p. 50.

También es posible hablar de *competencia* como un tipo especial de potestad. La potestad/competencia del empleador es excepcionalmente intensa, a diferencia de lo que ocurre en los demás casos, donde “los particulares sólo son competentes para efectuar disposiciones que los obligan a sí mismos, mientras que las autoridades públicas son competentes para obligar también a otras personas [...]. Si un particular tiene potestad para hacer disposiciones que obligan a otra persona, esta potestad estará habitualmente fundada en una disposición antecedente hecha por la otra persona”¹⁴¹.

La potestad/competencia del empleador se encuentra estatuida directamente por el legislador, lo que justifica que la misma normativa laboral le imponga límites intensos. No es posible fundar el contenido potestativo en un supuesto consentimiento del trabajador al contratar laboralmente, dado que se trata de un contenido abierto, amplio e indeterminado que, por estas características, adolecería de objeto ilícito por constituir una especie de sujeción en blanco respecto de otro particular. “El hecho objeto de un acto o contrato debe ser también determinado; debe consistir en un hecho o una abstención precisa. No se comprendería un hecho o una abstención indeterminada, cualquiera, al arbitrio del deudor, como objeto de la obligación”¹⁴².

Se ha subrayado lo excepcional de la situación del derecho laboral. Por regla general, las personas entre sí no están sujetas, como lo están respecto de los órganos del Estado, a la voluntad de otro. Esto, dado que “las reglas que regulan las relaciones entre individuos tienen una pretensión de imparcialidad entre los intereses de los sujetos a los que se les aplican que excluye que ellas sean, por regla general, modificables unilateralmente”¹⁴³.

141 ROSS (2005), p. 206.

142 DUCCI CLARO, Carlos (1984), *Derecho civil. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 274.

143 ATRIA (2007), p. 52.

Cuando excepcionalmente se consagra una potestad entre privados, se compensa el déficit de imparcialidad en que las potestades no miran al interés del sujeto que las detenta¹⁴⁴, como ocurre en el derecho de familia. Pero la gran excepción la constituyen las potestades del empleador. “Esta situación parece radicalmente excepcional, en el sentido de que el sistema jurídico no reconoce otras potestades que miren al interés del titular de la potestad”¹⁴⁵.

Es decir, el empleador es juez y parte. Y ¿cómo se compensa, entonces, el déficit de imparcialidad? Se reequilibra a través del orden público laboral.

Este contenido potestativo implica la facultad del empleador para determinar el cómo de la actividad laborativa pactada en el contrato de trabajo. Como ya precisamos, no es un poder absoluto sino que se encuentra limitado y reglamentado por la normativa laboral e, idealmente, por la negociación colectiva¹⁴⁶.

Las características generales de este contenido potestativo son las siguientes¹⁴⁷:

- a. Es un poder del empleador reconocido y otorgado por el ordenamiento laboral. Tiene su fuente en el contrato, pero su ejercicio es regulado por ley¹⁴⁸.
- b. Es un poder privado de un sujeto sobre otro. Esto implica que el legislador ha sido especialmente cuidadoso con su regulación.
- c. Es un poder de contenido indeterminado y abierto. Es una potestad abierta. Esta característica es común a los poderes de mando, reglamentación y disciplinario. Resulta imposible determinar a priori todas las alternativas o variables del trabajo diario. Esta imposibilidad se da tanto a nivel legal como contractual.

144 ATRIA (2007), p. 53.

145 ATRIA (2007), p. 56.

146 GAMONAL C., Sergio (2020), *Derecho colectivo del trabajo*, 3ª edición actualizada, Santiago, ediciones DER, pp. 229 y ss.

147 GAMONAL C., Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina (2015), *Manual del contrato de trabajo*, 4ª edición revisada y aumentada, Santiago, LegalPublishing Chile, pp. 130 y 131.

148 SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe (2002), *Diritto dei lavori*, Turín, Giappichelli, p. 114.

- d. Es un poder con sentido finalista (límite interno), es decir, sólo se lo permite para dar cumplimiento al contrato de trabajo y, por ello, la vida privada del trabajador y sus horas libres quedan, en principio, fuera de su competencia. Es funcional al objetivo del contrato.
- e. Este poder tiene su fundamento constitucional en la libre iniciativa económica.
- f. Es un poder doblemente limitado o intervenido (límites externos): por la normativa estatal y por la normativa colectiva (contrato colectivo).
- g. Es un poder limitado por los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, en los casos de conflicto deberá ponderarse entre derechos del trabajador y del empleador. Con todo, esta ponderación parte de la base que el primero se encuentra sometido al empleador y por tanto es la parte débil de la relación de trabajo. Es decir, no es una ponderación de derechos constitucionales entre iguales.
- h. Es un poder de tal entidad que su ejercicio abusivo conlleva una fuerte responsabilidad para el empleador, como ocurre, por ejemplo, en los casos de acoso sexual.

En consecuencia, este contenido potestativo tan intenso desequilibra la relación empleador/trabajador, sustrayéndola de una eficacia horizontal y colocándola más bien en la perspectiva de una eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre particulares. Como ya expusimos, no se trata de eficacia vertical, porque el empleador no tiene el mismo poder del Estado, pero tampoco es una eficacia horizontal, dadas las intensas potestades del empleador.

Como adelantamos, la contrapartida al contenido potestativo es la sujeción del trabajador o *deber de obediencia* directamente vinculado a la subordinación laboral. Por su intermedio, el trabajador debe acatar la disciplina interna de la empresa, respetar el reglamento interno y ejecutar las órdenes concretas del empleador o sus representantes. Sin duda, un gran límite a este deber está dado por el respeto de los derechos mínimos y de los derechos fundamentales del trabajador (artículo 5 del CT).

Así, este contenido comprende a su vez tres facetas distintas, a saber, la potestad de mando o dirección, la potestad de reglamentación y la potestad disciplinaria.

2.2.1.1 Potestad de mando

Una primera perspectiva del contenido potestativo del contrato de trabajo está dada por el *poder de mando o dirección*.

Al empleador corresponde una posición de supremacía dentro de la empresa¹⁴⁹, sin perjuicio de los límites generales enunciados respecto del contenido potestativo. A través de su ejercicio, el empleador dispone del trabajo realizado, ordenando cada prestación laboral y organizando el trabajo en la empresa¹⁵⁰. Por su parte, el trabajador está obligado a cumplir las instrucciones dadas por su empleador o su representante.

En virtud de este poder, el empresario tiene la facultad de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo¹⁵¹. La doctrina lo ha definido como “un poder jurídico en cuanto especifica el objeto de la obligación de trabajar y, por ende, establece los términos y el modo en que esta obligación debe cumplirse”¹⁵².

El empleador puede dirigir el trabajo, dar órdenes generales y particulares, puede controlar, fiscalizar y supervigilar la ejecución del trabajo, especificar las prestaciones de su empleado, etcétera. La manifestación más conocida de este poder es el *jus variandi*, aunque algunos autores estiman que sería una facultad independiente del poder de dirección¹⁵³. En efecto, en el derecho del trabajo, a diferencia del derecho privado de los contratos, se permite a una de las partes, el empleador, alterar ciertas condiciones contractuales por

149 MARRA, Realino (1998), *Lineamenti di diritto del lavoro*, Bolonia, Zanichelli, p. 103.

150 MONTOYA MELGAR, Alfredo (2007), *Derecho del trabajo*, 28ª edición, Madrid, Tecnos, p. 359.

151 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (2006), *Derecho del trabajo*, 24ª edición, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, p. 426

152 PERSIANI, Mattia y PROIA, Giampiero (2008), *Diritto del lavoro*, Padua, Cedam, p. 224.

153 LIZAMA PORTAL, Luis (2003), *Derecho del trabajo*, Santiago, LexisNexis, p. 79.

medio del *jus variandi*. Por lo tanto, se lo ha definido en términos amplios como “la potestad unilateral del empleador de modificar las condiciones del contrato”¹⁵⁴.

Una definición más precisa lo conceptúa como la “potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”¹⁵⁵. En nuestra doctrina se ha destacado que el *jus variandi* permite adecuar las tareas contratadas a la marcha de la producción, frente a situaciones especiales, anormales o excepcionales¹⁵⁶.

No profundizaremos en esta materia, dado que mencionamos el *jus variandi* a título meramente ejemplar¹⁵⁷.

2.2.1.2 Potestad de reglamentación

Como el empleador organiza el trabajo al interior de la empresa, lo cual puede abarcar decenas, cientos y hasta miles de trabajadores, la coordinación orientada a la producción no sólo se hace por medio de las jefaturas y puestos de mando medio, sino también a través del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (en adelante, reglamento interno).

Por otro lado, como dentro de la empresa el empleador debe resguardar la seguridad de los trabajadores, el CT le impone la obligatoriedad de dictar un reglamento interno si su empresa ocupa diez o más trabajadores o trabajadoras (artículo 153 del CT). Este reglamento interno no cubre la totalidad del poder de reglamentación. El empleador puede, además, dar instrucciones especiales por escrito (memos, circulares, etcétera) o verbalmente, pero sin duda este reglamento es el documento de reglamentación más relevante.

154 LIZAMA (2003), p. 79.

155 Plá citado por ERMIDA URIARTE, Óscar (1989), *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 31.

156 MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido (1986), *Derecho del trabajo*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, p. 239.

157 Sobre los alcances, funciones, tipos, efectos y límites del *jus variandi*, véase GAMONAL y GUIDI (2015), pp. 132-140.

El reglamento interno consiste en el “conjunto de reglas que dicta el empresario-empleador, en su establecimiento-empresa, para regular el comportamiento laboral y, aun, la conducta de sus trabajadores durante su permanencia en aquel, dentro del marco de la organización de la empresa y de los derechos, obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo”¹⁵⁸.

Incluso si trabajan nueve o menos trabajadores en la empresa, y aunque no esté obligado, el empleador siempre estará facultado para dictar su reglamento interno, el cual emana de su propio poder empresarial directivo¹⁵⁹.

Respecto del contrato de trabajo el reglamento interno puede ser *fuerza en sentido impropio*, siempre y cuando lo sea *in melius*. En consecuencia, el reglamento debe respetar el derecho estatal y los contratos de trabajo, a menos que los modifique *in melius*¹⁶⁰.

Debemos enfatizar que el reglamento interno no forma parte ni se incorpora al contrato de trabajo, dado que emana unilateralmente de la voluntad del empleador. Incluso, si luego de su dictación se firmara un anexo incorporándolo al contrato, esta incorporación adolecerá de un manto de duda, porque el trabajador subordinado difícilmente podrá oponerse. Por tanto su incorporación no podrá contener estipulaciones leoninas ni disminuir las cláusulas convenidas previamente entre las partes.

El reglamento interno se encuentra regulado en los artículos 153 a 157 del CT. En términos de esta normativa, debe contemplar los preceptos que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores. Asimismo, debe contener las obligaciones y prohibiciones a las que están sujetos los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las

158 MACCHIAVELLO (1986), p. 245.

159 MACCHIAVELLO (1986), p. 251.

160 THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (1989), *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo II, Derecho individual del trabajo, 9ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 479 y 480.

dependencias de la respectiva empresa o establecimiento. Entre sus menciones y para efectos de nuestro análisis, destaca lo dispuesto en el artículo 154 Números 5, 12 y 13 del CT.

El N° 5 dispone que este reglamento debe contener las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores. En relación a este numeral, el inciso final de la norma legal en comento establece que: “las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”, según explicaremos con más detalle más adelante.

Por su parte, según lo dispuesto en el N° 12 debe contemplar “el procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual”.

Y, por otro lado, el N° 13 establece que deberá establecer “el procedimiento al que se someterán los reclamos que se deduzcan por la infracción del artículo 62 bis”, esto es, por infracción al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo.

El reglamento interno es dictado unilateralmente por el empleador, y por ello no puede enmendar *in pejus* el contenido del contrato de trabajo (fuente en sentido impropio), sin perjuicio de que deba darse a conocer a los trabajadores, al sindicato y al comité paritario. Además, deberá enviarse al Ministerio de Salud y a la DT, los cuales pueden exigir de oficio o a petición de parte (sindicato o trabajador) modificaciones por ilegalidad o por faltar algunas de las menciones del artículo 154 del CT (arts. 153 y 156 del CT).

En el derecho chileno no existe obligación de participación alguna de las trabajadoras y trabajadores en su elaboración¹⁶¹, a diferencia de lo que ocurre en derecho comparado, donde “los trabajadores tienen intervención en la gestión de la empresa, a través de organismos de participación”¹⁶². La doctrina explica que en nuestro derecho es un acto propio de la empresa¹⁶³.

El reglamento interno, en cuanto acto soberano de la empresa, puede ser alterado por el empresario a su arbitrio, pero dichos cambios no pueden tener efecto retroactivo¹⁶⁴. Además, la norma del artículo 4 inciso segundo del CT también es aplicable al reglamento interno de la empresa, por lo cual rige respecto del nuevo empleador, sin perjuicio de que este pueda cambiarlo según lo disponen las normas legales al respecto.

El reglamento interno legítimamente aprobado igualmente tiene como límite las garantías constitucionales de los trabajadores. Asimismo, el inciso segundo del artículo 153 prescribe que en el reglamento deben estipularse las normas que tendrán que observarse para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto a los trabajadores.

2.2.1.3 Potestad disciplinaria

No cabe duda alguna de que la potestad disciplinaria constituye una de las mayores expresiones de poder privado que el derecho sanciona. Implica una especie de *poder de policía*, pero en manos de un particular: el empleador.

Desde una perspectiva sociológica, el poder disciplinario del empleador se enmarca dentro de una evolución mayor de la sociedad industrial, muy bien descrita por Foucault:

-
- 161 WALKER ERRÁZURIZ, Francisco (2003a), *Derecho de las relaciones laborales. °Un derecho vivo*, Santiago, Editorial Universitaria, p. 358.
- 162 LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2006), *Contrato individual de trabajo*, Universidad de Concepción, Colección de Manuales, Santiago, LexisNexis, p. 37.
- 163 RIVAS, Ramón (1991), “La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa”, *Contratos*, Enrique Barros Bourie (coordinador), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 201 y 202.
- 164 RIVAS (1991), p. 204.

“La riqueza de los siglos XVI y XVII se componía esencialmente de fortuna o tierras, especie monetaria o, eventualmente, letras de cambio que los individuos podían negociar. En el siglo XVIII aparece una forma de riqueza que se invierte en un nuevo tipo de materialidad que no es ya monetaria: mercancías, *stocks*, máquinas, oficinas, materias primas, mercancías en tránsito y expedición. El nacimiento del capitalismo, la transformación y aceleración de su proceso de asentamiento se traducirá en este nuevo modo de invertir materialmente las fortunas. Ahora bien, estas fortunas compuestas de *stocks*, materias primas, objetos importados, máquinas, oficinas, están directamente expuestas a la depredación. [...] el gran problema del poder en esta época es instaurar mecanismos de control que permitan la protección de esta nueva forma material de fortuna”¹⁶⁵.

En consecuencia con lo anterior, el control social se sanciona en materia laboral por medio del contenido potestativo del contrato de trabajo, especialmente, la potestad disciplinaria.

Esta dota de autoridad al empleador dentro de la empresa. Deja en claro quién manda. Con todo, la potestad disciplinaria también ha estado sujeta a límites, desde ya por la autonomía colectiva (negociación colectiva y huelga), por el encuadre que hace la misma ley laboral (dirigismo contractual) y por el consenso en cuanto a la ineficacia de los métodos coercitivos para motivar a los trabajadores, a diferencia de los elementos organizativos de coordinación e interacción mutua¹⁶⁶.

Para la doctrina laboral nacional esta potestad disciplinaria es expresión del artículo 19 Números 21 y 24 de la Constitución, relativo a la libertad para desarrollar cualquier actividad económica y al derecho de propiedad. Se ha enfatizado que “tiene por objeto mantener el orden de los trabajadores al interior de la organización y se dirige a la corrección de las conductas contrarias a la disciplina laboral”¹⁶⁷.

165 FOUCAULT, Michel (2005), *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, pp. 118 y 119.
166 BAYLOS (1991), p. 89 y nota 29.
167 LIZAMA (2003), p. 80.

Estimamos discutible el *fundamento constitucional* para un poder punitivo privado como el descrito. Hay consideraciones prácticas más que constitucionales, dado que sin este poder probablemente el contrato no se podría ejecutar y el sistema de producción industrial podría llegar a ser inviable. En este contexto, quizás es posible sostener que el derecho a la libre iniciativa económica puede sustentar este poder disciplinario¹⁶⁸.

Por el contrario, estimamos que no es posible fundar esta potestad en el derecho de propiedad. Se trata de una facultad organizativa del empleador reforzada por el CT frente a la insuficiencia de mecanismos civiles clásicos, como la resolución por incumplimiento o la indemnización de daños¹⁶⁹. El derecho de propiedad en sí no faculta para una potestad particular sancionatoria tan intensa como la descrita. Si invito a alguien a mi casa, o llevo en mi auto a una persona, el ser dueño de la casa o del auto no me faculta para sancionarlo disciplinariamente¹⁷⁰.

La potestad disciplinaria laboral se perfila como un método bastante excepcional. Las sanciones civiles son inadecuadas, ya que son aplicables a infracciones graves (resolución del contrato) o tutelan intereses distintos (indemnización por daños) a los objetivos del mantenimiento de la disciplina dentro de la empresa¹⁷¹. En alguna medida, esta potestad se vincula con la continuidad del contrato, ya que busca, en general (salvo el despido disciplinario), la conservación del vínculo más allá de las infracciones del trabajador.

Pues bien, en cuanto a su contenido, el CT permite que el empleador establezca un régimen de sanciones aplicables a los trabajadores en caso de infracciones, así como un procedimiento que hace posible determinar responsabilidades y aplicar tales castigos¹⁷². Tanto las

168 GAMONAL y GUIDI (2015), p. 147.

169 MONTOYA (2007), p. 363.

170 GAMONAL y GUIDI (2015), p. 148.

171 PERSIANI y PROIA (2008), p. 242.

172 LIZAMA (2003), p. 80.

sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y deberes del empleador, como el procedimiento destinado a determinarlas, deben establecerse en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Por lo demás, en materia de sanciones disciplinarias la ley señala las siguientes: *amonestación verbal, censura por escrito y multa*, según se especifica en el artículo 154 del CT. Con todo, cabe agregar como sanción el despido disciplinario del artículo 160 del CT.

La potestad disciplinaria es la más compleja de las potestades empresariales, ya que debe ser interpretada en forma restrictiva para impedir abusos. Los *límites* de la potestad disciplinaria son los siguientes:

- a. Las sanciones deben enmarcarse dentro de los objetivos del contrato de trabajo (límite interno).
- b. Las sanciones deben estar consagradas por ley (legalidad). Salvo en la hipótesis de acoso sexual, donde la doctrina ha postulado que sería posible, dentro de las medidas de resguardo, que el empleador suspendiera el contrato con derecho a remuneración para el acosador en casos especialmente graves y cuando no sea posible aplicar las medidas sugeridas por la ley¹⁷³.
- c. Las sanciones deben ser razonables y proporcionales a la infracción.
- d. Las sanciones no pueden ser por represalia (garantía de indemnidad), con la finalidad de acosar o abusar del trabajador.
- e. Las sanciones y la potestad disciplinaria limitan con los derechos fundamentales del trabajador, artículo 5 del CT (límite externo).

Por su parte, la posibilidad de multar al trabajador, contemplada en los artículos 154 N° 10 y 157 del CT, por incumplimiento del reglamento interno dictado por el mismo empleador, consagra una

173 LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis (2005), *Nueva ley de acoso sexual*, Santiago, LexisNexis, p. 40.

suerte de facultad de policía en favor de un sujeto privado, que obviamente debe limitar con los derechos fundamentales del afectado (trabajadora o trabajador).

En este contexto, la doctrina ha precisado que la vigencia de los derechos fundamentales al interior de la empresa ha tenido como principal efecto el limitar la potestad disciplinaria¹⁷⁴.

2.2.2 Medios tecnológicos y control del empleador en la relación de trabajo

En materia de derecho del trabajo y nuevas tecnologías, estudiaremos tres aspectos que nos parecen especialmente relevantes: la cibervigilancia, la regulación del correo electrónico corporativo y la actividad en redes sociales.

2.2.2.1 La cibervigilancia del trabajador

Los avances científicos y tecnológicos cada vez invaden más la intimidad del trabajador en el lugar de trabajo. El poder de control del empleador se ha perfeccionado y es posible vigilar la conducta de sus subordinados por medio de tecnologías invasivas de su privacidad. Se habla de *cibersubordinación*, *cibervigilancia*, *telesubordinación* o *videovigilancia*¹⁷⁵.

Los rápidos avances en esta área han implicado un cambio de paradigma en lo relativo a la vigilancia en el lugar de trabajo. Así, el control visual, descentralizado y discontinuo ejercido por los superiores jerárquicos y/o empleadores se ha transformado en un control real, centralizado e ininterrumpido, ejercido de manera constante a través de instrumentos tecnológicos tales como tarjetas de identificación personal, GPS, datos biométricos, revisión de telefonía móvil celular con transferencia de datos y multimedia, de pulsaciones y destinatarios, instalación de cámaras de video, registro físico o a través de

174 BAYLOS (1991), p. 98.

175 GAMONAL C., Sergio (2004b), "La Cibervigilancia dentro de la empresa: comentario a una sentencia de la Corte Suprema", *Revista Laboral Chilena*, junio 2004, pp. 90-94.

Aunque es posible que las videocámaras impliquen una suerte de control de la actividad del trabajador, se trata de una consecuencia accidental según lo sostenido por la DT, un efecto secundario que no puede tener consecuencia disciplinaria alguna para el dependiente.

softwares espías del computador asignado, regulación y revisión del correo electrónico personal y corporativo, revisión de *cookies* de los sitios visitados en internet, entre otras.

El control del trabajador a través de estas tecnologías ha sido justificado, por algunos empleadores, en la necesidad de proteger los bienes de la empresa, conocer el desempeño de los trabajadores en su puesto de trabajo y adoptar medidas adecuadas de higiene y seguridad dentro de la fábrica¹⁷⁶.

Por el contrario, la cibervigilancia sólo se justifica por *razones técnicas o de seguridad*, pero jamás podrá aceptarse como método de control de la labor de los trabajadores. Sin embargo, es muy frecuente que se utilice para otros fines¹⁷⁷, afectando sus derechos fundamentales. En este sentido, la Corte Suprema ha entendido que las cámaras no pueden ser utilizadas para vigilar al trabajador¹⁷⁸.

Sobre esta materia también se ha pronunciado la DT, específicamente acerca de la legalidad de los sistemas de grabación de la imagen y el sonido por medio de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana. Al respecto, ha dicho que las dos finalidades de estos sistemas de control audiovisual son: a) para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador, y b) cuando sea objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad¹⁷⁹. Sólo sería lícito en este segundo caso.

Aunque es posible que las videocámaras impliquen una suerte de control de la actividad del trabajador, se trata de una consecuencia accidental según lo sostenido por la DT, un efecto secundario que no puede tener consecuencia disciplinaria alguna para el dependiente. La DT agrega que este control sólo puede resultar lícito en la medi-

176 CHAPMAN, Anna (2002), "Vie privée et surveillance sur le lieu de travail en Australie", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 74.

177 GAMONAL y GUIDI (2015), p. 293.

178 Sentencia CS Rol 1575-2003 citada en GAMONAL (2004b), pp. 90 y ss.

179 Dictámenes de la DT N° 2328/130 de 19 de julio de 2002 y N° 2875/72 de 22 de julio de 2003.

da que se cumplan con los requisitos generales de toda medida de control (artículo 154 inciso final) y, además, con algunos requisitos singulares o específicos relacionados con el medio empleado¹⁸⁰.

Por su parte, la jurisprudencia judicial ha precisado que los mecanismos audiovisuales operan únicamente para garantizar “la seguridad” de los trabajadores y del proceso de producción, sin poder ser ocupados para otros efectos¹⁸¹.

Ahora bien, el empleador, gracias a estos avances y en base a su facultad de mando y disciplinaria, administra y gestiona la red, pudiendo adoptar las medidas técnicas necesarias para el uso adecuado del sistema informático de su empresa, por ejemplo, por medio del reglamento interno¹⁸².

180 Estos requisitos específicos son:

- a) No debe dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible, orientarse en un plano panorámico;
- b) Debe ser conocido por los trabajadores, es decir, no puede tener un carácter clandestino, y
- c) Su emplazamiento no debe abarcar lugares dedicados al esparcimiento de los trabajadores, aun cuando se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, tales como comedores y salas de descanso, así como tampoco aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como baños, casilleros, salas de vestuarios, etcétera.

En cuanto a los resultados obtenidos con estos mecanismos de control audiovisual (las grabaciones), la DT señala criterios generales relativos al contenido esencial del derecho a la intimidad del trabajador, en la perspectiva del control sobre los datos relativos a su persona:

- a) Debe garantizarse la debida custodia y almacenamiento de las grabaciones;
- b) Los trabajadores deberán tener pleno acceso a las grabaciones en las que ellos aparezcan, pudiendo en caso de autorizarlo permitir el acceso a las mismas a los representantes sindicales;
- c) En cuanto a la gestión de los datos contenidos en las grabaciones, deberá garantizarse la reserva de toda la información y datos privados del trabajador obtenidos mediante estos mecanismos de control audiovisual, excluyendo de su conocimiento a toda persona distinta al empleador y al trabajador, salvo naturalmente que la grabación sea requerida por organismos con competencia para ello. Lo anterior, de conformidad al artículo 154 bis del CT, que consagra un *habeas data* en materia laboral;
- d) El empleador deberá en un plazo razonable eliminar, sea destruyendo o regrabando, las cintas que contengan datos no relativos a la finalidad para la cual se han establecido (razones técnico-productivas o de seguridad), y
- e) Resulta del todo ilícito alterar o manipular el contenido de las grabaciones o editarlas de modo que se descontextualicen las imágenes en ellas contenidas.

La DT agregó que cualquier uso de información de las grabaciones con finalidades distintas de las que motivaron su implementación (razones técnico-productivas o de seguridad) debe ser desestimado, como por ejemplo la adopción de medidas disciplinarias por la actividad del trabajador captada en las grabaciones, lo que implicaría elevar a la categoría de principal la actividad de control de la prestación laboral mediante el uso de estos mecanismos. En este caso, se limitaría el derecho de la intimidad del trabajador, constituyendo una presión indebida a su dignidad y la anulación de todo espacio de privacidad de su persona.

Véase GAMONAL (2004a), pp. 49-54.

181 GAMONAL (2004b), pp. 90 y ss.

182 BENALCÁZAR, Isabelle De (2003), *Droit du travail et nouvelles technologies*, Paris, Montchrestien Gualino éditeur, pp. 95 y ss.

2.2.2.2 El correo electrónico corporativo

En cuanto al *correo electrónico*, cabe preguntarse si el empleador puede revisar el correo electrónico de sus trabajadores. La respuesta se vincula con el derecho a la inviolabilidad de toda comunicación privada (artículo 19 N° 5 de la Constitución), que puede ser definido como: “aquel derecho, derivación o concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada”¹⁸³.

Se trata de un derecho civil y político y su fundamento se encuentra en la dignidad humana y en la libertad de las personas.

La DT, a través de su jurisprudencia administrativa¹⁸⁴, se ha pronunciado acerca de la posibilidad de que el empleador conozca los correos electrónicos enviados y recibidos por sus trabajadores cuando el dependiente usa bienes de propiedad de la empresa. Para estos efectos, el organismo fiscalizador ponderó los derechos fundamentales en juego, a saber, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y, por otra parte, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Al respecto, precisó que lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aun cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador. Así mismo sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una proyección natural de la persona y actividad del dependiente y, por tanto, habitualmente tampoco serán controlados ni invadidos por el empleador. Por analogía, según la DT, los mismo ocurre con el correo electrónico.

183 ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2004), “Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 5, pp. 191-200, p. 192.

184 Dictamen de la DT N° 260/19 de 24 de enero de 2002.

Con todo, agrega el organismo fiscalizador, el empleador podrá regular en el reglamento interno el uso del correo electrónico. Se trata, obviamente, del correo electrónico institucional o corporativo que la empresa facilita a sus trabajadores. Además, por la misma vía podrá regularse el *uso extraproductivo* del correo electrónico¹⁸⁵.

Recientemente, en 2019¹⁸⁶, la DT estimó ajustada a derecho la cláusula contractual que a continuación se transcribe: “El ejecutivo deberá cumplir con las siguientes obligaciones: [...] k) Utilizar el servicio de correo electrónico provisto por la empresa exclusivamente para fines laborales, esto es, para llevar a cabo las tareas propias de su cargo. De consiguiente, se deja expresa constancia que todo correo electrónico enviado por el ejecutivo desde la cuenta de correo electrónico proporcionada por la empresa será copiado en forma automática y depositado en una carpeta del empleador, no teniendo por tanto el carácter de comunicación privada sino que de registro de la empresa, la que se encuentra plenamente facultada para monitorear y conocer dichos correos electrónicos, aun después de terminada la relación laboral”.

Este organismo administrativo se remite a la doctrina sostenida anteriormente en el dictamen N° 260 de 2002, ya referido, añadiendo que desde el año 2002 a la fecha de dictación del dictamen en comento,

185 En efecto, según la DT: “...podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna gerencia o unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá –en el instante– su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional”.

Concluye este dictamen señalando que “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.

Por lo tanto, la doctrina de la jurisprudencia administrativa podría resumirse de la siguiente forma:

- a) El empleador puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso del correo electrónico.
- b) El empleador, incluso, podría estatuir que todos los correos electrónicos que se remitan desde el servidor de la empresa vayan con copia a gerencia.
- c) El empleador puede regular el uso extraproductivo del correo electrónico.
- d) En ningún caso el empleador podrá conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores, por encontrarse amparados por la garantía constitucional de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Con todo, excepcionalmente podrá conocer el contenido de los correos enviados desde el servidor de la empresa en el caso indicado en la letra b.

186 Dictamen de la DT N° 5342/31 de 2019.

“el mundo del trabajo ha experimentado cambios trascendentales y acelerados en relación al uso de las tecnologías de la información, siendo el correo electrónico sólo uno de los múltiples elementos y herramientas que el empleador puede poner a disposición del trabajador para el ejercicio de sus funciones, lo cual hace necesario que este Servicio actualice su doctrina respecto a la presente materia. En razón de lo anterior, resultaría insuficiente radicar el presente análisis solamente en el correo electrónico alojado en el servidor de la empresa, cuando tanto el correo electrónico como una serie de otras herramientas tecnológicas de comunicación e información podrían, de hecho, exceder la figura tradicional de control del empleador hacia el trabajador, particularmente en caso de estas encontrarse alojadas en la ‘nube’ (*cloud computing*), lo cual entrega la posibilidad a los distintos miembros de la empresa de acceder en línea al contenido e información generado por cada trabajador en sus respectivos equipos de trabajo, permitiendo así, la posibilidad de establecer equipos de trabajo abiertos, calendarios compartidos, comunicaciones instantáneas, flujos de trabajo con aprobaciones remotas y la generación y gestión de información y documentos en forma conjunta o alternativa al correo electrónico. Es decir, el avance tecnológico hoy entrega herramientas que no solamente permiten que una jefatura tenga acceso a la información generada por un trabajador en particular, sino que inclusive faculta a que otros trabajadores tengan acceso a los documentos, información o cuentas electrónicas de sus compañeros, lo cual, evidentemente, tiene impacto en la expectativa de privacidad que hoy tiene un trabajador al momento de utilizar y compartir tales herramientas”.

En consecuencia, para la DT, si no existe regulación el trabajador cuenta con una alta expectativa de privacidad, a diferencia de cuando el empleador regula expresamente el uso del correo. La DT precisa, en este dictamen de 2019, que la revisión de un correo electrónico estará “permitida en la medida que dicha revisión sea previamente conocida por el trabajador y proporcional a las legítimas expectativas de privacidad que el trabajador tenga respecto de su casilla de correo electrónico corporativo, materia la cual este Servicio deberá siempre determinar en forma casuística”.

Para aquellos casos en que la revisión sí tiene fines investigativos, lo expresado con anterioridad no resulta aplicable, debiendo regirse en dichos casos por la doctrina previamente informada por este Servicio mediante ordinario N° 2210/035 de 5 de junio de 2009, referente a la aplicación del “principio de proporcionalidad”.

Estimamos que lo sostenido recientemente por la DT debe ser ponderado con extremo cuidado. No se trata sólo de tal o cual avance de la tecnología, sino de que estos avances, mientras más invasivos son, deben ser ponderados y limitados con mayor equilibrio en base a los derechos del trabajador o la trabajadora. La pauta no puede estar solamente determinada por las características de las nuevas tecnologías, ya que las tecnologías en sí son neutras y el derecho debe decidir sus límites.

Por otro lado, el correo personal del trabajador jamás podrá ser objeto de regulación o vigilancia.

Uno de los principales riesgos de la doctrina contenida en el dictamen en análisis consiste en que el empleador puede pretender acceder a todos los correos electrónicos del trabajador, y demás herramientas de trabajo compartidas, por el simple hecho de notificar al trabajador que no tiene expectativas de privacidad sobre las mismas, lo cual sería desproporcionado y afectaría el contenido esencial de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, como también, a nuestro juicio, de la contemplada en el artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental.

Asimismo, como revisaremos en este mismo párrafo, dicha laxitud choca frontalmente con la perspectiva penal de esta temática.

Lo anterior es especialmente significativo si examinamos la sentencia de reemplazo dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en una causa seguida en contra de Cadem S.A.¹⁸⁷ por un despido atentatorio de derechos fundamentales. En su demanda,

187 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2134-2017, de 9 de febrero de 2018.

la actora sostuvo que su despido se originó luego que Cadem S.A. revisara sin su autorización su computador y sus correos electrónicos, infringiendo su derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. La denunciada, al contestar, sostuvo que su actuación se debió a que tenía sospechas fundadas de que la actora estaba difundiendo a una empresa de la competencia información recopilada a través de los estudios que realiza, datos de terceros que tiene el deber legal de proteger según lo dispuesto en la Ley N° 19.628 sobre Protección de la vida privada, de 1999.

En la sentencia de reemplazo aludida, la Corte de Apelaciones estimó que la decisión empresarial de examinar el computador de la actora había sido conforme a las exigencias de principio de proporcionalidad y rechazó la acción de tutela interpuesta en contra de Cadem S.A., señalando lo siguiente (considerando sexto):

“...es posible inferir que la denuncia recibida en orden a que la actora estaba trabajando para la competencia, con el riesgo de estar difundiendo información que reviste las características y protección legal antes anotadas, sumado al hallazgo en su oficina de una carpeta a nombre de una empresa que no era cliente de Cadem –lo que daba credibilidad a dicha denuncia–, resultaba de una gravedad significativa para la demandada. En efecto, tales antecedentes daban cuenta de una posible conducta de máxima deslealtad por parte de la demandante, al estar proporcionando información de obligada reserva a una empresa competidora. Ello motivó una indagación en que la actora fue invitada a participar, pero a la que se rehusó, aduciendo encontrarse con licencia médica, por lo que asilándose en una facultad que contemplaba el reglamento interno, procedió a revisar el computador entregado por la empresa a dicha trabajadora y los asignados a dos jefaturas más. Y si bien esa revisión no satisfizo los requisitos que dicha normativa contempla para la revisión de computadores, esto es, que se trate de una revisión colectiva, impersonal y con la presencia del trabajador cuyo computador se inspecciona en caso que este así lo solicite, lo cierto es que fue propiciada por la existencia de dos señales o pistas –descubrimiento de encuesta perteneciente a otra empresa en la oficina de la actora y denuncia de encuestadora– que hacían entrever la posible afectación de la privacidad de datos personales y, en algunos casos, sensibles de terceros, que Cadem está

Un deber de lealtad no justifica la violación de derechos fundamentales y la propia demandada no cumplió con su propio protocolo de control, emanado de su reglamento interno, lo cual resulta claramente desproporcionado.

obligado legalmente a cautelar. Es esta actuación la que habrá de ser ponderada frente al derecho esgrimido por la trabajadora a la inviolabilidad de sus comunicaciones”.

Se agrega, en el considerando séptimo de la sentencia en comento, que “...es posible aseverar que no podía existir por parte de la demandante una expectativa fundada y razonable de privacidad o confidencialidad sobre el contenido de los correos electrónicos enviados o recibidos en su computador de trabajo, toda vez que –al estar contemplado en el reglamento interno de la empresa–, la actora sabía de antemano que dicho computador, de propiedad de su empleadora, podía ser sometido a control empresarial”.

En base a lo antedicho, concluye la Corte que la medida adoptada por la empresa estaría justificada, ya que se habría originado en sospechas de un comportamiento irregular de la denunciante y, además, tenía por objeto proteger datos personales de terceros de reserva legal obligatoria. Entendió que era razonable, pues la vulneración de información confidencial de terceros se había producido a través de equipos de la empresa. Sostuvo, además, que se trataría de una medida idónea para el fin perseguido, a saber: verificar si la trabajadora estaba compartiendo herramientas de trabajo a su competencia, y también necesaria, ya que no se vislumbra otro medio menos lesivo de los derechos fundamentales de la actora. De igual modo, entendió que la medida adoptada había sido equilibrada, porque a través de esta revisión sólo se había tomado conocimiento de datos empresariales (no personales ni familiares) de la ahora extrabajadora.

Disentimos del criterio adoptado en esta sentencia. Un deber de lealtad no justifica la violación de derechos fundamentales y la propia demandada no cumplió con su propio protocolo de control, emanado de su reglamento interno, lo cual resulta claramente desproporcionado.

Cabe recordar que el primer caso resuelto en tutela se vinculaba también con la *privacidad informática*. Se trata de la privacidad del correo electrónico privado (Hotmail) y del chat (conversaciones vía

Messenger) del trabajador¹⁸⁸. En esta causa se impugna un despido como atentatorio de derechos fundamentales. En efecto, el empleador, sin que sus trabajadores lo supieran, vigilaba y grababa sus correos electrónicos personales, así como sus conversaciones electrónicas por chat. Según el empleador, la demandante habría entregado por vía electrónica información confidencial de la empresa. En la sentencia en comento, se precisó que la comunicación por correo electrónico es privada salvo que exista una declaración de voluntad en sentido contrario.

Y se agregó que “el ciudadano común y corriente, en muchas de las actividades que desarrolla a diario, en ámbitos de privacidad, lo hace bajo la confianza, con la razonable expectativa, de que este sector de su vida no será interferido por terceros, ya que la sola posibilidad de que ello suceda, le haría moldear su comportamiento a tal extremo que su libertad para determinarse y comportarse no sería tal, ya que sería temeroso de que saliera a la luz, lo que él ha querido que sea secreto. Así respecto a la inviolabilidad de los medios de comunicación se ha señalado que ella descansa sobre los principios de autonomía, dignidad e intimidad de la persona, que se traduce en una esfera de derecho formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona, que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta en ese conocimiento”.

El tribunal declaró que la actuación del empleador resulta absolutamente desproporcionada por afectar el contenido esencial de la privacidad de la trabajadora, manifestando que “resulta desproporcionado que se haya decidido pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar

188 Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, RIT T-1-2008, 15 de septiembre de 2008. Véase ARREDONDO PACHECO, Jorge (2014), “La llegada de la reforma laboral: el famoso Caso Kronos”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, Vol. II N° 1, pp. 420 y ss..

de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas”.

En definitiva, la sentencia declaró atentatorio de derechos fundamentales el despido y ordenó pagar una indemnización equivalente a \$6.048.700. Asimismo, ordenó al empleador incluir en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad “una regulación expresa relativa a las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de los medios de comunicación electrónicos que proporciona la empresa; definiendo, en específico, un procedimiento para la revisión de los equipos y de la información que quede almacenada en carpetas y sitios no privados”. Lo anterior, en un plazo prudente no superior a dos meses¹⁸⁹.

Un criterio más protector también lo encontramos en el caso Negrete con Gesfor Chile S.A.¹⁹⁰, en donde la empresa había redireccionado el mail institucional o corporativo de un extrabajador. La gerencia leyó los mails redireccionados y presumió que otros empleados de la empresa realizaban negociaciones sobre su mismo giro, procediendo a despedirlos por causal disciplinaria.

Para la sentencia, los correos leídos eran claramente privados y sus redactores no sospechaban que estuvieran siendo revisados por la gerencia. El tribunal precisó la relación entre privacidad y mails, indicando que:

“Sólo para ilustrar la evidente privacidad de la comunicación en cuestión se cita un ejemplo: si un trabajador escribe una carta a un familiar en una hoja de papel de propiedad de la empresa y con un lápiz que ha sido proporcionado por su empleador y la dispone en un sobre cerrado (también de la empresa) indicando con precisión su destinatario; a nadie se le ocurriría pensar que, porque la empresa

189 Un comentario de este fallo desde la perspectiva del principio de protección en: ARELLANO ORTIZ, Pablo y BENFELD ESCOBAR, Johann (2017), “Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: otra mirada al caso Kronos”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 6, N° 2, pp. 3-24.

190 Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-385-2011, 16 de diciembre de 2011.

es dueña de la hoja y el sobre utilizados, pueda su empleador –legítimamente–, por ese sólo hecho, abrirla e imponerse de su contenido, justamente porque existe un ámbito indicativo de lo ‘privado’ que se basa en el contenido de la comunicación y no en el continente. En el caso de autos la empresa sabía que dicha comunicación no iba a ella destinada, sin embargo, ello no le importó porque creyó tener motivos suficientes para imponerse del contenido y servirse de él en contra del destinatario. Uno de esos motivos es que era dueña del medio y eso se debe descartar, puesto que la propiedad del medio no es determinante para calificar la privacidad de una comunicación. Del mismo modo que ser dueño del servicio de telefonía o del teléfono no habilita para escuchar las conversaciones telefónicas”.

En definitiva, se condenó a la empresa por despido vulneratorio del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, debiendo pagar una indemnización de nueve meses de remuneración al tenor del artículo 489 del CT. Concordamos con esta última sentencia, estimando que los avances tecnológicos constituyen cada vez más una invasión permanente y totalitaria de la privacidad del trabajador.

Además, un punto que no puede dejar de considerarse es la perentoriedad del artículo 19 N° 5 de la Constitución, cuyo texto consagra “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y forma determinados por la ley”.

En otras palabras, pareciera que jamás el empleador (que no es el legislador) podría determinar qué es privado y menos revisar los documentos o interceptar las comunicaciones, y menos *aún por vía del reglamento interno de su empresa*. Sin embargo, debemos matizar la afirmación anterior, dado que el artículo 485 del CT en su inciso primero hace referencia expresa al artículo 19 N° 5 respecto de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, reconociendo así que este derecho fundamental puede ser modulado al interior del contrato de trabajo. A lo anterior se une el inciso tercero de la misma norma, que dispone que serán lesionados los derechos de

los incisos anteriores cuando las facultades empresariales limiten su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Es decir, los derechos fundamentales del trabajador (entre ellos la inviolabilidad de comunicación privada) sí pueden ser limitados por el empleador, pero respetando los mencionados parámetros de proporcionalidad del artículo 485 inciso tercero. Dado que esta última norma es una ley, no se ve violentado el mandato constitucional del artículo 19 N° 5, pero considerando que en cierta forma permite que el empleador module este derecho que, según la Constitución, sólo puede ser limitado por ley, necesariamente su aplicación debe ser restrictiva y protectora del trabajador.

A lo anterior, se une la perspectiva penal del asunto. Para los penalistas no cabe duda de que el correo electrónico es una comunicación privada inviolable¹⁹¹, y desde la perspectiva criminal podría aplicarse *prima facie* el tipo penal del artículo 146 del Código Penal (CP) si el empleador revisa los correos electrónicos de sus trabajadores, incluso los utilizados desde el soporte otorgado por la empresa (correo institucional o corporativo)¹⁹². Con todo, Couso sostiene que el tipo aplicable estará en la Ley de Telecomunicaciones, N° 18.168, art. 36 B letra c, que estatuye como delito de acción pública:

“c) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM”¹⁹³, siendo también aplicable la Ley de Delitos Informáticos (que tipifica figuras penales relativas a la informática), N° 19.223, cuyo artículo 2 establece: “El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él,

191 COUSO SALAS, Jaime (2018), “Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 25, N° 2, pp. 29-76, pp. 31 y 35.

192 COUSO (2018), pp. 42 y ss.

193 COUSO (2018), pp. 53 y ss.

será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”¹⁹⁴. En este último caso, el empleador ha realizado un *hacking* “blando”, es decir, un acceso indebido sin intención de dañar el sistema o los datos¹⁹⁵.

¿Cómo armonizar la perspectiva penal con la laboral? Sobre todo con la tesis de la DT, en cuanto a que el empleador puede regular en el reglamento interno el uso del correo electrónico y determinar, en ciertos casos, que revisará los mails institucionales o corporativos enviados y por lo tanto en dichos casos no habría expectativa de confidencialidad por parte del trabajador.

Debemos recordar que el artículo 146 del CP, ya citado, establece en su inciso tercero que este delito no es aplicable “a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena”. También, que el artículo 36 B letra c de la Ley de Telecomunicaciones, anteriormente transcrito, señala que la interceptación o captación maliciosa debe ser “sin la debida autorización”. Y debemos recordar por último el tipo que hemos citado de la Ley de Delitos Informáticos, artículo 2, que también hace referencia a que la acción (apoderarse, usar o conocer) debe ser “indebida”. En otras palabras, ¿cómo aplican estas causales de justificación en materia laboral?

Couso sostiene que, efectivamente, el trabajador puede autorizar en forma expresa y para un caso concreto el acceso a su comunicación privada, es decir a su mail. Sin embargo esta autorización no podría realizarse en forma genérica en el reglamento interno, como sostiene la DT¹⁹⁶, ya que sería una renuncia al derecho fundamental respectivo¹⁹⁷.

Por nuestra parte, postulamos una postura intermedia, por un lado compartiendo el criterio del año 2002 de la DT, en el sentido de que el empleador puede advertir a los trabajadores que revisará los mails

194 COUSO (2018), pp. 59 y ss.

195 COUSO (2018), p. 60.

196 COUSO (2018), pp. 63-65.

197 COUSO (2018), p. 73.

institucionales o corporativos enviados, pero jamás los recibidos, lo que, respecto del caso del mail enviado por el trabajador, suprime la expectativa de confidencialidad en dicha comunicación. Sobre este punto, cabe recordar que el artículo 485, inciso primero y tercero, contempla el caso de que el empleador puede modular este derecho del trabajador, respetando el estándar de proporcionalidad. Por otro lado, disentimos de los criterios del dictamen de 2019, que denotan una perspectiva poco protectora y exime de delito a conductas tipificadas en el derecho chileno.

Por último, resulta fundamental mencionar la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver el caso *Barbulescu vs. Rumania*¹⁹⁸ en 2017, que concluyó que el Estado de Rumania vulneró el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), que establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Concretamente, estimó que se había vulnerado este derecho al vigilar los mensajes enviados por un trabajador a través de medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, debido a que no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso existiendo normativa en la empresa que prohibía su uso para fines personales. En este sentido, se estima que esta decisión marcó un hito fundamental en la materia. Concordamos plenamente con este criterio.

Para finalizar, cabe preguntarse por los alcances del uso extraproductivo del correo electrónico. En estas situaciones deberá ponderarse cada caso concreto para evaluar las consecuencias jurídicas de este uso extralaboral. Por un lado, un uso mínimo y razonable no podría ser sancionado, al igual que el uso del teléfono de la empresa o de los artículos de escritorio. Por el contrario, una utilización abusiva que desvía al trabajador de sus quehaceres podrá ser sancionada, según su gravedad, hasta con un despido disciplinario. Igualmente en el caso

198 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH/2017/61, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608, de 5 de septiembre de 2017.

Consideramos que para responder adecuadamente a los desafíos planteados por las TIC es recomendable regular formalmente el uso de los medios o herramientas informáticas que el empleador pone a disposición de los trabajadores bajo su dependencia para el desarrollo de los servicios convenidos en el contrato de trabajo.

de que el dependiente haya accedido a información confidencial de la empresa o a los correos de sus superiores o compañeros de trabajo, afectando la privacidad de estas personas¹⁹⁹.

Para efectos de evaluar cada caso, la doctrina menciona los siguientes *criterios*²⁰⁰: los costos de la comunicación extraproductiva; el impacto de ese uso en el proceso productivo o en los servicios; si el trabajador es emisor o receptor de correos electrónicos, caso este último donde el mero hecho de recibir y abrir un correo no involucraría responsabilidad alguna, y si existe o no un marco jurídico normativo o contractual en cuanto al derecho de comunicación en la empresa.

Por último, debemos señalar que el uso del correo electrónico para *fines sindicales* no constituye incumplimiento contractual, más aún si se considera que la legislación estatuye permisos semanales para los dirigentes sindicales, de 6 u 8 horas, para efectos de desarrollar su labor sindical (artículo 249 del CT). En esas horas de permiso, perfectamente el dirigente podrá remitir correos electrónicos a sus representados. Además, podría regularse este uso en el reglamento interno o en el contrato colectivo de la empresa.

A modo de síntesis, consideramos que para responder adecuadamente a los desafíos planteados por las TIC es recomendable regular formalmente el uso de los medios o herramientas informáticas que el empleador pone a disposición de los trabajadores bajo su dependencia para el desarrollo de los servicios convenidos en el contrato de trabajo²⁰¹.

Esta normativa deberá ponderar adecuadamente las garantías constitucionales en conflicto, respetando por un lado los derechos de titularidad del trabajador o trabajadora, a saber, respeto y protección a

199 FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel (2004), "Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines extraproductivos", *Derecho social y nuevas tecnologías*, Madrid, Cuaderno de Derecho Judicial XV, Consejo General del Poder Judicial, p. 301.

200 FALGUERA (2004), pp. 304 y ss.

201 GUIDI MOGGIA, Caterina (2009), "Proyecto de ley sobre uso de medios informáticos en el trabajo. Análisis crítico", *Actualidad Jurídica*, Tomo II enero 2009 (N° 19), Facultades de Derecho, Santiago-Concepción, Universidad del Desarrollo, p. 474.

la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el derecho a la autodeterminación informativa, y por otro, respetando también el derecho de propiedad y la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, garantías reconocidas constitucionalmente a la parte empleadora, como asimismo los principios que informan la normativa vigente en nuestro país sobre protección de datos personales²⁰².

2.2.2.3 La actividad en redes sociales

A continuación, analizaremos la *actividad en redes sociales* en el contexto de la relación de trabajo y sus eventuales consecuencias. En esta exposición limitaremos nuestro examen específicamente a las siguientes aristas:

- La colisión entre los derechos a la intimidad —a la no discriminación laboral y a la libertad de expresión— de los postulantes a un empleo, o del trabajador, en su caso, y las potestades del empleador.
- El acceso a las redes sociales por parte del trabajador durante la jornada laboral, centrándonos especialmente en la cibervigilancia, control y posibles sanciones aplicables por el empleador²⁰³.

Las redes sociales “han irrumpido con fuerza en la vida de las personas y se han convertido en un medio de sociabilización de uso masivo en el día a día. Tanto es así, que la utilización de herramientas tales como blogs, Facebook y Twitter llega, en ocasiones, a trascender el ámbito privado del usuario, afectando también al ámbito de las relaciones laborales”²⁰⁴.

Surgen en este escenario nuevos problemas por resolver desde la perspectiva del derecho del trabajo.

202 GUIDI (2009), p. 474.

203 GRANDE, Cristina y GORDILLO, Carmen, (2013) “El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (en línea), N° 855, p. 11. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/318746> (visitado el 20-01-2020). Hacemos presente que nosotros hemos agregado el derecho a la no discriminación laboral, el que también a nuestro juicio puede resultar conculcado en este caso.

204 GRANDE y GORDILLO (2013), p. 11.

Las redes sociales han sido definidas como “un espacio de diálogo y coordinación, a través del cual se vinculan personas u organizaciones en función de un objetivo común y sobre la base de normas y valores compartidos. Las redes sociales han permitido generar relaciones de colaboración, poner en común recursos, desarrollar actividades en beneficio de los participantes, ampliar y estrechar vínculos, crear sentido de pertenencia y sociabilizar conocimientos, experiencias y saberes, al establecer relaciones de intercambio y reciprocidad”²⁰⁵. Castells, por su parte, ha sostenido que son “una sociedad cuya estructura social está construida en torno a redes de información a partir de la tecnología de información microelectrónica estructurada en internet”²⁰⁶. Nos detendremos en dos de las principales características de las redes sociales *online*.

En primer término, estos servicios posibilitan el intercambio de información simultánea con un gran número de personas, sin necesidad de que los miembros de dicha red estén presentes físicamente; creándose, a su vez, una ficción de “privacidad” que permite que las palabras fluyan a la velocidad de la escritura²⁰⁷. En segundo lugar, y en relación a lo anterior, “ofrecen medios de interacción basados en perfiles personales que generan sus propios usuarios registrados, lo que ha propiciado un nivel sin precedentes de divulgación de información de carácter personal de las personas interesadas (y de terceros)”²⁰⁸.

En la *etapa de selección de personal* las empresas intentarán obtener la mayor cantidad de información posible acerca de sus futuros trabajadores, con el objeto de proyectar su desempeño laboral. Ya no serán suficientes los exámenes físicos y psíquicos para evaluar a los candidatos a un empleo, sino que como se ha informado ampliamente por la prensa nacional, “en Chile, las empresas ya utilizan las redes sociales para filtrar los candidatos, de acuerdo con los gustos

205 RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola (2013), “La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador”, *Revista IUS* (en línea), 7(31), p. 49. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100004 (visitado el 17-2-2020).

206 RAMÍREZ (2013), p. 50.

207 RAMÍREZ (2013), p. 48.

208 RAMÍREZ (2013), p. 48.

o comentarios que publican”²⁰⁹. Según se consigna en la misma noticia, a la fecha de su publicación, “al menos en el 60% de las 500 empresas más importantes de Chile están usando las redes sociales para conocer más de los candidatos y [...] permite predecir antes de la entrevista quienes son adecuados para un puesto de trabajo”. Así, Facebook serviría “para conocer datos y características del postulante, y en Twitter se puede conocer cómo piensa y opina”. Agrega que, según una investigación realizada por las Universidades Northern Illinois, Evansville y Auburn, en Estados Unidos, Facebook “ayuda a medir las capacidades y rendimientos de las personas para obtener un empleo”.

Disentimos de este tipo de investigación por redes sociales para entrevistar candidatos y decidir su reclutamiento. Viola derechos fundamentales y acrecienta el desnivel de poder y las asimetrías de información entre empleador y trabajador. En Estados Unidos, son varios los estados que han dictado legislación que prohíbe al empleador pesquisar las redes sociales en las entrevistas de trabajo (*password protection legislation*), por ejemplo, Maryland, Illinois, California, Delaware, Michigan y New Jersey²¹⁰.

Ahora bien, *durante la vigencia del contrato*, es posible distinguir dos hipótesis, a saber: la primera dice relación con el acceso a las redes sociales por parte del trabajador durante la jornada de trabajo y, la segunda, se vincula con su actividad en redes sociales y sus eventuales consecuencias desde una perspectiva laboral.

El primer problema enunciado se enlaza con las llamadas “licencias comportamentales”, relativas a aspectos que, si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone y que, como tales, no tienen por qué ser conocidas por el empleador²¹¹. Para efectos de la materia en estudio, esto justificaría, en principio,

209 Noticia publicada en el diario *El Mercurio* con fecha 27 de febrero de 2012.

210 BUCKLEY, Timothy J. (2013), “Password Protection Now: An Elaboration on the Need for Federal Password Protection Legislation and Suggestions on how to Draft it”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 31, pp. 875-892, p. 884.

211 GAMONAL (2004a), p. 51.

que el trabajador, a quien se le entregan herramientas informáticas asociadas a internet para cumplir con la prestación de servicios convenida, pueda utilizarlas para actividades ajenas al ámbito laboral.

Sin embargo, tampoco podemos olvidar que el trabajador se ha obligado a través del contrato de trabajo a prestar de buena fe determinados servicios dentro de la jornada estipulada en el mismo, y que esta obligación de ejecutar el contrato de buena fe se manifiesta, por ejemplo, en la prohibición de utilizar en su beneficio recursos que el empleador le ha proporcionado para el desempeño de sus labores²¹², siempre que estas limitaciones y restricciones le hayan sido oportunamente informadas y se respete su derecho a acceder a sitios internet/intranet gestionados por sus sindicatos y a otros sitios relacionados con el empleo, la salud y seguridad, igualdad de oportunidades y otros asuntos relevantes para sus derechos en el trabajo²¹³.

En derecho comparado, existen una serie de sentencias referidas a este tema, de las cuales es posible extraer algunos criterios orientadores. La *premisa fundamental* es la siguiente: es preferible restringir el acceso a las redes sociales que vigilar al trabajador. En este sentido se ha sostenido que se deben diseñar políticas claras sobre el uso de las herramientas informáticas, fijando directrices precisas para los trabajadores, por medio de prohibiciones absolutas o parciales²¹⁴.

212 LIZAMA (2003), p. 75.

213 BARBA RAMOS, Francisco y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2019), Miguel, "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español" (en línea), *Derecho y conocimiento*, ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho Universidad de Huelva, España, pp. 32 y 33. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333666362_Alternativas_de_regulacion_de_los_derechos_on-line_en_el_ordenamiento_laboral_espanol (visitado el 2-1-2020).

214 GRANDE y GORDILLO (2013), pp. 11 y 12. Esta conclusión la desprenden de los siguientes fallos:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, 2011. Ratifica la procedencia de un despido disciplinario por un acceso abusivo a redes sociales (Facebook y Tuenti) durante el horario de trabajo. Entiende que hay un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones, quebranto de la buena fe contractual y un abuso de confianza, quedando, además, acreditado que la empresa había realizado previas advertencias al trabajador para que cesara en su conducta.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 2011. Declara procedente el despido de un trabajador por acceder, durante su jornada, a sitios web ajenos a la actividad laboral (Facebook). Cabe precisar que la empresa había establecido las reglas de uso de sus recursos informáticos, en las que advertía expresamente que el uso del computador era para fines exclusivamente laborales y se prohibía el acceso a determinadas páginas.

Se habla de una “*escala de tolerancia*” sobre el uso asociado a las herramientas de trabajo. Así, por ejemplo, se ha acuñado el término “*e-break*” o “*e-descanso*”, donde el trabajador, a pesar de estar dentro de la jornada de trabajo, puede usar sus equipos o los del empleador para navegar en la red, acceder a su correo electrónico o a sus redes sociales²¹⁵. Se ha precisado que la supervisión recaerá sobre el tiempo que dure el “*e-descanso*” y su forma de uso, pero si el empleador deseara revisar las informaciones y contenidos publicados por el trabajador desde los equipos de la empresa, deberá contar con autorización previa para este cometido, garantizándose el derecho a la intimidad y vida privada del trabajador²¹⁶. También sería factible que se restringa el acceso deliberado a sitios web de contenido pornográfico, terrorista, que promuevan el racismo o la intolerancia, de juegos *online*, o incluso de redes sociales²¹⁷.

En el caso chileno, esto debiera materializarse en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, cumpliendo íntegramente cada uno de los requisitos contemplados para el establecimiento de las medidas de control en la norma legal pertinente y en el fallo del caso *Barbulescu vs. Rumania* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya mencionados. En este contexto, es necesario que la política de la empresa advierta a los trabajadores sobre la posibilidad de controlar y monitorear el uso de las herramientas de trabajo, pues de lo contrario, los registros efectuados serían ilícitos y, por tanto las pruebas obtenidas serían nulas²¹⁸.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 2011. Declara procedente el despido de un informático que visitaba sitios web y redes sociales a través del servidor de un cliente de la empresa, ya que a pesar de que la empresa no disponía de políticas internas de uso de herramientas de trabajo, lo cierto es que cuando el trabajador intentaba acceder a redes sociales o de ocio, aparecía un aviso que indicaba que dicho acceso estaba prohibido.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 2011. Declara improcedente el despido de un trabajador que visitaba sitios web con fines particulares durante la jornada laboral, por considerar que su conducta no revestía gravedad suficiente y la empresa no había realizado advertencias sobre restricciones a este respecto ni había informado sobre la facultad de control de las herramientas de trabajo.

215 RAMÍREZ (2013), p. 63.

216 RAMÍREZ (2013), pp. 63 y 64.

217 BARBA y RODRÍGUEZ-PIÑERO (2019), pp. 31 y ss.

218 GRANDE y GORDILLO (2013), p. 12.

¿Puede el empleador usar como justa causa de despido hechos conocidos a través de las redes sociales? ¿Resulta esto una violación a la libertad de expresión y a la privacidad del trabajador?

Por su parte, actos privados del trabajador, como cargar fotos o publicar comentarios en redes sociales, también pueden generar consecuencias en el espacio laboral. Generalmente, lo anterior se vincula con el derecho a la libertad de expresión y con la intimidad del trabajador. Por lo tanto, cabe plantearse las siguientes preguntas: ¿Puede el empleador usar como justa causa de despido hechos conocidos a través de las redes sociales? ¿Resulta esto una violación a la libertad de expresión y a la privacidad del trabajador?

En primer lugar, cabe destacar que las redes sociales posibilitan generar un perfil público de los usuarios, donde se entregan tanto información como datos personales de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de los usuarios²¹⁹. Así, como ya sostuvimos a propósito de las características de las redes sociales, se crea una ficción de “privacidad” y el trabajador puede ejercer todos sus derechos fundamentales incluyendo la libertad de expresión, lo que implica la posibilidad de publicar contenidos de su esfera íntima o relacionados con terceros incluyendo su trabajo y al empleador, lo que puede generar nuevos conflictos laborales²²⁰.

Por ello, esta problemática se vincula con la libertad de expresión y con “la expectativa de privacidad” del usuario.

Desde la perspectiva de la *libertad de expresión* y del desnivel de poder del trabajador, su libertad de expresión deberá quedar inmune de la interferencia empresarial, salvo casos excepcionales en que su ejercicio afecte directamente la imagen de la empresa por imputaciones falsas hechas por el trabajador.

Por el contrario, las expresiones del trabajador desvinculadas de los derechos constitucionales del empleador en relación a su empresa, quedan eximidas del veto empresarial. Por ejemplo, la expresión de

219 HERRERA CARPINTERO, Paloma (2016), “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile” (en línea), *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5(1), Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 93. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268> (visitado el 2-1-2020).

220 RAMÍREZ (2013), p. 48.

ideas políticas, sexuales, religiosas o de cualquier índole que se encuentre desvinculada de una afectación de derechos fundamentales del empleador²²¹.

En este mismo orden de ideas, en Estados Unidos, el National Labor Relationships Bureau protege la libertad de expresión de los trabajadores a través del concepto de “*actividad concertada protegida*”, que resguarda la discusión de temas relativos al trabajo (términos, condiciones, desempeño laboral y niveles de personal) en Facebook y otros sitios web sin temor a represalias²²².

Por su parte, la noción de “*expectativa de privacidad*” ha sido desarrollada por la jurisprudencia estadounidense para evaluar los límites del derecho a la privacidad²²³. Ahora bien, para establecer los límites del derecho a la vida privada en lo relativo a la actividad del trabajador en redes sociales, se deben considerar los siguientes elementos: grado de configuración del perfil, cantidad de contactos, y perfil del usuario indexado o no a motores de búsqueda²²⁴. Así, “la expectativa de privacidad del usuario será mayor en aquellos casos donde opte por comunicarse mediante mensajería privada, su perfil tenga un número reducido de contactos y no esté indexado a un motor de búsqueda, pues son acciones objetivas que demuestran la intencionalidad del usuario de mantener ciertas áreas de su vida excluidas del conocimiento público en general”²²⁵.

En el mismo sentido expuesto, en una sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña²²⁶, se sostuvo que “la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o

221 UGARTE (2018), p. 183.

222 La actividad concertada protegida o acción concertada está consagrada en la *National Labor Relation Act* y ha permitido interesantes acciones colectivas de los trabajadores en defensa de sus derechos, incluyendo las redes sociales. Véase GAMONAL C., Sergio y ROSADO MARZÁN, César (2019), *Principled Labor Law, U.S. Labor Law through a Latin American Method*, Nueva York, Oxford University Press, p. 48.

223 HERRERA (2016), p. 96.

224 HERRERA (2016), p. 96.

225 HERRERA (2016), p. 96.

226 3636/2007.

utiliza. La web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido”²²⁷.

Por último, sólo nos resta precisar que la doctrina ha reflexionado sobre la base de la proporcionalidad del despido, considerando además otros elementos en este razonamiento, tales como la vinculación directa entre lo publicado y su autor, el número de personas que se puede haber enterado de los comentarios, veracidad y magnitud de lo publicado, y que los comentarios sean dirigidos de manera absoluta al empleador y/o compañeros de trabajo²²⁸.

Una sentencia interesante en Chile es el caso Cabello con Sodimac²²⁹, donde el actor fue despedido por incumplimiento grave de obligaciones del contrato, luego de que la demandada accediera a un video realizado en el lugar de trabajo.

En efecto, el despido tuvo su origen en el conocimiento, a través del portal público de YouTube, de un video realizado por el demandante en una de las instalaciones de la empresa. El video habría sido subido a la red por un compañero de trabajo. Se titulaba “El succionado” y en él puede apreciarse al actor haciendo carrera para luego lanzarse contra un acopio de material aislante que se encontraba en un punto de venta en un pasillo, existiendo un espacio central donde el actor se introduce y desaparece totalmente.

En la sentencia, se desechó la demanda de tutela por estimarse que la demandada tomó conocimiento del referido video a través de un medio de comunicación público y de carácter universal, como es YouTube, por lo que no se habría vulnerado la garantía constitucional de la inviolabilidad de comunicación privada. En todo caso, se acogió la demanda por despido injustificado, dado que el tribunal

227 CARRO HERNÁNDEZ, María del Rocío y ESPINOZA C. (2012), Gabriel, “Redes sociales y el despido sanción” (en línea), *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* N° 9, enero 2012, p. 120. Disponible en: https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N9/contenido/pdf/arti_01_09.pdf (visitado el 3-1-2020).

228 CARRO y ESPINOZA (2012), pp. 122 y ss.

229 Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT T-4-2008, 27 de febrero de 2009.

Tanto la jurisprudencia administrativa como la doctrina laboral se adelantaron a las enmiendas legales que consagraron la ciudadanía en la empresa en el derecho chileno.

consideró que lanzarse sobre una espuma aislante no conlleva un incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por el contrato, y menos porque supuestamente lo disponga el reglamento interno de la empresa.

Estimamos que en este caso debió acogerse la tutela, pues el trabajador fue filmado por un tercero y este tercero subió el video. No existe responsabilidad del despedido. Y aunque el propio despedido hubiera subido el video, no se aprecia el perjuicio a la imagen de la empresa.

2.2.3 Los límites jurídicos al control del empleador. La doctrina de la Dirección del Trabajo.

Tanto la jurisprudencia administrativa como la doctrina laboral se adelantaron a las enmiendas legales que consagraron la ciudadanía en la empresa en el derecho chileno²³⁰. A continuación, revisaremos sucintamente los principales criterios sostenidos por la DT.

Existía jurisprudencia administrativa desde fines de los años sesenta sobre los sistemas de revisión, control y registro de los trabajadores al abandonar la empresa una vez finalizada su jornada de trabajo²³¹. La tesis sostenida por este organismo se basó en el respeto de la *vida privada* y de la *honra* de los trabajadores, precisando que estas medidas de control no debían atentar contra la *dignidad del trabajador*²³².

La DT postula que las *medidas de control* que la ley autoriza deben cumplir con las siguientes condiciones²³³:

230 LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis (1998), *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago, Editorial Conosur, pp. 154 y ss. En el mismo sentido, GAMONAL (1998), pp. 215 y ss.; MELIS VALENCIA, Christian (2001a), "En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales", parte I, *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 148, pp. 10 y ss. y MELIS VALENCIA, Christian (2001b), "En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales", parte II, *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 149, pp. 5 a 7; SÁEZ CARLIER, Felipe (2001), "El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales", *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 154, pp. 5 y ss., y el *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* N° 3, dedicado íntegramente a los derechos fundamentales en Chile, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2004.

231 GAMONAL (2004a), pp. 26 y ss.

232 Dictamen de la DT N° 8273/337 de 19 de diciembre de 1995.

233 Dictamen de la DT N° 8273/337 de 19 de diciembre de 1995.

1. Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a ley.
2. Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y los trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos ya señalados.
3. Las medidas, además, no deben tener un carácter prepolicial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito *sine qua non* para la legalidad de estas medidas de revisión y de control el que sean operadas por medio de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales sean la universalidad y la despersonalización de las revisiones.

De este modo, el mecanismo de selección de las personas cuyos efectos sean objeto de revisión deberá, para asegurar el rasgo de universalidad, recaer sobre todas las personas de la empresa o una sección de ella y, además, para garantizar su impersonalidad, deberá realizarse a todos y cada uno de los trabajadores o, en su defecto, establecer un sistema de sorteo que la empresa explicitará directamente en el reglamento respectivo.

La DT ha estimado no ajustadas a derecho medidas idóneas de control de los trabajadores, como la revisión de paquetes, bolsos, casilleros y el examen aleatorio y universal para determinar consumo de alcohol o drogas, por no señalar explícita y directamente el mecanismo de selección de las revisiones a fin de garantizar la universalidad y despersonalización de las mismas.

Por otro lado, la prohibición de introducir bebidas alcohólicas o drogas alucinógenas a recintos de la empresa, incluyendo los medios de transporte provistos por ella y, en el caso de las drogas, consumirlas o darlas a consumir en cualquier momento o circunstancia, ya sea antes, durante o después del trabajo, en recintos de la empresa, se considera ajustada a derecho en cuanto consiste en un legítimo ejercicio del poder disciplinario del empleador para proteger la seguridad y salubridad en la empresa, considerando, además, que su ámbito de aplicación se circunscribe al recinto de la empresa o a los medios de transporte provistos por ella²³⁴.

En cuanto a las consecuencias legales en caso de que el examen de drogas resulte positivo, la jurisprudencia administrativa ha precisado que sólo podría importar, en principio, alguna de las sanciones que contempla la ley en el marco de la facultad disciplinaria del empleador, es decir, amonestación verbal o escrita, o multa, sin perjuicio de que el empleador estime que se ha configurado una causal de despido, situación que, en definitiva, será evaluada por los tribunales de justicia²³⁵.

Por su parte, mencionaremos un caso donde el empleador obligaba a sus trabajadores a pesarse a la entrada y salida (en el sistema de control de asistencia) con el fin de controlar que no ingirieran los productos de la empresa. En esta situación, la DT discurre en el sentido de que el registro de control de asistencia no constituye un medio idóneo de revisión y control del personal, toda vez que el objetivo del mismo consiste en controlar la asistencia y determinar las horas trabajadas, no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley²³⁶.

Entre otras resoluciones, por ejemplo, tutelando la integridad psíquica del trabajador, la Dirección conoció de diversas modificaciones al reglamento interno de una empresa con el fin de establecer que los

234 Dictámenes de la DT N° 6658 de 29 de noviembre de 1996 y N° 287/14 de 11 de enero de 1996.
235 Dictámenes de la DT N° 6658 de 29 de noviembre de 1996 y N° 287/14 de 11 de enero de 1996.
236 Dictamen de la DT N° 3347/132 de 13 de junio de 1996.

postulantes a cargos de seguridad de la misma, así como el personal activo de seguridad, deberían aprobar o someterse satisfactoriamente a una prueba de polígrafo o detector de mentiras, de conformidad con el procedimiento para el uso de polígrafo que se contenía en el respectivo anexo. Se concluyó que dicho uso era contrario al orden jurídico laboral chileno²³⁷.

Otro pronunciamiento de interés es uno en el cual la DT debió resolver sobre la legalidad del sistema de grabación de la imagen y el sonido²³⁸. Como ya explicamos, en este caso, se indicó que era posible considerar dos posibles finalidades en la implementación de estos sistemas de control audiovisual: a) para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador, y b) cuando sea objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad. El primer caso atenta contra la privacidad del trabajador, pero el segundo es lícito, aunque implique una suerte de control de la actividad del trabajador, pero se trata de una consecuencia *accidental*, un efecto secundario que no puede significar medidas disciplinarias para el trabajador²³⁹.

En otras resoluciones, la DT declaró atentatorio de derechos fundamentales (derecho a la intimidad, libertad de trabajo y debido proceso) la exigencia de que los trabajadores necesitaran autorización de un comité de ética para hacer clases, efectuar publicaciones o presentaciones donde se pudiera producir un eventual “conflicto de intereses” con la compañía²⁴⁰.

Se ha declarado también atentatorio de derechos fundamentales la “exigencia de una conducta personal intachable” dado que este tipo de comportamientos sólo podrían pactarse a condición de que los mismos importen un comportamiento estrictamente laboral, en

237 Dictamen N° 684/50 de 6 de febrero de 1997.

238 Dictamen N° 2328/130 de 19 de julio de 2002.

239 En el mismo sentido la Corte Suprema, GAMONAL (2004b), pp. 90 y ss.

240 Dictamen N° 2697/41 de 7 de julio de 2009.

consideración a la naturaleza de los servicios contratados, no pudiendo extenderse a otras conductas personales que quedan dentro del ámbito de la vida privada del trabajador²⁴¹.

241 Dictamen N° 5.516/326 de 4 de noviembre de 1999.

2.3 Autonomía colectiva y conflicto constitucional. La libertad sindical.

El ejercicio de la libertad sindical puede colisionar con otros derechos fundamentales y el ejemplo clásico es el de la huelga en servicios esenciales.

La huelga en servicios esenciales no es una huelga común y corriente, ya que sus efectos recaen en terceros ajenos al conflicto, incidiendo en los consumidores que ocupan estos servicios los cuales son también trabajadoras y trabajadores. Por ello, este tipo de conflicto ha sido definido como terciario, tanto por recaer generalmente en el sector servicios como por sus efectos sobre terceros²⁴².

El daño producido en una huelga de servicios esenciales es difícilmente determinable, situación que se agrava cuando dichos servicios son de carácter monopólico. Por lo anterior, el legislador intenta armonizar el derecho de huelga en estos servicios con los intereses y derechos de los terceros, al tenor del principio de “continuidad del servicio público”²⁴³.

Las formas de regulación de estos conflictos difieren en los distintos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, no es lo mismo que los servicios esenciales sean determinados por ley o por la autonomía colectiva, o que sean enumerados o comprendidos en una definición más o menos amplia.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha estimado que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población (en sentido estricto)²⁴⁴. Estos servicios pueden ser públicos o privados.

242 CURZIO, Pietro (1992), *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Bari, Cacucci, p. 18.

243 VARAS MARCHANT, Karla (2019), *Derecho a huelga: los límites derivados de la protección de terceros*, Santiago, Ediciones DER, p. 42.

244 OIT (1994), *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 75.

Asimismo, están los “servicios esenciales por extensión”, cuando un servicio no esencial deviene en esencial si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere tal dimensión que puedan correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población, caso en el cual la autoridad podrá establecer un servicio mínimo a fin de resguardar los intereses de terceros o evitar daños irreparables²⁴⁵.

En los servicios esenciales, a diferencia de lo que ocurre en los servicios esenciales por extensión, pueden establecerse restricciones más intensas que el establecimiento de un servicio mínimo, que pueden incluso consistir en prohibiciones a la huelga, siempre que estas vayan acompañadas de garantías compensatorias²⁴⁶. Estas garantías compensatorias son definidas como “procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas y en que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente”²⁴⁷.

Las restricciones pueden significar la exigencia de un aviso previo o el mantenimiento de servicios mínimos, un régimen de turnos en la mayoría de los casos, la prohibición o abstención de ejercer el derecho de huelga en ciertos períodos del año, la promoción de fórmulas de negociación, conciliación, mediación y arbitraje, llegando inclusive al establecimiento del arbitraje obligatorio²⁴⁸.

También las restricciones pueden implicar dar publicidad a los usuarios acerca de los alcances de la huelga, la prohibición de huelgas sorpresa, rotatorias, intermitentes, de las huelgas políticas, de las huelgas de solidaridad, de huelgas conjuntas en el mismo sector o de huelgas sucesivas (períodos de enfriamiento)²⁴⁹.

La temática de la huelga en servicios esenciales tiende a invisibilizar las responsabilidades de la empresa prestadora, que es privada y no pública en muchos casos. Llegada la huelga debemos preguntarnos

245 OIT, 1994, pp. 75 y 76.

246 OIT, 1994, p. 76.

247 Definición del Comité de Libertad Sindical citada por ERMIDA (1996), p. 174.

248 ERMIDA (1996), p. 166.

249 VARAS (2019), pp. 276 y 277.

¿cuál es la responsabilidad de esa empresa privada que, arriesgando la prestación de un servicio esencial, ha permitido que el conflicto llegue a hasta ese punto? En otras palabras, debiéramos preguntarnos no sólo por esa huelga que afecta a terceros, sino también por los motivos del conflicto y las razones que lo sustentan, que perfectamente podrían estar en sintonía con los usuarios afectados²⁵⁰.

Nuestro CT estatuye diversas regulaciones y límites respecto de los servicios esenciales, generalmente vulneratorios de la libertad sindical²⁵¹, que no analizaremos en detalle dada la naturaleza de esta cartilla.

250 VARAS (2019), p. 46.

251 GAMONAL (2020), pp. 441 y ss.

3

Temas relevantes del procedimiento y de la acción de tutela de Derechos Fundamentales

3.1 Reformas legales y procedimiento de tutela

Desde 2001, el legislador chileno enmendó el marco legal contemplando expresamente la *ciudadanía en la empresa*. La primera ley sobre la materia fue la N° 19.759, de aquel año, que modificó el Código del Trabajo reconociendo el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto de las facultades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores (artículo 5 inciso primero del CT).

Asimismo, la ley dispuso que las medidas de control de los trabajadores deban efectuarse por medios idóneos, de aplicación general, garantizándose la impersonalidad del respectivo mecanismo para resguardar la dignidad del trabajador (artículo 154 inciso final del CT). Además, la reforma exigía reserva al empleador en relación a la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (a través de la incorporación del artículo 154 bis al CT).

Otra enmienda de interés fue la nueva redacción del artículo 2 del CT, que perfeccionaba las normas que prohíben la discriminación en materia laboral, disposición legal que fue nuevamente modificada por dos leyes, N° 20.940 de 2016 y N° 21.155 de 2019, las cuales incorporaron nuevos criterios sospechosos de discriminación a la enumeración contenida en la misma.

Respecto de los *efectos* del artículo 5 inciso primero del CT²⁵², cabe precisar que el legislador ha limitado las facultades empresariales con las garantías constitucionales de la persona que trabaja, en especial cuando pudieren afectar su intimidad, vida privada y honra. En este punto deberemos abordar dos aspectos: la *amplitud de los límites* y la *operatividad* de los mismos.

Sobre la amplitud de los límites, debemos precisar que la norma hace referencia a las garantías constitucionales, por tanto se comprenden los derechos fundamentales propiamente laborales, como la libertad sindical, y los inespecíficos (derechos civiles y políticos con proyección dentro del contrato de trabajo), como, entre otros, los que el mismo legislador señala en dicho artículo. La norma no efectúa una enumeración taxativa por lo que, al hablar de garantías constitucionales, el intérprete debe recurrir en principio al artículo 485 del CT.

En cuanto a la operatividad de los mismos, cabe señalar que la Ley N° 20.087, en el procedimiento de tutela de derechos otorga los elementos necesarios para que el juez realice su labor. Este procedimiento de tutela enumera los derechos fundamentales protegidos, por ende, su ámbito de aplicación es más restrictivo que el artículo 5 inciso primero del CT.

Con posterioridad, otras reformas legales han reforzado la Ciudadanía en la empresa en el derecho chileno. La Ley N° 19.889 de 2003 reguló las condiciones de trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos, disponiendo, en el nuevo artículo 145-A inciso final del CT, que el contrato de trabajo no podrá afectar en ningún caso la libertad de creación del artista contratado. Se trata de la tutela de un derecho de rango constitucional (artículo 19 N° 25 de la Constitución Política) que puede verse afectado por la potestad de mando del empleador.

Por su parte, la Ley N° 20.005 de 2005, sobre acoso sexual²⁵³, agrega un nuevo inciso segundo al artículo 2 del CT, que dispone que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.

253 Sobre acoso sexual, revisar LIZAMA y UGARTE (2005), GAMONAL C., Sergio (2007), *El daño moral en el contrato de trabajo*, 2ª edición actualizada, Santiago, LexisNexis, pp. 66 y ss.; CASAS BECERRA, Lidia (2012), "Un estudio sobre las quejas por acoso sexual ante la Inspección del Trabajo: desafíos y oportunidades de la Ley N° 20.005", *Estudios Laborales*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 7, pp. 25 y ss.; y GAMONAL C., Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis (2012), "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en *Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social*, coordinador Emilio Morgado, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 1 y ss.

La Ley N° 20.123 de 2006, que regula la subcontratación y el suministro de trabajadores, reproduce en su artículo 183-Y, respecto de la empresa usuaria, el inciso primero del artículo 5 del CT, ya analizado.

Luego, la Ley N° 20.178 de 2007, que regula el contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas, estatuyó en su artículo 152 bis K que las entidades deportivas estarán obligadas a confeccionar un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad en los mismos términos del contemplado en los artículos 153 y siguientes del CT. El inciso final de este artículo 152 bis K agrega, además, que los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñen actividades conexas tendrán derecho a manifestar libremente sus opiniones sobre temas relacionados con su profesión.

La Ley N° 20.238 de 2008, sobre protección de trabajadores y libre competencia en la provisión de bienes y servicios para la administración del Estado, modifica el artículo 4 (sobre requisitos para contratar con la administración del Estado) de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de 2003, disponiendo que serán excluidos quienes al momento de presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o de contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador dentro de los dos años anteriores²⁵⁴.

Esta ley es de suma importancia para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. ¿Qué debemos entender por condena? En nuestra opinión, se requiere una sentencia ejecutoriada en el nuevo procedimiento de tutela. El Estado es un gran contratante de

254 Sobre sus alcances véase GAMONAL (2010), pp. 69 y ss. Cabe precisar que el TC hace algunos años determinó la constitucionalidad de estas normas. Más recientemente, ha cambiado de criterio. Por ejemplo, por la constitucionalidad véase la inaplicabilidad Rol 2133-12, Banco de Chile c. Dirección de Compras y Contratación Pública, de 4 de julio de 2013, y, por la inconstitucionalidad, véase la inaplicabilidad Rol 3702-17, Universidad de Chile c. Dirección de Compras y Contratación Pública, de fecha 28 de noviembre de 2018. Por nuestra parte estimamos plenamente constitucional la norma. Lo mínimo que puede solicitarse a quienes pretenden contratar con el Estado o ser sus proveedores, es el respeto de la Constitución.

bienes y servicios y resulta razonable exigirles a sus colaboradores privados que respeten la ley y los derechos fundamentales de sus trabajadores y trabajadoras.

La Ley N° 20.607 de 2012 declara contrario a la dignidad del trabajador el acoso laboral o *mobbing*²⁵⁵.

No obstante, la reforma más importante en materia de derechos fundamentales ha sido la relativa al nuevo procedimiento laboral.

En efecto, a inicios de 2006 se dictó la Ley N° 20.087, que introdujo un cambio radical en el sistema procesal laboral de Chile, consagrándose un sistema oral, público y concentrado, basado en los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. Dentro de la misma, se contempla un procedimiento de tutela laboral que otorga eficacia a las normas sustantivas sobre Ciudadanía en la empresa²⁵⁶.

Este nuevo procedimiento se encuentra regulado en los artículos 485 a 495 del CT y permite la tutela de los derechos fundamentales tanto durante la ejecución del contrato como en el momento del término del mismo²⁵⁷. En ambos casos, con indemnizaciones de daño moral para el trabajador²⁵⁸. Este procedimiento en sí no es un procedimiento especial, se rige por las mismas normas del general salvo algunas excepciones²⁵⁹.

255 Al respecto, revisar GAMONAL C., Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela (2006), *El mobbing o acoso moral laboral*, Santiago, LexisNexis, y CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2012), “La tipificación y sanción del acoso laboral en Chile: un ejemplo de cómo retroceder en el resguardo de los derechos fundamentales”, *Estudios Laborales*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 7, pp. 179 y ss.

256 Sobre este procedimiento ver GAMONAL (2008); UGARTE (2010), y MELIS (2009).

257 Según algunos su ámbito de aplicación también alcanza la etapa precontractual laboral, como veremos al analizar el ámbito de aplicación de la acción de tutela.

258 GAMONAL (2007).

259 En el mismo sentido se ha pronunciado la sala laboral de la Corte Suprema, en la sentencia de unificación de jurisprudencia en la causa Rol 10.972-2013, donde se expresa: “en estricto rigor no es un procedimiento especial, puesto que su tramitación se efectúa conforme al procedimiento de aplicación general” (considerando octavo).

A continuación, nos referiremos a los derechos constitucionales protegidos a través de este procedimiento, con especial énfasis en el despido atentatorio de derechos fundamentales, en el despido discriminatorio grave y en la garantía de indemnidad. Luego analizaremos el ámbito material, espacial y temporal de aplicación de la acción de tutela, la prueba indiciaria y la sentencia de derechos fundamentales.

3.2 Derechos constitucionales protegidos

El ámbito de aplicación del procedimiento de tutela abarca las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan en el artículo 485 del CT resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

El *ámbito de aplicación* del procedimiento de tutela abarca las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan en el artículo 485 del CT resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. Se trata de las siguientes garantías constitucionales: derecho a la vida, integridad física y psíquica siempre que la vulneración de estas garantías sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; vida privada y honra; inviolabilidad de las comunicaciones privadas; libertad de conciencia y culto; libertad de opinión, y libertad de trabajo.

Además, se agrega el conocimiento de los actos discriminatorios ocurridos durante la ejecución y término del contrato de trabajo, excluyendo expresamente las ofertas de trabajo, con las salvedades que revisaremos más adelante.

Asimismo, los artículos 292, 294 y 407 incluyen las vulneraciones a la libertad sindical (prácticas desleales y antisindicales) en este procedimiento de tutela.

La ley precisa que se entenderá que estos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limite el pleno ejercicio de aquellos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o por haber sido ofrecidos en tal calidad, o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo. Este último caso consagra el derecho de indemnidad laboral (derivado del derecho de tutela judicial efectiva), es decir, el derecho del trabajador de no ser objeto de represalias por el ejercicio de sus derechos²⁶⁰.

260 UGARTE CATALDO, José Luis (2006), "La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento", *Derecho Laboral*, Tomo XLIX N° 221, Enero-Marzo 2006, Montevideo, pp. 107 a 109.

La evolución de la ciudadanía en la empresa en el derecho chileno ha seguido el siguiente trayecto: primero fue desarrollada por la jurisprudencia administrativa, luego por la doctrina, más tarde por el legislador y, en la actualidad, la palabra la tienen los tribunales de justicia con la aplicabilidad del procedimiento de tutela de derechos.

Se dispone expresamente la incompatibilidad entre la acción de protección y este procedimiento, que se limita a la tutela de los derechos fundamentales enumerados, sin que pueda acumularse con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basadas en fundamentos diversos.

La evolución de la ciudadanía en la empresa en el derecho chileno ha seguido el siguiente trayecto: primero fue desarrollada por la jurisprudencia administrativa, luego por la doctrina, más tarde por el legislador y, en la actualidad, la palabra la tienen los tribunales de justicia con la aplicabilidad del procedimiento de tutela de derechos.

En vistas a lo anterior, analizaremos sumariamente algunas expresiones y sentencias relevantes de los siguientes derechos fundamentales del trabajador: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la privacidad y la honra, la no discriminación, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad ideológica y religiosa²⁶¹, la libertad de opinión, la libertad de trabajo y la libertad sindical. También abordaremos la garantía de indemnidad (tutela judicial efectiva). Previo a nuestro examen, cabe precisar que en muchos casos el recurrente alega la vulneración de una o más de estas garantías constitucionales.

3.2.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica

Resulta obvio que el derecho a la vida es de suma trascendencia social e individual. Figueroa hace referencia a cinco concepciones del derecho a la vida, a saber, (1) el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida; (2) consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad; (3) consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato; (4) el derecho a que no nos maten, y (5) consiste en que no nos maten arbitrariamente²⁶².

261 Respecto de las empresas de tendencia, libertad religiosa y no discriminación en Chile, véase LÜER GÓMEZ, Nicole (2013), *Empresas de tendencia en Chile*, Santiago, Thomson Reuters.

262 FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2008), "Concepto de derecho a la vida", *Ius et Praxis*, Año 14. N° 1, pp. 261-300, p. 262.

Este autor señala que los derechos implican una relación jurídica con otros sujetos, es decir, son *derechos a algo* siguiendo a Alexy, lo cual supone una relación triádica que involucra a terceros. Por ello y otras razones, descarta las cuatro primeras concepciones del derecho a la vida para defender la procedencia de la última: que no nos maten arbitrariamente²⁶³.

En efecto, según explica, las primeras tres se vinculan a “la vida en sí” en cuanto estado fisiológico, lo que hace perder sentido al hablar de un “derecho a este estado fisiológico”. En otras palabras, uno puede fallecer por una enfermedad y sin que haya intervenido otro humano para que ello ocurriera y, en este caso, no tendría sentido hablar de que se ha violentado el derecho a la vida²⁶⁴. El Estado no puede asegurar el derecho a estar vivo²⁶⁵. Por otro lado, la idea de vivir “bien o con dignidad” es demasiado imprecisa y la dignidad o las condiciones materiales y espirituales de una persona pueden no tener nada que ver con la conducta del Estado o de terceros. Aunque pudiera definirse el “vivir bien”, dependería de tal cantidad de factores que el Estado no podría asegurarlos²⁶⁶.

Por su parte, señala Figueroa que “el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato” abre un abanico de obligaciones a terceros, además de equiparar el derecho a la vida con el derecho a la salud²⁶⁷.

Para los efectos de nuestro análisis resulta de interés, en el contexto del derecho del trabajo en cuanto relación de poder, la concepción (2) vinculada al derecho a vivir con dignidad, la (3) en cuanto derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato, y la (5) como derecho a que no nos maten arbitrariamente y, deberíamos agregar, “negligentemente”. La objeción de la amplitud de sentido no constituye un problema novedoso en la práctica argu-

263 FIGUEROA (2008), pp. 263-264.

264 FIGUEROA (2008), p. 269.

265 FIGUEROA (2008), p. 270.

266 FIGUEROA (2008), pp. 271-272.

267 FIGUEROA (2008), pp. 273-274.

mentativa del derecho del trabajo²⁶⁸. Por otro lado, la existencia de la relación laboral enmarca al tercero encargado, en este contexto, de estos sentidos del derecho a la vida: el empleador. En el trabajo mueren personas, cientos de miles en el mundo y cientos al año en Chile. El coronavirus que aqueja al mundo y a nuestro país en el momento en que escribimos estas líneas, es un buen ejemplo de cómo el trabajo puede afectar no sólo la salud sino también la vida del empleado y de cómo los trabajadores, para mantener a sus familias, son capaces de arriesgarlo todo frente a un eventual despido, incluso si el empleador por capricho insiste en que vayan a la oficina aunque lo sensato sea permanecer en casa.

El derecho a vivir con dignidad puede verse gravemente afectado por el acoso sexual y el acoso moral o *mobbing* que, en casos extremos, puede llegar a un estado de cuasi servidumbre. Lo mismo con la trata de personas. Así ocurre, por ejemplo, con un caso de 43 trabajadores migrantes peruanos que fueron traídos a Chile para trabajar en labores de cosecha de ciruelas. Una vez en Chile, les fueron incumplidas las condiciones prometidas y se los obligó a vivir en un galpón con piso de tierra, sin cielo y desprotegido del viento, no apto para la vivienda, sin separación alguna ni privacidad entre los dormitorios de varones y damas, además de incurrir en una serie de infracciones laborales, como por ejemplo no proveer de agua caliente en las duchas de los baños de los trabajadores y no contar con una cocina y comedor debidamente habilitados. La situación de precariedad llegó a tal nivel que los trabajadores debían mendigar para poder subsistir. En esta sentencia, las condiciones de indignidad fueron vinculadas a la integridad psíquica y física, lo cual es acertado, sin perjuicio de que también podría citarse el derecho a vivir con dignidad como garantía afectada²⁶⁹. El empleador fue condenado y se le ordenó indemnizar el daño moral de cada afectado con un monto ascendente a dos millones de pesos por trabajador.

268 GAMONAL (2015), pp. 65-77.

269 Juzgado de Letras del Trabajo de Santa Cruz, RIT T-2-2012, de 30 de julio de 2012.

Otro caso razonó de forma similar a esta sentencia, respecto de más de 50 trabajadores paraguayos (algunos menores de edad) traídos a laborar en los diversos predios y tratados en forma indigna. Estos trabajadores debían pernoctar en el lugar de sus faenas, durmiendo hacinados en literas con personas desconocidas, sin las condiciones mínimas de habitabilidad ya que no contaban con luz ni con la suficiente agua para cada trabajador, sin tener descanso semanal o algún lugar de esparcimiento en sus horas libres, sin baños suficientes para todos ellos y sin recibir atención médica, ni tampoco medicamentos, ni remuneración por sus servicios. Asimismo, la alimentación entregada no cumplía con los fines nutricionales de la misma, ya que ésta consistía en un desayuno compuesto de pan, café y un almuerzo que debía ser dividido para alcanzar ese mismo alimento para la cena en la noche, todo esto sin refrigeración, lo que en ciertas ocasiones causaba que la comida quedara en mal estado sin poder ser consumida por los trabajadores. En definitiva se condenó por afectación de la integridad física y psíquica ordenando la indemnización del daño moral, entre otras prestaciones²⁷⁰.

Situaciones como esta también afectan el derecho a vivir en forma digna. Las obligaciones del empleador, en relación al derecho a la vida, se ven reforzadas con los artículos 184 y 184 bis del CT. El primero estatuye el deber de seguridad que el empleador tiene con sus subordinados, dado que se encuentra obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Y el artículo 184 bis, incorporado en 2017²⁷¹, enfatiza

270 Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Peralillo, T-3-2011, de 20 de septiembre de 2011.

271 Su tenor literal es el siguiente: “Artículo 184 bis. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cuando en el lugar de trabajo sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador deberá:

a) Informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo, así como las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo.

b) Adoptar medidas para la suspensión inmediata de las faenas afectadas y la evacuación de los trabajadores, en caso que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar.

Con todo, el trabajador tendrá derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud. El trabajador que interrumpa sus labores deberá dar cuenta de ese hecho al empleador dentro del más breve plazo, el que deberá informar de la suspensión de las mismas a la Inspección del Trabajo respectiva. Los trabajadores no podrán sufrir perjuicio o menoscabo alguno derivado de la adopción de las medidas señaladas en este artículo, y podrán siempre ejercer la acción contenida en el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo.

estos deberes del empleador al precisar que de existir un riesgo grave e inminente para la salud o vida de los trabajadores, el empleador debe informar inmediatamente a los afectados precisando las medidas a adoptar y, eventualmente, debe suspender de manera inmediata aquellas faenas que se vean afectadas por este riesgo grave e inminente para la vida o salud de los empleados.

Agrega la norma que el trabajador puede interrumpir sus labores, en forma unilateral, informando a la brevedad a su empleador, quien a su vez debe informar a la Inspección del Trabajo, e incluso el trabajador tiene el derecho de abandonar el lugar de trabajo si estima razonablemente que continuar en el mismo puede implicar un riesgo grave e inminente para su vida y salud, sin sufrir perjuicio o menoscabo alguno por la adopción de estas medidas. Vale decir, a fin de mes debe recibir su remuneración íntegra, sin descuentos, y no debe haber represalias de ningún tipo en su contra. En caso contrario, puede accionar por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales (artículos 485 y ss. del CT).

En su inciso final, este artículo 184 bis hace alusión a la decisión de la autoridad de evacuar la empresa por una emergencia, catástrofe o desastre, lo cual tampoco podrá significar perjuicio o menoscabo para los trabajadores. Es decir, (1) si el empleador adopta las medidas, (2) o las adopta el trabajador, (3) o la autoridad, no debe haber perjuicio o menoscabo alguno para el trabajador (artículo 184 bis inciso tercero). Ante incumplimiento del empleador, los trabajadores afectados pueden recurrir de tutela de derechos fundamentales (artículo 184 bis inciso tercero).

Por su parte, tanto la integridad psíquica como la integridad física se encuentran vinculadas con el derecho a la vida, el cual se basa en el soporte biológico y psíquico del hombre, pero no se trata del mismo derecho.

En caso que la autoridad competente ordene la evacuación de los lugares afectados por una emergencia, catástrofe o desastre, el empleador deberá suspender las labores de forma inmediata y proceder a la evacuación de los trabajadores. La reanudación de las labores sólo podrá efectuarse cuando se garanticen condiciones seguras y adecuadas para la prestación de los servicios. Corresponderá a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

En efecto, el objeto del derecho a la integridad física y psíquica es la obligación de no conculcar dicha integridad en otra persona. Como explica Figueroa, se vulnera la integridad física cuando se mutila a alguien, y se vulnera su integridad psíquica cuando se la somete a tormentos, a amenazas, etcétera. Y es perfectamente posible mutilar a alguien sin matarlo, con lo cual se trasgrede el derecho a la integridad física, pero no el derecho a la vida, y si se atormenta a alguien, se infringe su derecho a la integridad psíquica sin, con ello, violar su derecho a la vida²⁷². Por cierto, al igual como ocurre con el derecho a la salud, es posible que al infringir el derecho a la integridad física o psíquica se vulnere también el derecho a la vida, si se mutila a alguien de modo tan grave que se le mata, o cuando torturan a alguien hasta morir, pero eso no debe llevarnos a confundir estos derechos²⁷³.

Con todo, nuestro TC ha enfatizado el vínculo entre estas garantías: “La integridad psíquica es una dimensión de la persona humana que, junto con la integridad física, la integran en plenitud. Ninguna de las dos puede ser descuidada, puesto que ambas componen al individuo en su relación con el entorno social más próximo”²⁷⁴.

En relación a este derecho, la *jurisprudencia administrativa* –como ya sostuvimos–, conoció un caso donde una empresa deseaba establecer que los postulantes a cargos de seguridad en la misma, así como el personal activo de seguridad, debían aprobar o someterse satisfactoriamente a una prueba de polígrafo o detector de mentiras, de conformidad con el procedimiento para el uso de polígrafo que se contenía en el respectivo anexo de reglamento interno²⁷⁵. En otro caso²⁷⁶ se analizó la legalidad del sistema de grabación de la imagen y el sonido a través de videocámaras instaladas en los vehículos de la locomoción colectiva urbana. En ambas situaciones, la DT estimó que podía haber graves secuelas psíquicas para el trabajador.

272 FIGUEROA (2008), p. 296.

273 FIGUEROA (2008), p. 296.

274 Fallo del TC Rol N° 2867-15, de fecha 15 de julio de 2015, considerando 42.

275 Dictamen de la DT N° 684/50 de 6 de febrero de 1997.

276 Dictamen de la DT N° 2328/130 de 19 de julio de 2002.

Ahora bien, dada la potestad de mando del empleador y la subordinación del trabajador, es bastante frecuente que se vulnere la integridad física y/o psíquica del trabajador por medio de un acoso sexual o de un acoso laboral (*mobbing*).

Comenzaremos analizando una sentencia relevante vinculada al *mobbing* o *acoso moral en el trabajo*²⁷⁷. Una enfermera demanda por numerosos y persistentes actos de acoso en el trabajo, configurándose un trato vejatorio por parte de una colega en su contra con la finalidad de deteriorar su imagen y calidad profesional, dañando gravemente su autoestima.

Luego la enfermera tuvo un hijo e hizo uso de los permisos de natalidad correspondientes. A su vuelta el problema se mantuvo y, producto de ello, no pudo seguir amamantando a su bebé. El acoso estaba en conocimiento de su superior jerárquico, quien nunca adoptó medida alguna para solucionar este problema. Producto de esta situación, la trabajadora sufrió un estrés laboral severo, decidiendo terminar el contrato a través de un despido indirecto y demandar tutela de derechos.

El tribunal estimó que se había vulnerado la *integridad psíquica* de la trabajadora. La clínica fue declarada culpable por su negligencia frente a este acoso. El juez laboral precisó: "...el empleador no cumplió con su obligación consistente en tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la salud de su trabajadora..., toda vez que no mantuvo las medidas destinadas a crear un buen ambiente de trabajo para todas las enfermeras que integraban la Unidad de Hospitalización, incluida la actora, especialmente considerando su situación de maternidad reciente, de amamantamiento y teniendo presente además el hecho que precisamente la demandada es una institución dedicada a la mantención y recuperación de la salud de las personas. Estos hechos claramente constituyen además lo que se conoce como *acoso laboral, psicológico o mobbing* el que se presenta como un proceso de paulatino desarrollo, que solapadamente y en

277 Juzgado de Letras del Trabajo de Los Andes, RIT T-26-2009, de 10 de junio de 2009.

forma permanente va socavando la fortaleza especialmente psíquica del trabajador afectado, se le define como un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de manera aislada, podrían parecer anodinas o sin importancia, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos...” (cursivas en el original).

En definitiva, se acogió la demanda y, además de las indemnizaciones propias del despido indirecto, se decretó el pago de 8 remuneraciones íntegras en virtud del procedimiento de tutela de derechos.

Otras sentencias relevantes en la materia se relacionan con el *acoso sexual* en el trabajo. Por ejemplo, en el caso Redbus Urbano²⁷⁸, la demandante había prestado servicios desde el 18 de mayo de 2009 como inspectora de cabezal, siendo su jefe directo el Sr. Muñoz, quien comenzó a hacerle requerimientos de tipo sexual no consentidos por la demandante. Muñoz también la acosaba visualmente con miradas insinuadoras y la controlaba tanto en sus horas de colación como fuera del horario de trabajo. Frente a esto, la trabajadora decidió sacar su escritorio de la oficina y trabajar afuera de ella. El día 25 de agosto de 2009 presentó denuncia ante el jefe superior Sr. Molina, quien le solicitó que no formalizara por escrito la denuncia, y se comprometió a tratar el tema en una próxima reunión de jefatura. El día 31 de agosto la actora fue cambiada de lugar de trabajo, mismo día en que recibió la visita del Sr. Echeverría, quien le exigió que retirara la denuncia o sería despedida. Por su parte, el sindicato, en conocimiento de los hechos, presentó el día 1 de septiembre una carta al presidente y representante legal de la empresa, quejándose por la negativa de la empleadora de dar curso a la investigación por acoso sexual. El 3 de septiembre la actora recibió carta de aviso de término del contrato de trabajo por la causal del artículo 159 N° 4 del CT, es decir, vencimiento del plazo (31 de agosto). Por lo tanto, alegaba que la empresa había vulnerado sus derechos a la integridad física y psíquica, al respeto y protección de la vida privada y la honra, y a la libertad de trabajo y su protección.

La sentencia precisó que la prueba rendida permitió establecer fehacientemente que la empresa no tenía intenciones de poner término al contrato de la demandante con anterioridad al 31 de agosto de 2009. Así, la decisión de no renovar el contrato constituyó un indicio para establecer la conducta vulneratoria, toda vez que la decisión se explicaba por la incomodidad que había producido la denuncia relativa al presunto acoso sexual que la trabajadora estaba sufriendo por parte de su superior Sr. Muñoz. También se tuvo por fehacientemente acreditada la existencia de la denuncia.

Agrega la sentencia que la conducta vulneratoria de la empresa quedó establecida indiciariamente por el hecho de que Redbus Urbano S.A. no decidió renovar el contrato de una trabajadora bien evaluada, en razón de haber efectuado una denuncia de acoso sexual, sin siquiera investigar los hechos, vulnerando de esta forma su dignidad, honra e intimidad. Si bien no se pudo acreditar que la actora había realizado la denuncia por escrito, igualmente era exigible para la demandada iniciar una investigación o al menos orientar a la actora respecto del correcto procedimiento. Por otro lado, el reglamento interno no establecía de un modo claro a quién se debía recurrir para efectuar la denuncia, lo que cobra gran importancia ya que, al tratarse de denuncias sobre hechos tan comprometidos con la honra y dignidad de las personas, no es fácil decidirse a denunciar y por lo tanto se debe tener certeza que se hace en la forma y con la persona correcta.

En consecuencia, el tribunal acogió la demanda sólo en cuanto se declara que Redbus Urbano S.A. había terminado la relación con la demandante con infracción de derechos fundamentales, y se estableció que debía pagar una indemnización equivalente a 6 meses de remuneración (\$1.965.798), con expresa condena en costas. Además, se ordenó a la empresa comunicar a los trabajadores la forma en que debía hacerse efectivo el derecho a denunciar los hechos constitutivos de acoso sexual, con indicación específica de la persona o cargo a quien recurrir para estos efectos.

La integridad psíquica también puede violentarse con las medidas de revisión, por ejemplo, en un caso en que se implementa un escáner de aeropuerto obligatorio dentro de la empresa. En efecto, en un caso de 2015 el empleador había implementado este sistema proyectando

una imagen o silueta del cuerpo humano tal cual es, sin color corporal, en la que se apreciaba, en el caso de varones de frente, sus genitales en lo relativo a forma, dimensiones y características. También se distinguía el ombligo y las características de abdomen, muslos, rodillas y extremidad inferior; y se apreciaba, además de la misma espalda, los glúteos y toda la cara posterior de las extremidades inferiores.

En el caso de las mujeres, se veía en la vista frontal sus pechos, su abdomen, su entrepierna y específicamente la forma de la vagina, también se veían muslos y parte inferior de la respectiva extremidad. La visión posterior permitía tener la misma visión que respecto de un hombre, en consecuencia también se veían los glúteos.

La sentencia determinó que este tipo de control se vinculaba con la intimidad sexual, es decir, el derecho que tenemos todos a que nuestras partes más íntimas no sean vistas por otros sin nuestro consentimiento. Es un hecho notorio y así lo indica la experiencia, agrega el sentenciador, que en nuestra sociedad cuando hablamos de nuestras partes más íntimas nos referimos a los órganos de reproducción sexual, nuestros glúteos y en el caso de las mujeres también sus mamas o glándulas mamarias. También se afectaba la integridad psíquica de los trabajadores. En definitiva, se acogió la demanda, se prohibió el uso del escáner en su versión más invasiva (bajo la versión de imagen aplicada, que muestra como es el cuerpo humano) y se ordenó pagar 30 millones de pesos de indemnización por el daño moral al sindicato, los cuales deberían ser repartidos en partes iguales entre todos sus miembros²⁷⁹.

3.2.2 Privacidad y honra

En la modernidad, la *vida privada* se configura como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento²⁸⁰. El pensamiento anglosajón, especialmente John Stuart Mill, sostiene que los únicos aspectos de la conducta humana que entrañan deberes y responsabilidades so-

279 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, T-320-2015, de 27 de octubre de 2015.

280 Véase ARELLANO ORTIZ, Pablo (2013a) “¿Quién protege al defensor frente a las intromisiones en su vida privada por parte de su empleador?”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. I N° 3, pp. 145 y ss.

ciales son aquellos que afectan a los demás, a diferencia de aquellos que conciernen a los individuos, donde estos tienen derecho a una independencia absoluta²⁸¹.

Nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N° 4, establece el respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La doctrina constitucional ha precisado que el concepto de vida privada está directamente vinculado a la intimidad, ámbito donde las personas conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan de esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros²⁸².

Se ha definido a la vida privada como “el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento”²⁸³.

Por otra parte, la Ley N° 19.628 de 1999, sobre protección de la vida privada, indica en su artículo 2 letra g que, entre otros, son datos sensibles los referidos a hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

La Ley N° 19.733 de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, establece en su artículo 30 inciso final que se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar y doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.

281 PÉREZ (1995), pp. 322 y 323.

282 EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004), *Los derechos constitucionales*, Tomo I, 3ª edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 212.

283 CEA EGAÑA, José Luis (1988), *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 103.

Por su parte, la *honra* hace referencia a la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general, encontrándose íntima e indisolublemente unida a la dignidad e integridad de la persona, sobre todo de naturaleza psíquica²⁸⁴. La honra es el conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de los demás. Se relaciona con el buen nombre, la buena fama y el bien moral²⁸⁵.

Respecto del derecho al honor y vida privada del trabajador, el artículo 5 del CT reconoce el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto de las facultades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores. Asimismo, como ya comentamos anteriormente, el artículo 154 inciso final del CT estableció que las medidas de control de los trabajadores deben efectuarse por medios idóneos, de aplicación general, garantizándose la impersonalidad del respectivo mecanismo para resguardar la dignidad del trabajador. Se exige, además, reserva al empleador en relación a la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (artículo 154 bis del CT).

Como ya expusimos, la *jurisprudencia administrativa* con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.759 de 2001 ya había emitido interesantes pronunciamientos en esta materia, sobre los sistemas de revisión, control y registro de los trabajadores al abandonar la empresa una vez finalizada su jornada de trabajo.

Un caso relevante es un despido vulneratorio de derechos fundamentales decretado en contra de Comercial Promolinks S.A. y Movistar S.A.²⁸⁶. Los actores argumentaban que desde el año 2007 habían prestado servicios personales para Promolinks S.A. como vendedores comisionistas de productos Movistar (planes de telefonía móvil, venta

284 CEA EGAÑA, José Luis (2004), *Derecho constitucional chileno*, Tomo II Derechos, Deberes y Garantías, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 180.
285 EVANS (2004), p. 218.
286 Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, RIT T-4-2009, de 30 de julio de 2009.

de equipos nuevos de prepago y de recambio). El día 22 de enero de 2009 fueron despedidos por la causal del artículo 160 N° 7 del CT por haber efectuado mal uso del recambio²⁸⁷ al realizar recargas en sus teléfonos particulares. La vulneración de derechos fundamentales alegada decía relación con que, para llegar a esa conclusión, el empleador se basó en un registro personal de llamadas y recargas que figuraba en la base de datos computacional de Movistar.

El juez consideró que se había vulnerado la garantía constitucional del N° 4 del artículo 19 de la CPR, en el sentido de que el derecho constitucional de protección a la vida privada incluye la protección de datos personales, derecho que además tiene consagración legal en la Ley N° 19.628 de 1999. Se considera como dato personal todo antecedente que pueda ser relacionado con una persona, siéndolos en la especie el número de teléfono celular de los trabajadores y los registros de recarga asociados. En cuanto a su tratamiento, y de acuerdo a los artículos 1, 2 letra o, 4 y 9 de la referida ley, estos datos no obran en registros accesibles al público al estar almacenados en registros privados de Movistar y Promolinks, dentro del ámbito de sus propias actividades comerciales. Así, el que los actores hayan otorgado a su empleadora sus números no los hace asimilables a un dato personal que conste en un registro accesible al público. Luego, los datos fueron tratados con la finalidad de ejercer control laboral o detectar irregularidades, lo que se hizo sin el conocimiento de los trabajadores y menos con su autorización por escrito, infringiéndose así las normas respectivas al tratarse de una medida no idónea, ni necesaria para el fin buscado, porque de los cruces realizados sólo se obtuvo el número de recargas. Por tanto, al infringirse lo establecido en la Ley N° 19.628 de 1999 se afectó su derecho a la vida privada.

Se acoge la denuncia sólo en cuanto la demandada Promolinks habría lesionado la garantía fundamental del artículo 19 N° 4 de la CPR con ocasión de sus despidos. Se le condena, junto a Movistar, al pago de las indemnizaciones por falta de aviso previo, años de

287 Se trata de un producto que beneficia a los clientes con una carga de \$20.000 cada vez que adquieren un equipo.

servicios incrementada en un 80% y sancionatoria equivalente a ocho remuneraciones mensuales. Y se decreta el pago de una multa de 10 UTM. No se condena en costas.

Otro caso relativo a cámaras de vigilancia se origina en una denuncia de la Inspección del Trabajo por vulneración de derechos fundamentales en contra de la empresa Buses Ahumada Limitada²⁸⁸, tras una denuncia efectuada el día 4 de mayo de 2009 por el presidente del sindicato de trabajadores de dicha compañía. El denunciante se desempeñaba como auxiliar y cada vez que debía subirse al bus le tocaba uno con cámara, al igual que a otro dirigente, lo que lo hacía sentirse hostigado y observado por su calidad de dirigente sindical. Cabe precisar que sólo diez de los 62 buses poseían un sistema de control audiovisual.

El tribunal dio por acreditado que las grabaciones eran revisadas por personal de la empresa, siendo los eventos sospechosos registrados en un disco de respaldo, y producto de ello se había amonestado verbalmente a trabajadores. Los denunciantes realizaban sus labores en buses que tenían el referido sistema. También se acreditó la existencia de incomodidad en los trabajadores por la presencia de las cámaras, especialmente de la segunda cámara con audio, ya que los inhibía a hablar de asuntos de cualquier índole, por el riesgo de que fueran conocidos por la administración o el personal que revisaba las grabaciones. Además, de los diez buses con cámaras, nueve de ellos estaban asignados al tráfico de San Felipe, donde trabajaban los dirigentes sindicales y la mayoría de los trabajadores sindicalizados.

El tribunal, reconociendo el carácter de límites infranqueables de los derechos fundamentales, en particular del derecho a la vida privada, a la honra o intimidad que los trabajadores poseen respecto de los poderes empresariales (artículo 5 inciso primero del CT), y la prevalencia que la dignidad tiene respecto de los mecanismos de control (artículo 154 inciso final del CT), concluye que la utilización de mecanismos de control audiovisual en los medios de transporte de

288 Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, RIT T-11-2009, de 6 de octubre de 2009.

pasajeros resulta lícita cuando se justifica por exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los tripulantes o pasajeros, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario. *A contrario sensu*, su utilización exclusiva como forma de vigilancia y fiscalización del trabajador no resulta lícita, supone un control ilimitado y que se ejerce de manera continua, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino un poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea.

Agrega que es condición esencial para la implementación de estos mecanismos el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis. Si bien el poder de dirección del empresario tiene como fundamento las garantías constitucionales de libertad de empresa y el derecho de propiedad, este se define y concretiza jurídicamente en el ámbito laboral en relación al contrato de trabajo, por tanto no puede extenderse a la actividad extralaboral del trabajador. Este criterio acerca de las cámaras de vigilancia dentro de la empresa había sido el sostenido con anterioridad por la DT y por la Corte Suprema, como comentamos en su oportunidad.

En definitiva, se ordena el cese inmediato de la conducta, retirando el dispositivo de audio de las cámaras audiovisuales instaladas al costado izquierdo del asiento del conductor de todos los buses que contaban con dicho mecanismo. También se ordenó regular con claridad el uso, lugar de instalación, funcionamiento, finalidad y publicidad de las videocámaras, como asimismo el acceso, reproducción, revisión, reserva, custodia, conservación y eliminación de las grabaciones captadas por estas, en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Otra sentencia relativa a la honra e integridad psíquica es la seguida en contra de Hipermercado Lider San Pablo Ltda.,²⁸⁹ por despido vulneratorio de derechos fundamentales.

289 Segundo Juzgado de Letras de Santiago, RIT T-33-2009, de 28 de diciembre de 2009.

La actora ingresó a prestar servicios el 8 de noviembre de 2006, desempeñándose en el último tiempo como “asistente de recepción” en el local de calle San Pablo. Fue despedida el 28 de agosto del 2009 por la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del CT, esto es, por incumplimiento grave de sus obligaciones respecto de un traspaso de mercadería entre dicho local y el de Recoleta, de fecha 5 de agosto, que no llegó a destino.

La demandante alegaba que la empresa llegó a dicha conclusión a través de una investigación interna, que se realizó dentro de la jornada de trabajo, encerrada en una oficina, por casi dos horas, en donde las preguntas fueron realizadas por personal de seguridad corporativa de D&S (uno de los cuales había sido agente de la ex CNI) y en presencia de la jefa de Servicio a Personas, siendo insistentes sobre su participación en los hechos y su estado de ánimo. Por lo cual, alegaba que dicho interrogatorio la maltrató psicológicamente afectando su honra e integridad. Por tanto, en su proceder la demandada habría vulnerado su integridad física, y psíquica, su vida privada, honra y libertad de trabajo, al arrogarse facultades que no le corresponden interrogándola “al igual que un delincuente”.

De acuerdo a la prueba rendida, para el juez existían antecedentes probatorios suficientes para determinar que el despido había sido vulneratorio de derechos fundamentales, a saber:

- En virtud de su potestad de mando y disciplinaria, el holding Lider-Walmart decide, sin autorización de autoridad competente, iniciar una actividad con recursos y mecanismos propios para esclarecer los hechos del 5 de agosto de 2009; hechos con caracteres de delito, cuya investigación constitucional y legalmente se encuentra radicada de forma exclusiva y excluyente en el Ministerio Público; y en el caso que también constituyan ilícito civil o administrativo, no permite en caso alguno la utilización de métodos propios de investigación penal.
- Existencia de nexo causal entre la vulneración del derecho fundamental (actividad investigativa) y el acto de despido, al existir una diferencia temporal de 16 días y en atención a que el último se encuentra determinado por la primera.

- El 12 de agosto, llegaron al Hipermercado Lider San Pablo a realizar entrevistas-interrogatorios dos personas, quienes no formaban parte de la estructura funcionaria de dicho local, siendo del caso que al menos uno de ellos era exmiembro de la CNI y cumple condena por homicidio.
- De acuerdo al artículo 154 del CT, la entrevista constituye una medida de control, la que no está regulada en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad y es desconocida por los trabajadores del local San Pablo.
- La actividad investigativa se caracterizó por haber sido efectuada por dos funcionarios de seguridad corporativa de D&S, quienes durante la jornada de trabajo entrevistaron a los trabajadores en una oficina a puertas cerradas, sin la privacidad suficiente (tenía ventanales) para evitar un prejuizgamiento por parte del resto de los compañeros de trabajo. Los interrogatorios fueron agotadores, intensos y complejos. Además, se utilizaron técnicas de interrogación destinadas a obtener la información buscada por vía de presionar, buscando el agotamiento emocional y la confusión de ideas. Luego de finalizadas, se creó un ambiente tenso de incertidumbre y desconfianza, que significó que los interrogados quedaran frente a los demás trabajadores como los verdaderos responsables.

Respecto a este derecho, el juez estimó que los hechos acreditados tenían la aptitud suficiente para producir una afectación grave, al causarle a la demandante una desvalorización de su propia imagen personal, especialmente por la circunstancia de que el interrogatorio efectuado habría alcanzado características intolerables, al extenderse más del doble de los restantes y al haberse hecho referencias a su ámbito familiar más privado (en la entrevista se mencionó a sus dos hijos menores, preguntándole qué les pasaría si ella ya no estuviera con ellos...). Se trataba de actos de apremio, carentes de racionalidad y lesivos de la dignidad humana. En este sentido, al empleador no sólo le es exigible el deber genérico de abstenerse de realizar conductas que afecten ilegítimamente este derecho, sino además es garante de la vida y salud de sus trabajadores de conformidad a

lo dispuesto en el artículo 184 del CT, lo que implica un mandato imperativo de desarrollar acciones concretas de aseguramiento; la situación en análisis reveló un desempeño totalmente irresponsable.

En cuanto al derecho a la honra personal, es clara su afectación en su dimensión subjetiva y objetiva. Esta última, representada por la percepción (buena fama) que los restantes compañeros de trabajo tenían sobre la demandante y su integridad moral; así se estableció que los interrogados fueron expuestos ante los demás trabajadores (al poder estos ver quiénes estaban siendo investigados), dejando la impresión de su responsabilidad en los hechos; lo que sumado al despido, hizo que ante los compañeros de trabajo fueran considerados como autores del ilícito.

Así, para el juez había resultado afectada la dignidad de la demandante; valor anterior y que sirve de sustento y limita los contornos de los derechos fundamentales, dándoles así sustancia.

La sentencia enfatiza que está prohibido para el empleador la utilización de técnicas invasivas de investigación (incluyéndose los interrogatorios bajo presión psicológica) y la posibilidad de efectuar imputaciones irregulares no fundadas en procedimientos serios, regulares, consentidos y generalizados dentro del ámbito laboral.

En cuanto al fundamento de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, el juez señala que los derechos fundamentales reconocen algún tipo de límite, sobre todo en el ámbito de la empresa, por ello es pertinente verificar hasta dónde el ejercicio del poder empresarial (con reconocimiento legal y vinculado a la protección constitucional al derecho de propiedad y a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica) puede producir una afectación.

Para ello, parte revisando las normas relacionadas con el caso²⁹⁰, para luego concluir que no resuelven la tensión, haciéndose necesario recurrir a la ponderación. Así:

290 Artículos 2 inciso 3, 5 inciso 2, 12, 24, 153 y 154 inciso final del CT, y artículo 19 números 1 y 4 de la CPR.

- Juicio de adecuación: para la demandada era legítimo establecer responsabilidades y un interrogatorio podría ser una de las vías para esclarecer los hechos, siendo la medida apta para el objetivo perseguido por el empleador.
- Juicio de necesidad: existen alternativas mucho menos lesivas que aquella por la cual optó el empleador, como ejercer la vía legitimada por el ordenamiento jurídico (denuncia a la policía o al ministerio público), o que la entrevista hubiese sido efectuada por la jefatura del local o por el jefe de seguridad, incluso por un extraño no deslegitimizado por su prontuario penal, y en el marco de un procedimiento previamente establecido y comunicado oportunamente. A lo cual, se suma la falta de justificación del despido, al establecerse que la “obligación incumplida” por la actora no estaba en el contrato ni en el reglamento interno.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: no se pronuncia, al no pasar el test anterior.

Al indicar los fundamentos de la decisión, el juez del trabajo descarta que molestias tangenciales que puedan sufrir algunos de los derechos sean consideradas en el procedimiento de tutela. Así, desecha lo alegado sobre la integridad física, la vida privada y la libertad de trabajo, al no haberse establecido hechos que permitieran concluir su afectación.

La demanda de daño moral fue desestimada, por estimarse que la indemnización adicional sancionatoria del artículo 489 cubre adecuadamente el resarcimiento compensatorio de la lesión alegada.

En consecuencia, se acogió la demanda declarándose que el despido efectuado por Hipermercado Lider San Pablo Ltda. había sido con ocasión de vulneraciones a la dignidad, a la honra e integridad psíquica de la actora, producto de la investigación desarrollada de forma previa a su desvinculación. La demandada es condenada al pago de indemnización por omisión de aviso previo, por años de servicio con recargo legal de 80% (\$1.605.960), e indemnización sancionatoria de ocho meses de remuneración (\$3.271.400). No se condena en costas.

Además, se indicó que la empresa debería abstenerse de ejecutar nuevamente el procedimiento cuestionado en el juicio e incluir, en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, una referencia expresa relativa a la prohibición de efectuar interrogatorios destinados al establecimiento de responsabilidades disciplinarias por personal que no sea jefatura inmediata o personal de seguridad del local en que se desempeña el interrogado; agregándose que debería respetar la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales, y que el trabajador podría solicitar la presencia de miembros del comité paritario, dirigente sindical o delegado sindical, o derechamente que el conocimiento del asunto se radique en la justicia ordinaria.

Un caso final que citaremos por afectación de la integridad psíquica y honra de tres trabajadoras mapuche. Se trata del caso Inspección Provincial del Trabajo con Asociación Indígena Newentuleaiñ²⁹¹. Las denunciadas eran tres auxiliares de alimentación del casino del Centro de Medicina Mapuche del Hospital Intercultural de Nueva Imperial, administrado por la Asociación Indígena Newentuleaiñ. Las trabajadoras señalan que habían sido acosadas psicológica y laboralmente por parte de la representante legal de la asociación y por el resto del directorio, “quienes andan comentando a los funcionarios que les vamos a dar veneno o hechicería en la comida indicando que somos brujas, lo cual es muy grave, ya que nos están levantando injurias y calumnias, motivo por el cual los funcionarios ya no quieren almorzar y no contentos con esto se burlan en nuestra cara”.

Además, señalaban que desde el 17 de marzo de 2014 tenían a otra persona para cocinarle al directorio, ya que decían no confiar en que la comida de las denunciadas fuera apta para servirse. Indicaban que, producto de esta persecución, se encontraban con muchos problemas de salud y familiares, sin poder dormir tranquilas por trabajar en un ambiente hostil y estresante. En la sentencia se precisa que, además, los directivos recomendaron a los demás funcionarios no comer en la cocina, esparciendo el rumor de que les podía hacer mal y que trajeran su comida o almorzaran en otro lado.

291 Juzgado de Letras de Nueva Imperial, RIT T-2-2014, de 14 de agosto de 2014.

En definitiva, el empleador fue condenado, ordenándosele pedir disculpas públicas a las trabajadoras, someterse a una capacitación en derechos fundamentales y, en el caso de Doraliza Millalen Rapiman, representante legal del empleador y principal instigadora de la persecución, se le ordena comer en el casino la comida preparada por las trabajadoras frente al resto de los trabajadores durante un mes al menos. Además, se decretó daño moral por \$2.000.000.

3.2.3 No discriminación

En el contexto de las actuales sociedades democráticas y pluralistas, una de las diversas expresiones del derecho a la igualdad es el *derecho a la no discriminación*²⁹². La no discriminación implica un plus respecto del principio de igualdad, en un doble sentido. Por una parte, reconoce la situación de los grupos en desventaja y, por otra, conlleva un deber positivo del Estado de adoptar medidas para mitigar las discriminaciones endémicas²⁹³.

En esta línea argumental, es necesario precisar que la idea de discriminación no es ilegítima si es entendida como la sola posibilidad de diferenciar o distinguir, pero un caso distinto es cuando esta distinción o diferencia de trato (discriminación) es arbitraria o injusta²⁹⁴. Discriminar arbitraria o injustamente consiste en “conferir un trato privilegiado o de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquel con quien se compara, incidiendo el trato precisamente en aquello con que se equipara; o en tratar igual a dos

292 Como señala Rey Martínez: “En la originaria concepción liberal-individualista, la igualdad se entiende sólo como: (1) igualdad en la aplicación de la ley; más tarde, con la crisis del Estado liberal de derecho, se amplía su contenido a la (2) igualdad en el contenido de la norma, y también se vislumbra ya su significado de (3) igualdad real, sustancial o de oportunidades; y finalmente, tras la Segunda Guerra Mundial y la implantación de los Estados sociales y democráticos de Derecho, se incorpora al principio de igualdad (4) la prohibición de discriminación por ciertas causas, entre ellas, el sexo”. REY MARTÍNEZ, Fernando (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España S.A., p. 43. Sobre no discriminación laboral ver CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007), *El derecho a la no discriminación en el empleo*, 2ª edición, Santiago, LexisNexis; y RODRÍGUEZ BURR, Matías (2013), “Nociones sobre la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento Legal en Chile”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. I N° 3, pp. 13 y ss. Sobre el alcance del artículo 2 del CT, relativo a la no discriminación, véase el dictamen de la DT N° 3704/134 de 11 de agosto de 2004, que fija el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.

293 SÁEZ (1994), pp. 34 y ss.

294 GAMONAL (2014), pp. 59-61.

entidades, en circunstancias que entre ellas media una diferencia que, como tal, debe ser considerada ya que el trato recae, justamente, en lo que los hace distintos”²⁹⁵.

En consecuencia, la noción de discriminación es relacional, depende de la comparación con otro y, en contextos laborales, dicha comparación puede ser virtual²⁹⁶, como el caso de la mujer embarazada (no existen hombres embarazados) o trabajos propios de mujeres (parvularia) donde la comparación se hace con trabajos comparables y no idénticos²⁹⁷.

El principio de no discriminación, además, es reflexivo, en el sentido de que la enumeración de factores sospechosos, en el artículo 2 del CT (raza, sexo, religión, etcétera), no conlleva la prohibición absoluta de los mismos, sino una sospecha de que la medida es discriminatoria y quien la adopte deberá probar su legitimidad con una justificación calificada y más estricta²⁹⁸. Por ejemplo, cuando el trabajo pueda afectar la esfera privada del trabajador o los clientes (intimidad, pudor), como en el caso de la supervisión de duchas o vestuario²⁹⁹ o las empresas de tendencia³⁰⁰.

Ahora bien, el principio de no discriminación en materia laboral está específicamente regulado en el artículo 19 N° 16 párrafo tercero de nuestra Carta Fundamental, el cual “prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

Una idea, de crucial importancia, es aquella relativa al *modelo antidiscriminatorio sospechoso abierto* utilizado por nuestra Constitución Política para fundar las distinciones de trato laboral. Este modelo

295 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001), *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Santiago, Editorial Conosur, p. 58.

296 SÁEZ (1994), pp. 61 y ss.

297 GAMONAL (2014), pp. 35-37.

298 GAMONAL (2014), p. 59.

299 GAMONAL (2014), p. 39.

300 Lüer (2013).

La doctrina ha entendido que los términos *capacidad e idoneidad personal* pueden utilizarse indistintamente, estimando que se refieren a la preparación técnica o profesional requerida por el trabajador para el desempeño del cargo respectivo.

implica la sospecha de que cualquier discriminación en el acceso, promoción o movilidad en el empleo, que se efectúe en base a otro criterio que no sea la capacidad o idoneidad personal del candidato a un empleo o del trabajador, en su caso, constituye una distinción o preferencia arbitraria y debe estar sujeta a un examen calificado³⁰¹.

De este modo, para resolver las situaciones problemáticas asociadas a este derecho resulta fundamental que nuestro sistema jurídico consagre este modelo, ya que nos permitirá determinar si al discriminar a algún postulante a un empleo o a un trabajador se ha utilizado un criterio admisible para efectos de comprobar su capacidad o idoneidad personal³⁰².

¿Cuál es el sentido y alcance de las expresiones capacidad e idoneidad personal? La doctrina ha entendido que los términos *capacidad e idoneidad personal* pueden utilizarse indistintamente, estimando que se refieren a la preparación técnica o profesional requerida por el trabajador para el desempeño del cargo respectivo³⁰³.

El artículo 2 del CT concretiza a nivel legal el principio de no discriminación laboral consagrado en el artículo 19 N° 16 párrafo tercero de la CPR, y refuerza la prohibición de discriminación respecto de aquellos criterios potencialmente más frecuentes de distinciones de trato en la materia. La referida disposición legal, en su inciso tercero, prescribe que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”.

301 LIZAMA y UGARTE (1998), p. 234. No toda la doctrina nacional acepta este modelo, véase GAMONAL (2014), p. 64. Si cualquier criterio es sospechoso, salvo capacidad e idoneidad personal, pierde eficacia simbólica el sistema de sospecha. Es decir, imaginemos que en una empresa ascienden a puestos de gerencia sólo a los hombres blancos. Claramente hay dos factores sospechosos involucrados, sexo y raza. Ahora imaginemos que en otra empresa ascienden sólo quienes salen a beber con el gerente general. Obviamente es arbitrario y puede haber responsabilidad legal, pero nadie diría que es discriminatorio desde una perspectiva estrictamente jurídica. No hay grupo en desventaja afectado y justamente el triunfo (parafraseando a Dworkin) de los criterios sospechosos es visibilizar la situaciones más graves y endémicas de discriminación.

302 LIZAMA y UGARTE (1998), p. 234.

303 GAMONAL C., Sergio (2004c), “Los derechos del trabajador en la Constitución chilena”, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social - Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (3), p. 59.

Agrega, en su inciso cuarto, que se entenderá por *actos de discriminación* “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

En su inciso sexto, también se consideran actos de discriminación “las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas”.

Pero desde una perspectiva legislativa también ha habido retrocesos en Chile. Es el caso del artículo 62 bis del CT, el cual consagra que el empleador debe dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. No obstante, no serán consideradas arbitrarias las diferencias objetivas fundadas en las “capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”. Para estos efectos se estatuye un procedimiento de reclamo interno en la empresa, en el artículo 154 N° 13, “previo” a la acción de tutela del artículo 485 y ss. del CT. Las empresas con 200 trabajadores o más, deberán tener un registro que consigne los diversos cargos o funciones dentro de la misma, así como sus características técnicas esenciales (artículo 154 N° 6 del CT). Comentaremos dos desaciertos graves de esta norma.

Primero, la excepción relativa a las “capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad” refleja una concepción de inferioridad de la mujer. El principio de no discriminación no implica igualar a los capaces con los incapaces, como creen los redactores de esta norma. Por el contrario, muchas personas capaces quedan relegadas por su sexo, raza, nacionalidad, etcétera, muchas

veces siendo más capaces que los del grupo privilegiado³⁰⁴. Ahora bien, si un trabajador es más productivo que otro ganará más por medio de las remuneraciones variables, por ejemplo, comisión. Por el contrario, resulta ofensivo plantear en términos generales, como hace esta norma, que una mujer puede ganar menos porque le falta capacidad o responsabilidad, etcétera.

Segundo, es un desacierto supeditar el procedimiento de tutela a que previamente se haya hecho la reclamación frente al empleador (artículo 154 N° 13), la cual puede durar hasta 30 días. Prácticamente impide la tutela. ¿Qué mujer se atreverá a plantear esto y soportar las ridiculizaciones y las burlas y el eventual acoso moral durante esos 30 días? Estimamos que igualmente podría plantearse la tutela sin este requisito previo (que ni siquiera es ante la DT sino ante el empleador, que es juez y parte), por no discriminación y por afectar la dignidad y la libertad de trabajo. De esta forma, si el tribunal la estima improcedente por el artículo 62 bis, puede ser igualmente condenado el empleador, dado que también se encuentra afectada mi libertad de trabajo si me pagan menos que a mis colegas por el mismo trabajo, vulnerándose el principio constitucional de justa retribución y, como vimos en el párrafo 3.2.1, también puede verse afectado mi derecho a la vida, es decir, a vivir con dignidad.

Nada hay más humillante en el lugar de trabajo que estar subpagado respecto de otros colegas que hacen lo mismo, lo anterior sin perjuicio de otros derechos fundamentales involucrados como la honra (todos mis compañeros saben que gano menos...) o la integridad psíquica e incluso la salud.

Un tema que sólo enunciaremos y que está en boga y se vincula a la digitalización y la inteligencia artificial, es la discriminación laboral a través del *data mining* y de los algoritmos³⁰⁵.

304 MCGINLEY, Ann (2018), "Género, derecho y cultura en los lugares de trabajo jurídicos: un caso chileno de estudio", *Latin American Legal Studies*, Vol. 3, pp. 49-76.

305 BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew D. (2016), "Big Data's Disparate Impact", *California Law Review*, Vol. 104, pp. 671-732.

Desde una perspectiva jurisprudencial, en materia de discriminación en nuestro país, un caso de gran interés trata de la *discriminación por edad*³⁰⁶. Una profesora de inglés es despedida luego de veinte años de servicio por necesidades de la empresa. Según el colegio, se trataba de una reorganización de las políticas de enseñanza del inglés.

Varios profesores de otras asignaturas también fueron despedidos. En total eran doce, teniendo la mayoría entre 40 y 50 años de edad y siendo muchos de ellos los de mayor edad de sus respectivos departamentos. La demandante tenía 58 años de edad.

El empleador canceló las indemnizaciones por la causal de necesidades de la empresa y la profesora demandó la tutela de sus derechos por estimar discriminatorio su despido. Los indicios se conformaron con prueba documental y testimonial. Se adjuntó una carta del presidente del directorio del colegio, del año 2008, instando a los docentes de edad avanzada a jubilar. Estos despidos generaron malestar en el cuerpo docente sobre todo respecto del criterio para tomar dicha decisión. En una carta, los profesores del colegio preguntaban a su empleador si sería considerada en el futuro la cercanía de la fecha de jubilación para despedir a los docentes.

Otra carta, del año 2001, del directorio de la época, da cuenta e informa que han resuelto que los profesores jubilen a los 65 años y las profesoras a los 60, indicando que pasada esa edad la recontractación de un profesor sería excepcional y revisada anualmente.

Declaraciones de testigos acreditaron que el director del colegio había señalado, en consejos de profesores de 2008, que los profesores mayores de edad no tenían la capacidad de relacionarse con los adolescentes y jóvenes actuales.

La sentencia concluyó lo que sigue: “Se ha alcanzado el estándar de prueba indiciaria respecto de la vulneración alegada en cuanto el despido del que fue objeto descansa o hubiera tenido la intención de

excluir a la actora de las filas de los docentes del Colegio Alemán por su edad, toda vez que se ha logrado acreditar en estos antecedentes en torno a la edad de la Sra. [...] que ella tenía a la sazón 58 años, y el resto de la prueba que en relación a este tema se rindió en autos, aporta indicios en torno a lo que debe interesarnos, esto es, que la decisión del demandado que se expresa en el despido, hubiera considerado tal edad como fundamento o motivo de dicha exclusión”.

Por su parte el colegio no logró acreditar la supuesta reorganización educativa del departamento de inglés y la sentencia estimó vulnerado el principio de no discriminación, considerando que los despedidos resultaron ser, de entre sus pares, los de mayor edad.

El tribunal estimó el despido discriminatorio como grave, lo que, en el caso de la no discriminación, permite la reincorporación del trabajador despedido u, opcionalmente, el pago de las indemnizaciones extras del procedimiento tutelar. Con todo, se estimó que la profesora, al tenor de su demanda, había optado por el pago de las indemnizaciones. En definitiva, se condenó al colegio a un pago extra de ocho meses de remuneración y, además, se le ordenó que, dentro de un plazo no superior a dos meses desde que la sentencia quedara ejecutoriada, realizara como actividad extraprogramática una jornada especial de reflexión sobre el tema de la discriminación, a la que se debía convocar a todos los miembros de la comunidad escolar, incluyendo padres y apoderados, profesores, personal no docente y alumnos.

Lamentablemente, este caso fue revocado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso tras un recurso de nulidad interpuesto por el colegio³⁰⁷. La sentencia de nulidad, en forma inexplicable, determinó que la prueba de indicios en el procedimiento de tutela no es aplicable al despido discriminatorio. Cabe aclarar que este no ha sido el criterio de otras cortes y que la doctrina y la comunidad laboral ha criticado fuertemente esta sentencia de segunda instancia. De hecho, en

307 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 163-2009, de 27 de julio de 2009.

sentencia de unificación de jurisprudencia, la Corte Suprema aclaró que la prueba de indicios es aplicable a todos los casos de tutela, incluyendo la no discriminación³⁰⁸.

Un caso posterior fue una sentencia en la ciudad de La Serena, Rojas con Inversiones Córdova y Rodríguez Ltda.³⁰⁹, donde una vendedora fue despedida por su edad: 50 años. Se le señaló que no podía seguir trabajado con la empresa, ya que no se ajustaba a las nuevas políticas de la mandante, telefónica Movistar, que limitaba como edad máxima la de cincuenta años para el perfil ejecutivo de vendedor.

La prueba testimonial fue contundente en cuanto al fin discriminatorio del despido, ya que la trabajadora iba a cumplir 51 años. Además, en el documento de la empresa mandante Movistar, denominado “modelo preferente, canales indirectos”, acompañado en la prueba y que indica el perfil ejecutivo de vendedor asesor comercial, se expresa claramente que la edad máxima para estos ejecutivos era de 50 años.

La sentencia concluyó que se excluyó de su trabajo a personas en razón de la edad, lo que constituye una desigualdad de trato en el empleo y por ende una discriminación, ya que el trabajo desarrollado por la demandante es una prestación de servicios que perfectamente puede ser realizada por personas de 50 años o más, dado que no hay ninguna imposibilidad de carácter física o intelectual que impida a estas personas, entre ellas la demandante, realizar la labor de ejecutiva de ventas para la cual fueron contratadas.

En definitiva la trabajadora obtuvo seis meses de indemnización. El recurso de nulidad interpuesto por la empresa fue rechazado³¹⁰. Otro caso contra la misma empresa también fue fallado a favor de los trabajadores³¹¹.

308 Corte Suprema, Rol 7023/2009, de 14 de enero de 2010. Nos referiremos a esta sentencia en el capítulo 3.6 Ponderación y prueba de indicios.

309 Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, RIT T-2-2010, 5 de abril del 2010.

310 Rol 49-2010, de 18 de junio de 2010, La Serena, Chile.

311 Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, RIT T-3-2010, de 5 de abril de 2010.

Un caso muy importante es de discriminación de una trabajadora musulmana en TP Chile³¹². Se trataba de una denuncia por vulneración al derecho a la integridad psíquica, respeto y protección de la honra y no discriminación por religión de la trabajadora, quien desde el 14 de enero de 2007 prestaba servicios en la empresa como agente telefónico.

Producto de la investigación realizada, se constató que la Sra. Jerez (project manager de TP) dio la orden a los supervisores Ojeda y Castro de que la hostigaran para que renunciara por profesar la fe musulmana. De hecho, diariamente la trataban y llamaban a viva voz como “perra musulmana”. Además, se le aislaba del resto de sus compañeros de trabajo (tenía su pausa de descanso por separado y no tenía puestos colindantes al lugar donde trabajaba); sufría malos tratos verbales, burlas e insultos delante de otros compañeros de trabajo; de igual forma, constantemente le hacían comentarios inapropiados sobre sus creencias, prohibiéndosele hacer el saludo islámico a clientes de la misma fe, y siendo más exigentes con su desempeño en comparación con los demás.

Todas estas actitudes estaban en conocimiento de la gerencia de recursos humanos, la que nada hizo, incumpliendo así su deber de protección. Esta situación produjo en la trabajadora un cuadro de trastorno depresivo mayor con crisis de pánico por acoso laboral, y claramente constituyó un caso de discriminación que además afectaba su integridad psíquica y el derecho al respeto y protección de su honra.

El juez del trabajo señaló que de acuerdo a la prueba rendida, especialmente el informe de fiscalización, se tuvo por acreditado que los supervisores representaban en TP Chile el poder de dirección y control de la empresa, que tenían conocimiento de la fe que profesaba la trabajadora, y que se burlaban de ello (con expresiones como “vieja loca, perra musulmana, vieja ridícula, que se vaya del país”) llegando a ser conocida por todos como “la musulmana”. También se tuvo por acreditado que se le otorgaba su descanso en condiciones diferentes

a sus compañeros de trabajo, que inclusive se le negaba la posibilidad de salir junto a otros agentes, que se le asignó un puesto de trabajo alejado del resto, etcétera.

En consecuencia, estimó que los hostigamientos descritos produjeron en la trabajadora un menoscabo en su integridad psíquica y en su honra, por cuanto sufrió de depresión mayor, disminuyó sus competencias en el trabajo, y fue tratada inadecuadamente. Por tanto se acogió la demanda y se declaró que TP Chile S.A. había vulnerado el derecho a la no discriminación por religión de la trabajadora, ordenando lo siguiente: el cese inmediato de tal vulneración, poniendo fin a los malos tratos y diferencias existentes; que se mantuviera la asignación de un nuevo product manager y supervisor a la trabajadora; la destinación de la Sra. Jerez y los Sres. Ojeda y Castro a un lugar físico diferente del de la trabajadora; la realización de una capacitación destinada al desarrollo de competencias para un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados; la publicación de una carta de disculpas y el envío de copia de la sentencia al mandante principal Vodafone en España, y el pago de una suma de \$5.000.000 por concepto de daño moral a la denunciante. Se condenó en costas por \$800.000.

Cabe precisar, finalmente, que este caso fue tramitado y sentenciado estando vigente el contrato de trabajo de la afectada.

Otro caso interesante es la sentencia Omerovich con Iss Servicios Generales Ltda.³¹³, donde la demandante había celebrado un contrato de trabajo con fecha 7 de diciembre de 2010, para efectuar labores de especialista en limpieza, bodega, mantención, junior o la función que el empleador encomendara al trabajador, en una empresa contratista de aseo. La señora Omerovich tenía una leve cojera y había dejado su muleta donde el guardia a la entrada de la contratista. Ese mismo día fue enviada a la empresa principal, Megavisión, pero al entrar el guardia no le permitió guardar o dejar la muleta en recepción. Al verla, la supervisora le dijo que siendo coja no podía trabajar con muletas. La señora Omerovich intentó explicar que había trabajado

en el rubro sin problemas y que las muletas eran sólo de ayuda en la calle, pero fue enviada de vuelta a la sede principal de la contratista. Esa misma tarde, en la sede principal, la persona que la había contratado en la mañana la maltrató y humilló, diciéndole “coja mentirosa” y “coja discapacitada”.

Se acreditó ante el tribunal que la actora no utilizaba las muletas de manera permanente, sino sólo como un apoyo para desplazarse en la vía pública.

Del mismo modo, se comprobó que la demandante contaba con factores de vulnerabilidad psicológica por su discapacidad física, trastorno por somatización, trastorno de personalidad con rasgos dependientes infantiles, características de personalidad que permitían concluir que padecía un trastorno adaptativo ansioso severo, vinculado al hecho de impedirle ejecutar el contrato de trabajo en razón de haberse presentado con muletas.

En definitiva se condenó a la empresa por discriminación por discapacidad, agregando a la indemnización especial del artículo 489 (de seis meses) otra por daño moral (de cinco meses).

3.2.4 Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada

A propósito de este acápite, nos remitimos a lo explicado a propósito de los medios tecnológicos y al control del empleador en la relación de trabajo (párrafo 2.2.2).

3.2.5 Libertad ideológica y religiosa

La vulneración de la *libertad ideológica y religiosa* del trabajador también podría ser objeto del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 19 N° 6, inciso primero, asegura a todas las personas 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, las buenas costumbres y al orden público.

La vulneración de la *libertad ideológica y religiosa* del trabajador también podría ser objeto del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

El artículo 485 inciso primero del CT menciona expresamente este inciso primero del artículo 19 N° 6. En doctrina no existe claridad absoluta y menos uniformidad sobre el alcance y la delimitación de la libertad de conciencia, de pensamiento, ideológica y religiosa.

La libertad de conciencia, desde una perspectiva restringida, alude a la libre determinación del juicio moral en relación a una conducta particular³¹⁴. Desde una perspectiva más amplia, se ha planteado que la libertad de conciencia implica la libertad de creer o tener convicciones en diversos tipos de materias, que abarcan desde temas sociales y religiosos hasta morales y jurídicos³¹⁵.

La libertad ideológica conecta con el cuerpo de ideas fundamentales o básicas a las que adhiere una persona, y que determinan su cosmovisión y concepción de la vida y el mundo³¹⁶. Desde una perspectiva amplia, se identifica con la libertad de pensamiento, y alude a la libertad de cada uno de adoptar sus propias convicciones según lo que estima verdadero en cualquier ámbito, explicitándolo³¹⁷. Es decir, no sólo incluyen una dimensión interna de la persona, sino también una externa, práctica, de obrar y vivir de acuerdo con sus convicciones ideológicas³¹⁸.

Por su parte, la libertad religiosa alude al derecho de las personas para relacionarse con Dios de acuerdo a los dictados de su conciencia, sin coacción de autoridad u otra persona³¹⁹. Conlleva el derecho individual de mantener la experiencia religiosa en la esfera privada y también el derecho de manifestar individual o colectivamente su culto³²⁰.

Desde esta perspectiva, el N° 6 del artículo 19 acoge tanto la libertad de conciencia como la ideológica (manifestación de todas las creencias) y la libertad religiosa (el ejercicio libre de todos los cultos).

314 LÜER (2013), p. 20.

315 Cereceda y también Serrano citados por LÜER (2013), p. 22.

316 LÜER (2013), p. 23.

317 LÜER (2013), p. 23.

318 García citado por LÜER (2013), p. 23.

319 LÜER (2013), p. 24.

320 Fernández Márquez citado por LÜER (2013), p. 25.

Para nuestra doctrina constitucional, la libertad de conciencia significa, desde una perspectiva subjetiva, que el ser humano tiene derecho a pensar y adherir a la verdad de cualquier orden que se le presente a su inteligencia, sin presión de ninguna especie³²¹. Esta libertad no puede ser objeto de prohibición, regulación, sanción u orden alguna por parte del ordenamiento jurídico, mientras permanezca en el orden interno. Desde una perspectiva objetiva, la libertad de conciencia comprende el derecho de manifestación exterior o pública de todas las creencias, en forma individual o colectiva, se trate de una simple manifestación, de su práctica o de su enseñanza³²².

En materia laboral, obviamente, nos interesará la libertad ideológica del trabajador y su libertad religiosa y de culto. Lo anterior, dada la imposibilidad de determinar las conciencias de las personas incluyendo a los trabajadores, a pesar de la propaganda y otras formas de sugestión.

En la actualidad, la Ley N° 19.638 de 1999, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, precisa en su artículo 2 que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán estas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y en la ley.

Complementando lo anterior, en su N° 6 estatuye que la libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, entre otras facultades, las de profesar toda creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba (letra a); observar su día de descanso semanal y no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos (letra b), y elegir para sí la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (letra d).

321 VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002), *Derecho constitucional*, 2ª edición actualizada, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 258.

322 VERDUGO et al. (2002), p. 258.

Como regla general, las opciones ideológicas del trabajador no deben importar al empleador. No obstante, en casos excepcionalísimos, cuando la organización empresarial es expresiva de una ideología esencial en sus objetivos y actuaciones, puede adquirir cierta importancia la ideología del trabajador.

En la realidad práctica, la normativa existente es absolutamente insuficiente, ya que es posible encontrar formas de discriminación en base a las opciones religiosas de las personas (y también a sus opiniones políticas) sin que exista una tutela eficaz de las garantías descritas.

Existe escasa jurisprudencia de tutela referida a la libertad de culto, razón por la cual nos remitimos al caso de discriminación de la trabajadora musulmana en TP Chile de abril de 2010, ya comentado en el acápite 3.2.3.

En relación con la libertad ideológica y religiosa, y también con la libertad de opinión (respecto de esta última, ver párrafo siguiente), cobra especial relevancia lo sostenido a propósito de la actividad del trabajador en redes sociales en el contexto de la relación laboral, y el tema de las *empresas de tendencia o ideológicas*³²³. Debemos precisar que nuestro ordenamiento carece de una regulación relativa a las mismas, lo que evidentemente dificulta la delimitación de responsabilidades en esta materia.

Como regla general, las opciones ideológicas del trabajador no deben importar al empleador. No obstante, en casos excepcionalísimos, cuando la organización empresarial es expresiva de una ideología esencial en sus objetivos y actuaciones, puede adquirir cierta importancia la ideología del trabajador.

Se trata de las denominadas empresas de tendencia o ideológicas, caracterizadas por la “propagación de una doctrina específica” dentro del pluralismo existente en las sociedades democráticas³²⁴. Sin embargo, este pluralismo no puede reproducirse en plenitud al interior de estas organizaciones, ya que puede peligrar la consecución de sus objetivos. Ejemplos clásicos de organizaciones ideológicas o de tendencia son los partidos políticos y las iglesias, ya que es de su esencia propagar una cierta doctrina o ideología.

323 LÜER (2013).

324 LÜER (2013), pp. 39 y ss.

Desde una perspectiva interna el ideario o la creencia que profesan estas organizaciones obliga, en principio, a los integrantes de la misma en el sentido de tener que adecuar su conducta al referido ideario³²⁵ o, al menos, observar una “neutralidad” que no implica una renuncia de sus propias convicciones, sino que, en el desarrollo de la actividad laboral, deben respetar y no enfrentar la opción ideológica de la organización en que presta sus servicios propagando en ella sus propias ideas³²⁶.

La Unión Europea, en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dispone, en el párrafo segundo del artículo 4, que los Estados miembros podrán mantener legislación vigente, al momento de adoptarse la directiva, con una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Lo anterior, en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, en lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones. Estos casos no constituirán discriminación.

Agrega que, sin perjuicio de las disposiciones de la directiva, las iglesias y las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

325 IRURETA URIARTE, Pedro (2003), “Las organizaciones de tendencia ante el derecho”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVII N°2, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, p. 236.

326 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2004), “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Persona y Derecho*, 50, p. 366.

En el derecho alemán, se consideran empresas de tendencia aquellas que se encuentran “directa y principalmente al servicio de actividades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas y artísticas, o bien tienen una finalidad de información y manifestación del pensamiento”³²⁷.

En el derecho japonés se estima que estamos en presencia de empresas de tendencia cuando un ente, organización o empresa sin fines de lucro persigue objetivos políticos, religiosos, caritativos, asistenciales, culturales, etcétera.³²⁸.

Con todo, la amplitud de estas excepciones ha sido matizada por la doctrina, ya que persisten discusiones sobre los *alcances de esta materia*. En primer lugar, se ha hecho presente que la simple adscripción del empresario a una ideología no convierte a la empresa en una organización de tendencia. Tampoco debe confundirse la tendencia con el interés de la empresa³²⁹. Por ejemplo, en el caso *Townley* de Estados Unidos, los dueños de una empresa manufacturera de equipos mineros aseguraban ser empresa de tendencia, dado que habían hecho un pacto con Dios en cuanto su compañía sería “cristiana y operada desde la fe”. Este argumento fue rechazado por los tribunales dado que, para ser de tendencia, el propósito y la naturaleza principal de la respectiva organización debe ser la tendencia respectiva, en este caso, la religión³³⁰.

Por su parte, debe distinguirse la organización de tendencia de las actividades lucrativas que estas realizan, las que quedarían excluidas de la excepción³³¹.

Y del mismo modo, se ha diferenciado al interior de la empresa la tarea concreta a realizar por el trabajador. En este sentido, no todos los trabajadores de la misma tendrían limitada su libertad ideológica, sino sólo aquellos comprometidos en sus tareas con la ideología de la

327 ROJAS RIVERO, Gloria (1991), *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid, Trotta, p. 189.

328 ROJAS (1991), p. 189 nota 21.

329 ROJAS (1991), p. 188.

330 Caso citado por LÜER (2013), pp. 101-102.

331 ROJAS (1991), pp. 191 y 192.

organización³³². Es decir, se distingue entre tareas ideológicas y tareas neutras³³³. Estas últimas están vinculadas a funciones absolutamente irrelevantes para el cumplimiento del objetivo ideológico³³⁴.

Desde una perspectiva crítica, se ha señalado que así como la organización de tendencia puede exigir un trato excepcional, también la tendencia ideológica del trabajador debiera importar en la relación laboral³³⁵. Se habla del *trabajador ideológico*, poniendo en duda la supremacía de los fines ideológicos del empleador por sobre los del trabajador³³⁶.

Como señalamos, nuestro CT no se refiere expresamente a las empresas de tendencia. Por su parte, la Ley N° 19.638 de 1999, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, precisa en su artículo 2 que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán estas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y en la ley. Esta prohibición es general, sin perjuicio del reconocimiento doctrinal y excepcional a la situación de las empresas de tendencia, como en el caso de un partido político o una iglesia específica. La doctrina ha hecho presente la necesidad de una regulación legal específica de esta materia³³⁷.

3.2.6 La libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa

La Constitución Política, en el artículo 19 N° 12, establece la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, garantía comprendida expresamente en el artículo 485 inciso primero del CT.

332 APARICIO, Joaquín (1992), "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", *Autoridad y democracia en la empresa* (al cuidado de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos), Madrid, Trotta, p. 84.

333 Esta distinción entre tareas ideológicas y neutras se encuentra en el artículo 4 párrafo segundo de la Directiva 2000/78/CE. Véase LÜER (2013), pp. 42-43.

334 IRURETA (2003), p. 241 nota 33.

335 VISCOMI, Antonio (2003), "Osservazioni critiche su lavoro e 'tendenza' nelle fonti internazionali e comunitarie", *Lavoro e Diritto*, 4/2003, p. 593.

336 BAVARO, Vincenzo (2003), "Ideologia e contratto di lavoro subordinato", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N°98, año XXV, 2003, 2, p. 201.

337 LÜER (2013), pp. 138 y ss.

En nuestro ordenamiento, la *libertad de opinión y de expresión* son sinónimas. En la doctrina nacional se destaca la libertad de opinión como una de las más importantes del ser humano, en cuanto permite el ejercicio de los demás derechos y libertades fundamentales. En tal sentido, la jurisprudencia ha manifestado que esta libertad es un presupuesto básico del régimen democrático³³⁸. Por consiguiente, su ámbito de protección será múltiple.

Tres son los aspectos centrales de esta garantía³³⁹, a saber, el derecho a emitir información, la libertad de información y el derecho a recibir información. El primero comprende el derecho de toda persona para exteriorizar por cualquier medio y sin coacción lo que piensa o cree³⁴⁰. La libertad de información, por otra parte, implica la posibilidad de hacer partícipes a los demás de esa información. El derecho a recibir información se comprende dentro de la libertad de información.

Por su parte, su alcance abarca cualquier materia y su difusión puede ser por medios orales o escritos. Además, nuestro país ha ratificado diversos instrumentos internacionales que consagran, entre otras materias, la libertad de expresión e información, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” (art. 13).

Cabe agregar que la Ley N° 19.733 de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, se vincula directamente con los derechos fundamentales en estudio.

Esta libertad también puede verse afectada en las empresas de tendencia o ideológicas, que desarrollamos en el párrafo anterior.

338 *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas de la Constitución Política de la República de Chile de 1980* (1993), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 58.

339 VERDUGO et al. (2002), p. 261.

340 CEA (1988), p. 97.

No existen muchos casos de tutela en materia de libertad de opinión, aunque hay tres muy interesantes que citaremos a continuación.

Una trabajadora despedida por Conservas y Congelados Puerto Montt S.A., por falta de probidad, injurias graves e incumplimiento grave de obligaciones del contrato, demanda despido atentatorio de derechos fundamentales, dado que su despido se debía a la denuncia pública que había hecho de los productos en mal estado que se envasaban para exportación (navajuelas)³⁴¹.

En efecto, en el noticiero central del canal de televisión Megavisión se exhibió un reportaje que daba cuenta de una denuncia formulada por la demandante, junto a sus compañeras de trabajo doña Alejandra Muñoz y doña Raquel Mansilla, relativa al mal estado del producto navajuela que procesaban y malos tratos de parte de la gerente de la empresa demandada.

En dicha nota televisiva, al inicio se señala “no quieren dar la cara ni ser identificadas, por una razón bien simple: van a hacer una denuncia”, a continuación se muestran imágenes de navajuelas, indicándose “...navajuelas descompuestas, lo saben porque ellas mismas han participado en el proceso de elaboración, son faenadoras de Conservas y Congelados Puerto Montt, una empresa española que exporta sus productos a China”. Además, en la nota televisiva se apreciaba que las trabajadoras Raquel Mansilla, Alejandra Muñoz y la demandante son entrevistadas, refiriéndose esta última al estado de las navajuelas como “verdes, podridas, muertas”, “todos los días lo mismo, producto podrido para que se lo coma la gente, es un asco”, y “limpiando mierda todos los días”.

Junto con ello, en la nota se alude al mal trato de la gerente de la empresa. Finalmente, se indica que ni la gerente ni nadie de la empresa quiso referirse al tema y finaliza la nota con declaraciones

efectuadas por la Seremi de Salud, señalándose que ella manifestó que la planta había sido fiscalizada, que nunca dio motivo para censuras o clausuras, pero que esto la pone en guardia.

La sentencia declaró la afectación a la libertad de opinión de la demandante, señalando en su considerando decimoquinto: “Que se concluye, en consecuencia, que la actora ejerció su derecho a la libertad de expresión, en forma legítima, por cuanto de acuerdo al autor Humberto Nogueira Alcalá, ‘la libertad de información protege las visiones razonables de los hechos, con toda la dimensión personal a través de la cual pasa la respectiva narración’ (Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 2, pág. 123)”.

En definitiva, se condenó a la empresa a pagar la indemnización por años de servicio con un recargo del 80% y a pagar nueve meses por la indemnización especial del artículo 489.

Otro caso de interés es contra Farmacias Cruz Verde³⁴². Se trata de una causa en que los actores fueron despedidos por injurias al empleador e incumplimiento grave de obligaciones del contrato, por reclamar, mediante un lienzo, por sus derechos laborales en la cena anual de la empresa, el día 24 de noviembre de 2012. La exposición del lienzo fue por diez minutos y en él se leía lo siguiente: “¿Quien crece con el CRECE? Sueldos dignos. Sin negar. Mentir, cambiar para ganar”.

El significado de dicha frase era el siguiente: Crece es el nuevo sistema de remuneraciones que quería implementar el empleador, con el cual no estaban de acuerdo, y los sueldos dignos era su protesta por mejores salarios, mientras que la frase “Sin negar. Mentir, cambiar para ganar” se refiere a la práctica usual en algunas farmacias de negar el medicamento genérico o más barato, para que el cliente compre uno más caro. Esa práctica era incentivada por los laboratorios y también por su empleadora, mediante comisiones y premios por lograr metas de ventas de un medicamento o producto.

342 Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, T-6-2013, de 16 de agosto de 2013.

En el considerando noveno, la sentenciadora señala: “Que, libertad de emitir opinión puede definirse como la facultad que posee toda persona para manifestar, comunicar o difundir a los demás lo que su mente posee (pensamientos, ideas y opiniones), en forma libre y sin que nada ni nadie pueda interferir en ello. Es decir, sin que exista coacción, presión o censura alguna. Que, si bien en el caso de marras no hubo un control previo por parte del empleador que impidiera la realización de la manifestación de los trabajadores, lo cierto es que la decisión de desvincular a sus dependientes, a juicio de esta magistrado, sí vulnera la libertad de opinión esgrimida, ya que la referida sanción fue aplicada como consecuencia de la opinión manifestada por los actores, respecto de ciertas conductas o actuaciones de la empleadora. Que, la libertad de emitir opinión o de expresarse libremente no puede verse limitada por el momento, lugar, o forma en que se manifiesta, como pretende la demandada, ya que para la protección efectiva de esta libertad o derecho no resulta necesario que la opinión que una persona posea sobre una determinada situación le afecte personalmente, como se alega en la contestación de la demanda, por cuanto estos trabajadores no se encuentran sometidos al sistema remuneracional denominado Crece, así como tampoco reviste importancia para estos efectos, la oportunidad en que se realizó la manifestación, razonar en sentido contrario, significaría coartar dicha libertad. Que, este tribunal estima que los demandantes actuaron dentro del ámbito de protección que les ampara el derecho constitucional consagrado en el inciso 1° N° 12 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, y que se alega vulnerado en estos autos, y por lo tanto, dicha actuación no debió ser sancionada por el empleador con su desvinculación de la empresa, más aun considerando los años de servicios de los actores, el efecto inhibitorio para sus restantes dependientes, y que la demandada en pleno ejercicio de su poder de dirección pudo aplicar una sanción, amonestación o medida disciplinaria menos gravosa que el despido, atendido, por lo demás, lo consignado en el reglamento interno de esta empresa”.

En definitiva, la empresa fue condenada al pago de las indemnizaciones al tenor de los artículos 489 y 168 del CT, decretándose seis meses por la indemnización especial del artículo 489.

Finalmente, un caso muy interesante es de una pesquera que no respeta la veda de la merluza³⁴³. El demandante, un tripulante, fue despedido y dejado a su suerte en Tomé (su residencia era en Coquimbo) cuando su empleador tomó conocimiento de un video grabado por el actor mientras se encontraba a bordo del barco de su empleador, desempeñando las funciones de tripulante de cubierta. Con dicho video pretendía informar y denunciar la faena realizada en la embarcación, relativa a la pesca abusiva e indiscriminada de la merluza, pescado que se encontraba en veda y que era capturado en forma desmedida como consecuencia de la pesca de arrastre de camarón que realiza la embarcación. El actor quería denunciar este hecho a la opinión pública (la intención era exhibir el video en el Consejo Zonal de Pesca de las regiones de Atacama y Coquimbo). El despido fue por falta de probidad.

En el considerando decimoséptimo, la sentenciadora manifiesta: “Que los hechos relatados no configuran la referida causal, toda vez que la acción del actor no puede ser calificada como una falta de probidad en los términos que la disposición legal mencionada establece, sino sencillamente su conducta reflejó el ejercicio del legítimo derecho consagrado en la Constitución Política de la Republica en el artículo 19 N° 12, referente al derecho que tiene todo ciudadano de este país a emitir opinión y el derecho a informar sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio que el Tribunal está obligado a resguardar. Así, el actor denunció una situación a petición de los dirigentes gremiales de Coquimbo, que consideraban injusta y que era necesario dar a conocer y revertir, pero ello, en caso alguno, autoriza al empleador demandado a poner término a la relación laboral, como lo ha hecho, máxime cuando la situación acontecida es una situación que se refiere a todo el país, a todos los pescadores artesanales y a todos los industriales pesqueros, no es una situación que sólo se refiera a esta cuarta región, si bien en esta zona tiene características especiales por el tema de las cinco millas marítimas”.

343 Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, T-47-2014, de 27 de febrero de 2015.

En definitiva, la empresa fue condenada al pago del lucro cesante del trabajador (del 16 de septiembre al 31 de diciembre de 2014), decretándose seis meses por la indemnización especial del artículo 489 del CT.

3.2.7 Libertad de trabajo

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 ley³⁴⁴. A nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador.

Esta disposición no sólo ampara la libertad de trabajo sino el trabajo mismo³⁴⁵. Esta garantía, por otra parte, comprende la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, abarcando tanto al trabajo dependiente como al independiente.

En la causa Araos con Express de Santiago Uno S.A.³⁴⁶, el demandante era un ingeniero empleado como gerente de operaciones que fue despedido luego de dos semanas de haber sido contratado. El trabajador había sido empleado después de un proceso donde el nuevo empleador lo había contactado e invitado a reunirse, lo había apresurado para que comenzara a la brevedad a prestar servicios dejando una muy buena relación laboral en la cual se encontraba, donde tenía una alta remuneración, era respetado y ocupaba un lugar de privilegio desde hacía más de siete años. El demandante renunció a dicho empleo, perdiendo su indemnización por años de servicio, en atención al nuevo desafío que se le había planteado por la demandada.

Lamentablemente esto terminó mal. No alcanzó a trabajar dos semanas y fue despedido sin causal (por ser gerente se le aplicaba el desahucio o despido *ad numtum*) sin quedar claro el motivo y causándole severos perjuicios.

344 EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986), *Los derechos constitucionales*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 216.

345 BULNES ALDUNATE, Luz (1980), "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho Público*, 1980, N° 28, Universidad de Chile, pp. 207-224, p. 214.

346 Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-66-2103, de fecha 24 de julio de 2013.

La sentencia expresó que: “...resultó acreditado que la empresa Inversiones Alsacia S.A. por intermedio de sus personeros negoció y gestionó con el demandante su contratación, previo a que él renunciara a su antiguo empleador, con quien mantuvo una relación laboral de más de siete años de vigencia, siendo contratado incluso por un sueldo inferior y que para materializar su incorporación se le pidió previamente el finiquito o renuncia con S.T.P. Santiago S.A. Unido a lo anterior, tras sólo ocho días de relación laboral, la demandada Inversiones Alsacia S.A. despide al demandante, ejerciendo una de las facultades que le confiere la ley que es despedirlo sin expresión de causa, sin embargo aquel hecho resulta a lo menos extraño y por sobre todo reprochable, impidiendo al demandante, sin justificación suficiente, ejercer el trabajo para el cual fue contratado en tan breve lapso de tiempo habiéndose prácticamente exigido su renuncia formal al empleo anterior, en el cual además percibía una remuneración mayor. Que si bien es cierto el demandante es un hombre adulto, respecto de quien no se ejerció presión para renunciar a su antiguo empleador para ser contratado por Inversiones Alsacia S.A., no es menos cierto que es lógico y razonable pensar que el demandante se haya visto tentado y convencido por mejores expectativas laborales en una empresa de mayor envergadura e importancia respecto de su antiguo empleador, la que finalmente lo contrata y lo despide a los ocho días de vigencia de relación laboral, coartando sus posibilidades de desarrollar las labores para las que fue contratado –a instancias de la demandada– y de volver a su antiguo empleo. Que a juicio de esta sentenciadora, con el actuar de la demandada Inversiones Alsacia S.A. lesionó la Garantía Constitucional contemplada en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República sin justificación suficiente y sin respeto a su contenido esencial. Que lo anterior no implica interpretar aquella norma como una garantía de permanencia duradera en el empleo, sino que es el resultado del análisis de la conducta desplegada por la demandada para contratar al actor y el poco tiempo que duró la relación laboral, si bien por una causal legal, sin dar una explicación razonable al menos en la contestación de la demanda, que permitiera a esta sentenciadora hacer un análisis de proporcionalidad entre la decisión adoptada por la empresa y la garantía Constitucional conculcada” (subrayado en el original).

En definitiva, se condenó al pago de ocho meses de remuneración como indemnización especial del artículo 489 del CT, más la indemnización del aviso previo y el pago de los días trabajados.

3.2.8 Libertad sindical

La libertad sindical implica el derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses en común³⁴⁷. Sus componentes esenciales son la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga³⁴⁸.

Una de las sentencias de tutela más relevantes en materia de libertad sindical y derecho de huelga ha sido la denominada Caso Tambillo (28 de mayo de 2009)³⁴⁹. En un procedimiento de negociación colectiva legal, el sindicato votó y ejecutó la huelga a partir de mayo de 2009. Para efectos de presionar a los trabajadores en huelga, la empresa decidió retener las remuneraciones correspondientes al mes de abril, ya devengadas.

El sindicato accionó de tutela de derechos fundamentales por transgresión a la *libertad sindical* y el tribunal ordenó el pago de las remuneraciones adeudadas.

Luego de sucesivas multas, el empleador mantuvo su decisión de no pagar, por lo que el tribunal ordenó el arresto del jefe de planta de la empresa. Esta recurrió de amparo preventivo (*habeas corpus*) y la Corte de Apelaciones de La Serena³⁵⁰ revocó el arresto señalando que no procedía en el procedimiento de tutela y que la medida del tribunal era excesiva e inoportuna.

Se apeló de esta resolución a la sala penal de la Corte Suprema³⁵¹ y esta revocó el amparo y restableció el arresto del empleador por estimar que "...uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por las leyes números 20.022,

347 GAMONAL (2020), p. 59.

348 GAMONAL (2020), p. 20.

349 Juzgado del Trabajo de La Serena, RIT T-9-2009, de 28 de mayo de 2009.

350 Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 108-09, de 2 de junio de 2009.

351 CS segunda sala en lo penal, Rol 3779-09, de 15 de junio de 2009.

El procedimiento de tutela “constituye un sistema omnicomprendido de salvaguardia de derechos, que se funda en el respeto y acatamiento directo de las normas constitucionales en las relaciones laborales, que afecten derechos fundamentales de los trabajadores contemplados en la Constitución Política de la República”.

20.023, 20.087, 20.260 y 20.287, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la vigencia plena de los derechos que el trabajador detenta no sólo en tal calidad, sino que también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental en las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos, más democráticos como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral”.

Agregó que el procedimiento de tutela “constituye un sistema omnicomprendido de salvaguardia de derechos, que se funda en el respeto y acatamiento directo de las normas constitucionales en las relaciones laborales, que afecten derechos fundamentales de los trabajadores contemplados en la Constitución Política de la República”.

La Corte Suprema consideró adecuado el arresto como última medida frente a una práctica antisindical como la descrita.

3.3 La garantía de indemnidad

La garantía de indemnidad es toda una novedad en el derecho laboral nacional³⁵². El *origen* de la garantía de indemnidad se encuentra en el derecho norteamericano del trabajo, específicamente en la Ley de Relaciones Laborales del año 1935 (Ley Wagner) en su artículo 8 (a) (4) y en la *Fair Labor Standard Act* en su artículo 215 (a) (3) (FLSA), de 1938, donde ambas estatuyeron la protección frente a la *retaliation* o represalias del empleador. En un caso del año 2011, la Corte Suprema norteamericana (*Kasten v. Sait-Gobain Performance Plastics Corporation*) interpretó extensiva y protectoramente la *Fair Labor Standard Act* al dictaminar que los trabajadores estaban protegidos por la garantía de indemnidad (*anti retaliation provisions*) incluso frente a un reclamo verbal efectuado ante el mismo patrón³⁵³.

En *derecho comparado* se le ha definido como la “exención de sanciones o represalias para quien ejerce un derecho o hace valer sus posiciones jurídicas”³⁵⁴. En nuestro país, el derecho a la indemnidad laboral o a la garantía de indemnidad tiene por objeto proteger al trabajador frente a eventuales represalias de su empleador, producto de las acciones judiciales o administrativas que interponga en su contra, o por su participación en ellas como testigo o por haber sido ofrecidos en tal calidad, estando vigente el contrato de trabajo. Por consiguiente, permite que el trabajador no se vea amedrentado para accionar por sus derechos, evitando de esta forma que los mismos prescriban sin ser ejercidos mientras se ejecuta la relación laboral. Esto se vincula con el principio de protección del trabajo consagrado en el artículo

352 En GAMONAL C., Sergio y ROSADO MARZÁN, César (2014), “Protecting Workers as a Matter of Principle: A South American View of U.S. Work Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 13 N° 4. Sobre esta garantía en Chile, UGARTE (2010), pp. 36 y ss.; UGARTE (2018), pp. 216 y ss.; GUIDI MOGGIA, Caterina (2008), “Consagración legal de la garantía de indemnidad en nuestro ordenamiento jurídico laboral”, *Estudios Laborales*, N° 2, pp. 23 y ss., y MARTÍNEZ MERINO, Gonzalo (2012), “La garantía de indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y el *common law*”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N° 2, pp. 333 y ss.

353 GAMONAL y ROSADO (2014), pp. 641-643.

354 ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2005), *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, Bomarzo, p. 37.

19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental, por cuanto la garantía a no ser objeto de represalias por parte del empleador por el ejercicio de sus derechos sería indispensable para la protección del trabajador, contratante más débil de la relación de trabajo³⁵⁵.

La garantía en examen plasma el derecho a la *tutela judicial efectiva*, consagrado implícitamente en el artículo 19 N° 3 de la CPR. Si bien esta disposición constitucional no hace referencia expresa a este derecho, su consagración “se construye desde la haz de derechos establecidos en el artículo 19 número 3: igual protección en los derechos (inciso primero), derecho a defensa jurídica (inciso segundo) y debido proceso (inciso tercero)”³⁵⁶.

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el artículo 24 de su Constitución, al consagrar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconoce tácitamente la garantía de indemnidad; por consiguiente, lo propio podríamos concluir a propósito de nuestra Carta Fundamental, desarrollando para estos efectos una construcción dogmática coherente con lo expuesto.

Fortaleciendo la tesis expuesta, se ha entendido que uno de los principales objetivos de la Ley N° 20.087 fue “la necesidad de materializar en el ámbito laboral el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone no sólo el acceso a la jurisdicción sino también que la justicia proporcionada sea eficaz y oportuna”³⁵⁷. De ahí la importancia de la garantía de indemnidad, que permite el cumplimiento efectivo del derecho.

A diferencia de los demás derechos contemplados en el artículo 485 del CT, estaríamos en presencia de un derecho fundamental construido como una regla y no como un principio³⁵⁸, desde la pers-

355 UGARTE (2018), p. 217.

356 UGARTE (2006), p. 110.

357 HENRÍQUEZ, Helia, RIQUELME, Verónica, GÁLVEZ, Thelma y MORALES, Gabriela (2006), “Lejos del trabajo decente: el empleo desprotegido en Chile”, *Cuaderno de Investigación* N° 30, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, noviembre 2006, Santiago, p. 157.

358 UGARTE (2018), p. 224.

pectiva estructural de Alexy (véase párrafo 1.1), lo que conlleva una aplicación sin ponderación, lo cual es de toda lógica en el sentido de que no existen “represalias justificadas”.

La variedad de conductas protegidas es amplia y no es relevante el éxito de la acción emprendida por el trabajador, es decir, si por ejemplo la DT rechaza su reclamo y luego es despedido el trabajador respectivo, igualmente se trata de una represalia. Los tribunales han aceptado también la aplicación de la garantía de indemnidad incluso ante denuncias penales³⁵⁹.

Y perfectamente podría haber represalias empresariales una vez terminada la relación laboral, como se indica en una sentencia española de 1988, en el caso de la negativa del empresario a suministrar referencias de una extrabajadora como represalia por las reclamaciones judiciales realizadas en contra de la empresa³⁶⁰. También por la “circulación de listas negras entre empresarios, la exclusión de los trabajadores conflictivos de la previsión social complementaria de la empresa, la negación de determinadas ventajas o beneficios que la empresa pudiera tener establecidas para sus antiguos empleados (por ejemplo, tarifas reducidas o acceso gratuito a los servicios proporcionados por la empresa) o, si se trata de una empresa que ofrece productos o servicios al público en general (banca, electricidad, agua) algún tipo de discriminación en el acceso a ellos”³⁶¹.

Una sentencia interesante de indemnidad es el caso Olivares³⁶², donde una trabajadora es contratada pero el empleador no escritura el contrato en el plazo que ordena la ley (artículo 9 del CT). Después de diversas conversaciones con sus superiores y dado que su situación se mantenía, la trabajadora recurre a la DT, que ordena al empleador escriturar el contrato. No obstante, el empleador se niega y es multado.

359 Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-272-2011 (caratulado “Vicuña Vergara con Santa Úrsula”), de 18 de octubre de 2011.

360 ÁLVAREZ (2005), p. 120.

361 ÁLVAREZ (2005), p. 121.

362 Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, RIT T-4 2008, de 20 de febrero de 2009.

Luego se producen otros reclamos con idéntico resultado. Cabe hacer presente que en otras oportunidades la empresa había sido multada por distintos incumplimientos laborales. La trabajadora es hostigada y recibe maltratos verbales. Finalmente es despedida sin que se cumplan las formalidades que exige la ley.

La sentencia precisa: “Estas tres fiscalizaciones, resultan a juicio de este juzgador, bastante decidoras y constitutivas de indicios de represalias por la actividad de la Dirección del Trabajo, en primer lugar, debido a que en todas ellas, es decir, ya sea en las visitas inspectivas o las consecuentes multas, se aprecia el nombre de la trabajadora ligado a una sanción y en la última, derechamente a la fiscalización completa, lo que devela que era una situación conocida por el empleador y que le acarreó severas multas”.

Agrega el fallo que “a todas luces, resulta innegable que ninguna explicación se ha dado para esclarecer las motivaciones que llevaron a la empresa a poner término a la relación con la trabajadora, ni menos se puede entender que haya habido alguna proporcionalidad en su actuar, toda vez que se aplicó la sanción laboral más alta que existe, esto es, poner término a un contrato de trabajo, porque la actora solicitó que se cumpliera con uno de los derechos más básicos y fundamentales de todo trabajador, como es, la escrituración de su contrato, para lo cual requirió la intervención de la autoridad pública, lo que produjo una represalia en su contra, desvinculándola de su fuente de trabajo”.

En definitiva se declaró el despido como atentatorio de derechos fundamentales al vulnerar la garantía de indemnidad y se ordenó el pago de las indemnizaciones que establece la ley, más una indemnización sancionatoria de \$1.680.000.

Otra causa de interés es la demanda de un guardia de seguridad por despido vulneratorio de derechos fundamentales y cobro de prestaciones, y en subsidio despido injustificado, en contra de Seguridad y Servicios Héctor Barahona EIRL y Cencosud Supermercados S.A.³⁶³.

El 11 de enero de 2007 el actor fue contratado para trabajar como guardia de seguridad en el supermercado Santa Isabel del mall “El Sol” de Quilpué, donde recibía órdenes directas del Sr. Rojas, supervisor de la empresa de seguridad y del Sr. Ávalos, encargado de la seguridad del supermercado. Desde mayo de 2008 el empleador dejó de otorgar a los trabajadores el descanso dominical, por lo que con fecha 24 de octubre de 2008 el demandante realizó denuncia ante la Inspección del Trabajo. El día 29 de octubre se realizó la fiscalización y se constató que el empleador no otorgaba el descanso de al menos dos domingos al mes, junto con otras infracciones³⁶⁴, cursándosele las multas correspondientes. Luego de la fiscalización, el actor comenzó a ser objeto de actos de represalia, se le obligó a realizar doble turno y se le llamó la atención por su deslealtad frente al personal y público presente.

El día sábado 8 de noviembre, al iniciar su jornada, no pudo registrar su ingreso y salida ya que el supervisor se había llevado el libro de asistencia, por lo que solicitó que se dejara constancia de su asistencia en la bitácora de los guardias de seguridad. Al día siguiente, al llegar a su trabajo, el Sr. Rojas le informó que no seguiría prestando servicios en dicho local y que el día 10 de noviembre debía presentarse en la oficina de Viña del Mar, donde le informarían su nuevo local; el actor dejó constancia de lo ocurrido en la comisaría de carabineros respectiva. Así, el día 10 se presentó en la aludida oficina y el jefe de recursos humanos le informó verbalmente su despido por faltas reiteradas e injustificadas al trabajo, para luego recibir la carta de aviso fundada en la causal del artículo 160 N° 3 del CT, esto es, por ausencia injustificada los días 8 y 9 de noviembre.

363 Juzgado del Trabajo de Valparaíso, RIT T-5-2009, de 6 de mayo de 2009.

364 No tener en el lugar de trabajo copias de los comprobantes de pago, ni del reglamento interno, y tampoco los trabajadores contaban con los implementos de seguridad necesarios.

La demandada hizo presente que el despido era por la causal de caducidad ausentismo laboral y agregó que las multas cursadas por la Inspección del Trabajo fueron dejadas sin efecto.

El tribunal precisó que consta que la denuncia se hizo por el actor en días previos al despido y que la garantía de indemnidad es el derecho que tiene todo trabajador a interponer las denuncias administrativas o ejercer las acciones judiciales que estime pertinentes, sin que por ello deba sufrir como represalia el despido, y es evidente que la garantía no puede estar sujeta al resultado de la acción, es decir, si deviene o no en desfavorable para el empleador. Así, se veda a este último la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, la que puede revestir diversas modalidades, como el despido. Se trata de un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y protegido por la acción de tutela. Así, busca asegurar al trabajador, parte débil de la relación laboral, la posibilidad del ejercicio de cualquier actuación para reclamar una posición jurídica ante quien ostenta una posición de privilegio, siendo un límite a los poderes empresariales (inciso primero del artículo 5 del CT), entre los cuales se encuentra despedir.

En definitiva, declara que el despido ha sido con vulneración de la garantía de indemnidad y que el demandado deberá pagar al actor la indemnización sustitutiva de aviso previo, por años de servicios con recargo del 80% y el máximo de la indemnización adicional del artículo 489 del CT, equivalente a \$2.296.250, debiendo Cencosud Supermercados S.A. pagar solidariamente. Además, la demandada principal deberá entregar a sus trabajadores una cartilla con información acerca de los domicilios en que funcionan las dependencias de la Inspección del Trabajo de la Región de Valparaíso, sus teléfonos y correos electrónicos. Se condena al pago de costas equivalentes al 10% de las sumas que se ordena pagar.

Por último, es de gran interés una sentencia que aplicó esta garantía cuando el trabajador había declarado como testigo, previo a que esta aplicación fuera deducible del tenor expreso del artículo 485 inciso tercero³⁶⁵.

Este fallo sostuvo que, aunque era cierto que esta posibilidad no estaba contemplada expresamente en el artículo 485 inciso tercero del CT, resultaba plenamente compatible aplicar el procedimiento de tutela por indemnidad en estos casos al tenor de lo dispuesto en el artículo 454 N° 5 párrafo final del CT, que establece que la comparecencia del testigo en un juicio del trabajo no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.

Se trataba de una demanda contra una EIRL³⁶⁶, donde la actora había sido contratada el 12 de febrero de 2008 como vendedora de artículos de óptica, cargo en el que se desempeñó hasta el 15 de mayo del 2009, fecha en que fue despedida por la causal de necesidades de la empresa fundada en racionalización, siendo a juicio de la demandante la verdadera motivación el hecho de asistir al Juzgado de Letras de La Serena como testigo en el juicio seguido por su hermana contra su empleadora, constituyendo una flagrante represalia que lesionó la garantía de indemnidad contemplada en el artículo 485 del CT; que también comprendería este caso, ya que el proceso está constituido por una serie de actos que se inician con la interposición de la demanda y terminan con el pronunciamiento de la sentencia, dentro del cual se inserta la actuación como testigo. Sostuvo que, de no entenderse así, se dejaría en indefensión no sólo a quien asiste a declarar sino también a quien solicita su declaración, lo que atenta contra el espíritu del legislador. A lo que se sumaba la coetaneidad entre el despido y la declaración en juicio (un día de diferencia), el haber sido la única trabajadora despedida y que al poco tiempo se contratara un reemplazo.

365 Tras las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.974 de 3 de diciembre de 2016.

366 Juzgado del Trabajo de La Serena, RIT T-13-2009, de 14 de octubre de 2009.

El tribunal acogió la demanda de tutela, declarando que el despido de la actora fue vulneratorio de la garantía de indemnidad y, en consecuencia, se ordenó el pago de la indemnización sancionatoria del artículo 489 equivalente a ocho remuneraciones (\$1.272.000). En esta causa no se condenó en costas.

3.4 **Ámbito material, espacial y temporal de aplicación de la acción de tutela**

3.4.1 **Ámbito de aplicación espacial y material**

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial y material existen dos temas que a nuestro juicio revisten especial relevancia: la tutela en la etapa precontractual laboral y en el sector público.

3.4.1.1 **Tutela en la etapa precontractual**

Variados y disímiles son los desafíos a que se ha enfrentado la doctrina laboral y el legislador nacional en la etapa que precede al inicio del vínculo contractual, entre otros, los que se derivan de las distintas interpretaciones y posiciones acerca del ámbito de aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en específico, si procede o no demandar la tutela laboral por actos vulneratorios de derechos fundamentales ocurridos en la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo.

Esto, porque desde una perspectiva legal sólo existen algunas pocas normas jurídicas que regulan aspectos referidos a esta etapa del iter contractual, a saber: el inciso séptimo del artículo 2 del CT, que prohíbe condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones económicas, financieras, bancarias o comerciales que, de conformidad a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales, ni exigir para dichos fines declaración ni certificado alguno, salvo los casos que se mencionan en la misma disposición legal³⁶⁷; el inciso final del artículo 194 del CT, que prohíbe supeditar la contratación de una mujer al hecho de estar o no embarazada, como también exigir certificados o exámenes destinados a verificar si se encuentra o no en estado de gravidez; y el artículo 7 de la Ley N° 19.779 de 2001, que en esta etapa previa a la relación laboral prohíbe condicionar la contratación de trabajadores,

367 Se exceptúan de esta prohibición los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que estén a cargo de la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

tanto en el sector público como privado, a los resultados de la prueba destinada a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, y requerir con este objetivo la realización del mencionado examen. Y, además, el inciso segundo del artículo 485, que hace aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para conocer de los actos discriminatorios contemplados en el artículo 2 del CT, con excepción de los consignados en su inciso sexto, que se refiere precisamente a las “ofertas discriminatorias de trabajo”.

Por consiguiente, como se desprende del tenor literal de los artículos 485 inciso segundo y 2 inciso sexto del CT, el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales pareciera excluir la etapa precontractual, en cuanto margina expresamente de la protección que contempla a las ofertas de trabajo. Se ha sostenido que esta sería una de las principales deficiencias del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ya que nuestro ordenamiento jurídico no contemplaría una acción judicial destinada a proteger al postulante a un empleo frente a las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que pueda sufrir en la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo, en un procedimiento simplificado y en el que se contemple un sistema de prueba indiciaria que posibilite la determinación de estos actos y el posterior resarcimiento de los daños y perjuicios que estos ocasionan³⁶⁸.

Sin embargo, paulatinamente, este criterio ha ido cambiando y en la actualidad hay quienes sostienen la tesis contraria, es decir, que “la acción de tutela laboral que consagra nuestra legislación laboral es plenamente procedente respecto de los actos de discriminación que se produzcan durante una entrevista de selección de personal, esto es, durante una etapa precontractual”³⁶⁹.

Según Iturriaga, esta tesis se basa en “una interpretación armónica y coherente de las distintas normas legales, constitucionales e internacionales que se refieren a este tema”, al estatuto de responsabilidad

368 CAAMAÑO ROJO (2007), p. 117.

369 ITURRIAGA DELGADO (2016), Camilo, “Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. IV N° 1, Santiago, pp. 54 y ss.

contractual que correspondería aplicar a los daños generados al postulante a un empleo que negocia con el empleador, y al principio de buena fe³⁷⁰.

En relación al primer argumento, una interpretación armónica de los artículos 1, 19 números 2 y 16 de la Constitución Política de la República, de los artículos 2 inciso tercero, 5 y 485 del CT, y del Convenio N° 111 de la OIT sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, permitiría sostener que el inciso segundo del artículo 485 del CT debiera interpretarse restrictivamente, y por consiguiente, sólo se referiría a un tipo de discriminación en la etapa precontractual, a saber, “las ofertas de trabajo que establecen como requisito de postulación criterios de exclusión, preferencia o distinción que la ley considera ilícitos por no tener relación alguna con la capacidad o idoneidad personal del candidato, y en ningún caso hacerse extensiva al resto de situaciones discriminatorias posibles de ocurrir durante este período, como es el caso de las actuaciones lesivas que con dicho carácter acaezcan en una entrevista de selección de personal”³⁷¹.

Para reforzar este primer argumento podemos decir que la interpretación en favor de la tutela precontractual estaría acorde con los principios *pro libertate* (como presunción general en favor de la libertad del ciudadano)³⁷² y *pro homine* (siempre en favor del individuo)³⁷³, ambos contextualizados en materia laboral por la regla *in dubio pro operario*, dado que el trabajador es la parte débil. Además, es aplicable la regla *a contrario sensu*, es decir, el mismo legislador ha excluido en la etapa precontractual la tutela por las “ofertas de trabajo”, por tanto, más allá de la oferta, en las entrevistas, test psicológicos, etcétera, cualquier discriminación o afectación de derechos fundamentales es tutelable vía el art. 485 del CT³⁷⁴.

370 ITURRIAGA (2016), p. 66.

371 ITURRIAGA (2016), p. 59.

372 PÉREZ (1995), p. 315.

373 MEDINA, Cecilia (1996), “Introducción: el derecho internacional de los derechos humanos”, *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales N° 6, pp. 79 y ss.

374 Sobre afectación de derechos fundamentales en la etapa precontractual, por ejemplo test psicológicos, véase GAMONAL (2007), pp. 33 a 49.

Como segundo argumento, este autor postula que sería aplicable el régimen de responsabilidad contractual, salvo en el supuesto recién descrito. Para estos efectos cita a Von Ihering, quien sostiene que en las tratativas preliminares, la responsabilidad civil se funda en el principio de la culpa *in contrahendo* y que por lo tanto tendría el carácter de contractual. En el mismo sentido, parte de la doctrina nacional sostiene que el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual se puede equiparar a obligaciones específicas y, por tanto, se originaría responsabilidad contractual; vale decir, defienden su naturaleza contractual sobre la base de estimar que esta es la responsabilidad de derecho común (Claro Solar y Risueño)³⁷⁵.

Por último, entiende que “al *principio de buena fe* se encuentra ligada la prohibición constitucional de efectuar en contra de toda persona cualquier tipo de discriminación arbitraria en los diferentes ámbitos de la vida social de estas. De esta forma, un actuar ajustado a este principio implica sin duda alguna que el empleador durante el proceso de selección no puede efectuar discriminaciones arbitrarias respecto de los postulantes sino sólo con base en los criterios que el legislador válidamente estableció al efecto”³⁷⁶.

Lo propio ha sostenido Toledo en relación al ámbito de aplicación de las prácticas antisindicales, las cuales, por la redacción de algunos de sus tipos, proceden por actos anteriores a la contratación laboral (vía procedimiento de tutela)³⁷⁷. Por ejemplo, en la causa rol N° 116-2010³⁷⁸, el tribunal aplicó el artículo 289 letra e del CT, cuyo tenor es justamente precontractual, a saber, “condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato”. El sentenciador sostuvo que “si bien, es cierto, el empleador es libre

375 CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2009), “Barrientos Zamorano, Marcelo (2008), Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato (Santiago, LegalPublishing) 162 pp.”, *Revista Chilena de Derecho (Valdivia)* XXXVI (2), Santiago, agosto 2009, p. 451. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200011&script=sci_arttext> (visitado el 2-3-2020).

376 ITURRIAGA (2016), p. 65.

377 TOLEDO CORSI, César (2016), “Análisis crítico de la sanción de las prácticas antisindicales en la Ley N° 20.940”, *Reforma al derecho colectivo del trabajo. Examen crítico de la Ley N° 20.940* (Pablo Arellano, Juan Pablo Severín y María Ester Feres eds., Santiago, Thomson Reuters), p. 138.

378 Juzgado del Trabajo de Antofagasta, de 27 de mayo de 2010. Esta sentencia fue ratificada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, a través del rechazo de su nulidad. Citada por TOLEDO (2016), p. 138 nota 10.

Uno de los ámbitos más discutidos en la tutela es su eventual aplicación al sector público. En efecto, el procedimiento de tutela en la Ley N° 20.087 no contempló una norma que lo haga aplicable al sector público, como había ocurrido con otras regulaciones relativas a derechos fundamentales.

de elegir a quién contratar, lo real es que los trabajadores ni siquiera pudieron postular al proceso y no existe ningún medio de prueba idóneo que pueda desestimar que no fueron contratados únicamente por su afiliación sindical, por lo que a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 del Código del Trabajo, se observa una suerte de discriminación sindical a su respecto y además se debe tener presente que esta situación va en directa oposición con lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, que prohíbe perjudicar de cualquier forma a un trabajador a causa de su afiliación sindical”³⁷⁹.

En otras palabras, en materia de tutela por prácticas antisindicales procede en ciertos casos la tutela en la etapa precontractual, en base a lo dispuesto por el mismo legislador³⁸⁰. Considerando todos los argumentos anteriores, estimamos procedente la tutela en la etapa precontractual.

3.4.1.2 Tutela en el sector público

Uno de los ámbitos más discutidos en la tutela es su eventual aplicación al sector público³⁸¹. En efecto, el procedimiento de tutela en la Ley N° 20.087 no contempló una norma que lo haga aplicable al sector público, como había ocurrido con otras regulaciones relativas a derechos fundamentales, por ejemplo, tutela de la maternidad y acoso sexual, y luego con las normas sobre acoso moral o *mobbing*. Se trata de un vacío único en derecho comparado. En Estados Unidos y en la Unión Europea, los funcionarios públicos, al igual que los trabajadores del sector privado, quedan comprendidos en la tutela de sus derechos fundamentales. Los funcionarios públicos no son “siervos estatales”.

379 TOLEDO (2016), p. 138 nota 10.

380 GAMONAL (2020), p. 502.

381 Al respecto VARAS MARCHANT, Karla (2013), “El Código del Trabajo y la función pública: análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. I N° 3, pp. 43 y ss., y MARZI MUÑOZ, Daniela (2013), “Ministerio Público y tutela de derechos fundamentales. La laboralización del sector público en clave de precarización y el inesperado reequilibrio de poder vía ejercicio de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. I N° 1, pp. 441 y ss.

En 2014, la sala laboral de la Corte Suprema falló el caso Bussenius, declarando la plena procedencia del procedimiento de tutela por parte de los trabajadores públicos³⁸². La esencia de este problema jurídico radicaba en determinar si es aplicable el procedimiento de tutela contemplado en el CT, al tenor de su artículo 1 inciso tercero, que dispone su supletoriedad frente a los vacíos de los otros estatutos, siempre que no fueren contrarios a dichos estatutos especiales. En otras palabras, se debatía el alcance del CT como norma de derecho común en materia laboral.

En su sentencia de unificación, la Corte expresa: “8) Que la Tutela Laboral es un procedimiento nuevo y especial, introducido por la ley 20.087, con el objeto específico de proteger los derechos fundamentales del trabajador (en estricto rigor no es un procedimiento especial, puesto que su tramitación se efectúa conforme al procedimiento de aplicación general). Se trata, en definitiva, de un mecanismo o conjunto de reglas que permite al trabajador reclamar el resguardo y la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, cuando aquellos se aprecien lesionados por el ejercicio de las facultades del empleador.

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

382 CS Rol 10.972-2013, de 30 de abril de 2014.

La Corte explicita que la voz “trabajadores” ocupada en el artículo 485 del CT debe interpretarse ampliamente, comprensiva de todo tipo de empleados o funcionarios que laboren en subordinación, tanto en el sector privado como público.

Más adelante, en el considerando 12, la sentencia hace presente la plena aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios públicos (se trataba de un trabajador a contrata), dado que en el Estatuto Administrativo no existe un procedimiento como el de tutela del CT, que permita conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. Por otro lado, agrega que el procedimiento especial de reclamo consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo es un recurso de carácter administrativo que conoce la Contraloría General de la República, por vicios de legalidad que pudieren afectar los derechos conferidos a los funcionarios en dicho Estatuto, tratándose sólo de una revisión administrativa del órgano contralor, lo que implica que ambos procedimientos no resulten homologables.

La sentencia precisa, en su considerando 13, que tampoco existe en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, por lo cual no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de derechos fundamentales de los que también son titulares los funcionarios que trabajan en la administración del Estado.

La Corte explicita que la voz “trabajadores” ocupada en el artículo 485 del CT debe interpretarse ampliamente, comprensiva de todo tipo de empleados o funcionarios que laboren en subordinación, tanto en el sector privado como público. Para estos efectos, en el considerando 14 analiza el tenor literal del artículo 1 del CT, haciendo presente que no cabe duda de que los funcionarios públicos son considerados trabajadores. En efecto, al concebir en su inciso tercero la aplicabilidad supletoria a dichos funcionarios públicos, esta disposición legal establece textualmente lo siguiente: “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán...”. Es decir, estima que los funcionarios públicos mencionados en el inciso precedente son también trabajadores.

Sin duda esta sentencia es muy importante al precisar que el CT es el estatuto de derecho común y supletorio en materia laboral en nuestro país, lo cual no siempre es reconocido por las sentencias judiciales y por la Contraloría General de la República. Asimismo, es de gran importancia que los funcionarios públicos cuenten con un procedimiento que cautele sus derechos fundamentales.

De esta forma y como consecuencia de los razonamientos anteriores, la Corte afina sus fundamentos en el considerando 15, sosteniendo que: “...una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocien el término *empleador* a un contrato de trabajo –y no a un decreto de nombramiento – o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de su administración, ejerce funciones habituales de dirección –términos que utiliza el artículo 4 citado – como lo hace todo empleador, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública”.

La sentencia concluye categóricamente que: “Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que según también se dijo, deben considerarse ‘inviolables en cualquier circunstancia’, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo este un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador” (considerando decimosexto).

Sin duda esta sentencia es muy importante al precisar que el CT es el estatuto de derecho común y supletorio en materia laboral en nuestro país, lo cual no siempre es reconocido por las sentencias judiciales y por la Contraloría General de la República. Asimismo, es de gran importancia que los funcionarios públicos cuenten con un procedimiento que cautele sus derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha tenido un criterio distinto. La decisión fue adoptada por mayoría de cinco ministros de nueve en total y determinó que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales no es aplicable a los funcionarios o empleados del sector público chileno.

El Tribunal Constitucional ha tenido un criterio distinto³⁸³. La decisión fue adoptada por mayoría de cinco ministros de nueve en total y determinó que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales no es aplicable a los funcionarios o empleados del sector público chileno. Según el TC, con la interpretación de la Corte Suprema se amplía la competencia de los juzgados laborales a los temas contenciosos administrativos de los funcionarios públicos, en donde es competente el tribunal civil y solo la ley puede ampliar la competencia de los tribunales, no una interpretación judicial.

El Tribunal Constitucional precisa que la supletoriedad del artículo 1 inciso tercero del CT proviene de la legislación de la dictadura en el Decreto ley N° 2.200 de 1978. Esta norma se justificaba dado que, en aquella época, no estaba claro cuál sería el régimen laboral de los funcionarios públicos, si el del CT o uno especial. Finalmente, el régimen de Pinochet decidió seguir la tradición de un estatuto especial, de derecho público y, en ese contexto, la norma de supletoriedad ha perdido sentido y no debiera aplicarse.

Se hace presente que un funcionario que estime vulnerados sus derechos fundamentales puede recurrir dentro de la misma administración a la Contraloría General de la República, ente público autónomo que revisa la legalidad de los actos de la administración.

El Tribunal Constitucional concluye: “Aún siendo efectiva la premisa, de que los empleados del Estado regidos por el Estatuto Administrativo de rigor se les aplica supletoriamente el Código del Trabajo, incluso aceptando que esta regulación exógena no requiere ley expresa de remisión, en todo caso de allí no se extrae lógica y necesariamente la conclusión de que les incumba su tutela a los tribunales laborales.

Por manera que la aplicación expansiva del Código del Trabajo, hecha al amparo de ese indeterminado inciso tercero del artículo 1, hasta llegar a comprender a funcionarios públicos regidos por su respectivo estatuto, a los efectos de hacerlos sujetos activos del procedimiento

de tutela laboral, desvirtúa el régimen constitucional y legal que les es propio, amén de abrir la intervención de los juzgados de letras del trabajo respecto de una materia en que no han recibido expresa competencia legal” (considerando vigésimo primero).

El voto minoritario de cuatro ministros estuvo a favor de la aplicación del procedimiento de tutela a los funcionarios y empleados públicos. La minoría de los miembros del Tribunal Constitucional suscribe los argumentos de la Corte Suprema y recuerda que la interpretación de las leyes laborales debe guiarse por el principio *in dubio pro operario*. Agregan que la Constitución no distingue entre tipos de tribunales civiles y laborales. Por otro lado, en el Estatuto Administrativo no existe un procedimiento de tutela de derechos fundamentales como el del CT. Es decir, hay efectivamente un vacío. Tampoco cumple este rol la Contraloría General de la República, como sostiene el voto de mayoría, dado que se trata de un recurso administrativo (no jurisdiccional) por vicios de legalidad. Este voto disidente recuerda la relevancia de los derechos fundamentales, en cuanto ejes vertebradores de relaciones laborales plenamente democráticas, inviolables en cualquier circunstancia incluso si el afectado es un funcionario público.

Concordamos con los criterios protectores de la Corte Suprema y disentimos del postulado de la mayoría del Tribunal Constitucional. La defensa de los derechos fundamentales de todas las personas constituye una prioridad en el derecho chileno. Tanto por el artículo 19 de la Constitución, que se refiere a los derechos fundamentales de todas las personas sin distinción, como por el artículo 5 inciso segundo de la misma, que alude a que el Estado y sus órganos deben respetar y promover los derechos humanos consagrados por tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Como ya mencionamos, la tendencia en materia de derechos fundamentales es que el legislador ha aplicado las regulaciones laborales también al sector público. Así ha ocurrido con la tutela de la maternidad, la prohibición del acoso sexual y del acoso moral. En todos estos casos, la regulación del CT aplica también al sector público. En otras palabras, aunque es cierto que los funcionarios de dicho sector tienen un estatuto especial, en materia de derechos fundamentales

En materia de derechos fundamentales el legislador ha estimado que la regulación debe ser idéntica entre el sector público y privado. El gran vacío fue con el procedimiento de tutela, donde el legislador no contempló de manera expresa su aplicabilidad al sector público.

el legislador ha estimado que la regulación debe ser idéntica entre el sector público y privado. El gran vacío fue con el procedimiento de tutela, donde el legislador no contempló de manera expresa su aplicabilidad al sector público.

Concordamos con la Corte Suprema en la posibilidad de aplicar la norma de supletoriedad del artículo 1 inciso tercero del CT, para concretar en la práctica la defensa de los derechos fundamentales que ordena la misma Constitución. Claramente hay un vacío en el estatuto del sector público y, en forma perentoria, el artículo 1 inciso tercero del CT establece la supletoriedad del mismo frente a los vacíos del o de los estatutos públicos, siempre que no sean contrarias a dichos estatutos. Es decir, quien desee postular la inaplicabilidad, debiera sostener que la defensa de los derechos fundamentales del funcionario viola el estatuto administrativo o los principios de este último, lo cual es impresentable en una democracia.

En la actualidad, los tribunales ordinarios del trabajo siguen conociendo de las tutelas en contra del sector público.

Por último cabe consignar que, en estricto rigor, cuando el Estado violenta los derechos de sus trabajadores (funcionarios), se trata de un problema de eficacia vertical y no horizontal de derechos fundamentales³⁸⁴, lo que hacía aún más imperativo una tutela del débil en esta materia.

3.4.2 Ámbito temporal de la acción de tutela y suspensión del acto lesivo de derechos fundamentales

Desde una perspectiva temporal, estas denuncias deberán interponerse dentro del *plazo de sesenta días* contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. ¿Desde cuándo se contabilizará este término? ¿Desde la vulneración de derechos fundamentales o desde el conocimiento de la misma? ¿Qué ocurre con las vulneraciones continuas o permanentes, como el *mobbing* o el acoso sexual? En este caso, el plazo se contabilizará desde la última

384 OLIVER (2011), p. 347 y YOUNG (2011), p. 23.

actuación constitutiva de la vulneración de derechos fundamentales. Este plazo, además, se suspenderá en la forma estatuida en el artículo 168 del CT (artículo 486 inciso final del CT).

El procedimiento será oral y similar al procedimiento ordinario o de aplicación general que contempla la nueva ley, gozando eso sí de preferencia respecto de todas las demás causas del tribunal. Los recursos que se interpongan también gozarán de preferencia (artículo 488 del CT).

La denuncia será por escrito y deberá contener, además de los requisitos generales del artículo 446 del CT, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada. La Ley N° 20.260 de 2008 agregó que, en la demanda, deben acompañarse todos los antecedentes en que se funde.

Originalmente, la Ley N° 20.087 disponía en el artículo 490 inciso segundo que el juez no admitiría a tramitación las denuncias que no cumplieran con los requisitos establecidos en el párrafo respectivo. Esto fue enmendado por la Ley N° 20.260 disponiéndose que, en caso de faltar alguno de los requisitos, el juez concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.

En materia de medidas cautelares, el juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles; ello, bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno (artículo 492 del CT).

Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.

Este precepto es una clara demostración (también el artículo 444 del CT, dentro de las reglas comunes del procedimiento laboral) de la evolución doctrinaria y legislativa de las medidas cautelares en materia

procesal. Como señala Marín, en esta materia se ha ido avanzando desde una concepción eminentemente conservativa o precautoria hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio³⁸⁵.

Los fines de las medidas cautelares pueden ser conservativos e innovativos. Los primeros buscan asegurar el resultado práctico de la ejecución forzosa básicamente en los bienes sobre los que recae la ejecución. Los segundos, de carácter anticipativo, persiguen que la medida cautelar sea semejante a la medida ejecutiva que deberá adoptarse para la efectividad de la sentencia. Deben adelantarse el mayor número de actuaciones ejecutivas y tener el cuidado de que las medidas decretadas no produzcan los efectos irreparables que provocaría la ejecución de la sentencia, ya que de lo contrario se estaría adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo³⁸⁶.

Comentando la enmienda de la Ley N° 20.087 (artículo 444 del CT), Marín expresa que: “Los conflictos en materia laboral requieren de un procedimiento especial que dé plena efectividad a los derechos de la parte más débil –normalmente el trabajador– y que al mismo tiempo resuelva el conflicto dentro de unos parámetros de duración razonables. El ideal chiovendano sigue siendo el mismo: la ‘necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón’³⁸⁷”.

Estimamos que este comentario es absolutamente pertinente a la medida cautelar del artículo 492 del CT, aún más si se estima que estamos ante una eventual vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

385 MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2006), “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, p. 16.

386 MARÍN (2006), pp. 16 a 18.

387 MARÍN (2006), p. 32.

3.5 Titulares de la acción

La legitimación activa se otorga a cualquier trabajador u organización sindical que invoque un derecho o interés legítimo y que considere lesionados sus derechos fundamentales.

En estos casos, la DT, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá asimismo hacerse parte en el proceso, al igual que la organización sindical de la cual forme parte el trabajador, que podrá hacerse parte como tercero coadyuvante, directamente o por intermedio de su organización de grado superior. Con todo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliada la víctima podrá interponer denuncia y en este caso actuará como parte principal (artículo 486 del CT).

¿Qué deberemos entender por interés legítimo? Habrá interés legítimo cuando se invoque un interés directo vinculado al ejercicio de las funciones que la ley les reconoce a las organizaciones sindicales, especialmente a la protección y promoción de los derechos laborales³⁸⁸. ¿Qué sindicato será titular de este interés? Tanto el sindicato de base como la respectiva organización de grado superior. ¿Cuál es el alcance de este interés legítimo? Tanto la organización sindical que ve vulnerada la libertad sindical puede accionar por esta vía, como en representación de un trabajador que vea transgredidos sus derechos fundamentales, al tenor de los fines sindicales precisados en el artículo 220 del CT.

Además, cuando la DT tome conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso. La DT podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable. No obstante, deberá

Habrá interés legítimo cuando se invoque un interés directo vinculado al ejercicio de las funciones que la ley les reconoce a las organizaciones sindicales, especialmente a la protección y promoción de los derechos laborales.

llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

En síntesis, pueden accionar de tutela:

1. Si el afectado es un trabajador: la víctima, el sindicato al que pertenece, cualquier sindicato que invoque un derecho o interés legítimo y la DT cuando toma conocimiento de la vulneración.
2. Si el afectado es un sindicato: la organización sindical víctima y la DT cuando toma conocimiento de la vulneración.
3. En todos los casos anteriores pueden hacerse parte la DT y la organización sindical de la cual forme parte el trabajador como tercero coadyuvante, directamente o por intermedio de su organización de grado superior.

Este procedimiento podrá ser interpuesto en contra del empleador, o en contra de la empresa de servicios transitorios (EST) o de la empresa usuaria (EU) definidas en las letras a y b del artículo 183-F del CT, que regula la subcontratación y el suministro de trabajadores. La empresa de servicios transitorios y la empresa usuaria tienen la calidad de coempleadores³⁸⁹, lo que permitirá interponer la tutela en contra de la EST o de la EU o de ambas.

Aunque no esté expresamente contemplado, resulta claro que también procede la tutela en contra de la empresa principal, en los casos de subcontratación, cuando esta vulnere algún derecho fundamental del trabajador de la empresa contratista³⁹⁰.

389 GAMONAL C., Sergio y PRADO, Pamela (2008), "El suministro de trabajadores en la nueva Ley N° 20.123: acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación", *Revista Laboral Chilena*, agosto 2008, pp. 59-65.

390 PRADO FERNÁNDEZ, Juan Manuel (2014), "Tutela laboral. Régimen de subcontratación. Aplicación y responsabilidad de la empresa principal", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. II N° 2, p. 297 y ss.

3.6 Ponderación y prueba de indicios

El procedimiento de tutela establece un aligeramiento probatorio especial, la prueba de indicios, proveniente del derecho norteamericano y europeo. Para comprender su lógica, primero haremos referencia a algunas ideas acerca de la modulación de los derechos en el contrato de trabajo, para luego referirnos derechamente a la prueba indiciaria.

Un precepto vital en la labor del juez será el artículo 485 inciso tercero del CT, tantas veces mencionado, que dispone lo siguiente: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”.

Por consiguiente, los derechos fundamentales del trabajador pueden ser modulados al interior del contrato de trabajo, cumpliendo los siguientes requisitos copulativos:

1. Debe existir una justificación que sea suficiente.
2. La medida que limita el derecho no debe ser arbitraria o desproporcionada.
3. No debe afectarse el contenido esencial del derecho fundamental.
4. No deberá tratarse de una represalia (garantía de indemnidad).

Analizaremos este precepto desde la óptica de la ponderación de derechos y del principio de proporcionalidad.

Como ya señalamos anteriormente, aunque el principio de proporcionalidad constituye una técnica aplicable a la intervención del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales, consideramos

Es razonable exigir al empleador, cuando ejerza sus potestades abiertas e indeterminadas, que respete los mismos límites que el Estado al regular los derechos fundamentales del ciudadano.

absolutamente pertinente su aplicación en las relaciones laborales diagonales, dada la excesiva brecha de poder entre el empleador y el trabajador y las potestades que benefician al primero respecto del segundo.

En consecuencia, es razonable exigir al empleador, cuando ejerza sus potestades abiertas e indeterminadas, que respete los mismos límites que el Estado al regular los derechos fundamentales del ciudadano. Por ello, el test de proporcionalidad en materia laboral ha sido adoptado en numerosos ordenamientos, aunque en la mayoría de los casos el legislador no lo establezca en forma expresa³⁹¹.

En esta línea, las condicionantes contempladas por el legislador en el artículo 485 del CT plasman en plenitud el principio de proporcionalidad ya citado, con sus tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad, relativo al control de idoneidad de la medida; el de necesidad, que determina la prescindibilidad o no de la intervención, estableciendo el peligro y considerando la necesidad de producir el menor daño, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que determina la racionalidad de la intervención efectuada.

Según sostuvimos en el párrafo 1.2.1 de esta obra, en relación a la adecuación o idoneidad, cabe señalar que el legislador establece que la medida debe ser idónea en el sentido de que debe ser apta para el fin perseguido por el empleador. Según vimos se compone de dos elementos, legitimidad constitucional del fin buscado y adecuación de la medida, es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico relevante³⁹². En caso contrario, la medida será *arbitraria*, en el lenguaje utilizado por el artículo 485 inciso tercero del CT.

Recapitulando, la necesidad implica que deberán siempre preferirse medidas menos invasoras de las garantías fundamentales del trabajador. Dicho de otro modo, ha de ser la más benigna con el derecho

391 Véase *supra* nota 11. Consultar además OLIVER y FEDTKE (2007), p. 507.

392 BERNAL (2010), p. 10.

intervenido³⁹³. De lo contrario, la medida que afecta derechos fundamentales *no tiene justificación suficiente*, en los términos del artículo 485 inciso tercero del CT.

Por último, recordemos que la proporcionalidad en sentido estricto alude a que el límite a los derechos fundamentales debe ser racional en cuanto a sus efectos, según la ley de ponderación de Alexy ya explicada³⁹⁴. Si no, la medida será *desproporcionada* de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso tercero.

La racionalidad, en cuanto a los efectos de la medida, implica que tampoco debe *afectarse la esencia* del derecho fundamental del trabajador³⁹⁵, como bien lo expresa el artículo 485 inciso tercero. Así, la limitación al derecho fundamental debe ser equilibrada en relación al objetivo que se persigue a través de la misma³⁹⁶.

Todos estos requisitos deberán ser interpretados en forma restrictiva a favor del trabajador, en cuanto titular de derechos fundamentales que pueden ser limitados por un contrato de trabajo.

Ahora bien, en materia probatoria, el legislador consagró la “prueba de indicios” al señalar que cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (artículo 493 del CT).

Los orígenes de los aligeramientos probatorios en materia de derechos fundamentales se remontan a la década de los setenta en Estados Unidos, cuando los tribunales, en materia de discriminación y ante la dificultad de probar la intención discriminatoria, comenzaron a

393 BERNAL (2010), p. 10.

394 UGARTE (2013), p. 89.

395 Para algunos autores existe compatibilidad entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos. Es lo que Ugarte denomina “tesis mixtas del contenido esencial”, que reconoce al contenido esencial como un núcleo del derecho inmune a cualquier restricción, y un contenido “no esencial” o “accidental” que podría ser motivo de limitaciones bajo las exigencias del principio de proporcionalidad. UGARTE (2013), p. 211. Esta es la tesis adoptada por el legislador en el artículo 485 inciso tercero.

396 VENEGAS (2004), p. 154.

exigir sólo una prueba *prima facie* (evidencia circunstancial en vez de directa) de la discriminación, debiendo luego probar el empleador la legitimidad de la decisión impugnada³⁹⁷. El caso paradigmático en esta materia fue la sentencia de la Corte Suprema estadounidense en *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, de 1973³⁹⁸.

Por su parte, la Unión Europea, a través de la Directiva N° 97/80 de 15 de diciembre de 1997, recogió esta idea de estándares probatorios aligerados y prueba de indicios en materia de discriminación³⁹⁹.

¿Qué deberemos entender por prueba indiciaria? Antes que nada cabría decir que, en general, en materia laboral los sistemas procesales han tendido a reconocer que el trabajador no cuenta con una prueba tan completa que permita eliminar todas las dudas, bastando al tribunal una exigencia menor, a saber, la sola comprobación de la verosimilitud. Basta con “generar una ‘sospecha razonable’ de que la conducta lesiva se ha producido”⁴⁰⁰.

Por ejemplo, el Juzgado del Trabajo de San Miguel en la causa T-15-2014 entendió que se cumplía con este estándar probatorio en un caso de discriminación por orientación sexual seguido por dos trabajadoras que eran pareja, al quedar esta situación de manifiesto en un correo escrito por el empleador del siguiente tenor: “...tomando en cuenta que hasta atrasadas llegan juntas, y no entiendo el por qué...”⁴⁰¹.

Esto se produce porque en este ámbito no nos encontramos frente a casos normales, por lo cual, en casos especiales, se justifica un apartamiento de la medida normal⁴⁰².

397 ESTREICHER, Samuel y LESTER, Gillian (2008), *Employment Law*, New York, Thomson/Foundation Press, pp. 193 y 194.

398 CORBETT, William R. (2007), “The United States”, *The Global Workplace, International and Comparative Employment Law. Cases and Materials*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 136 y 137.

399 BLANPAIN, Roger (2007), “The European Union”, *The Global Workplace, International and Comparative Employment Law. Cases and Materials*, Nueva York, Cambridge University Press, p. 316.

400 UGARTE (2018), p. 72.

401 UGARTE (2018), p. 72.

402 WALTER, Gerhard (1985), *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Temis, p. 125.

El indicio implica una aligeración, reducción o desplazamiento de la carga probatoria. Como se indicó en el mensaje presidencial de la Ley N° 20.087 de 2006, los indicios son señales o evidencias que dan cuenta de un hecho oculto. En este caso, 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.

En materia laboral se habla de prueba indiciaria como un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante trabajador al demandado empleador. Puede ser definida como una exigencia de prueba mínima en los casos de vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado, para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación.

El indicio implica una aligeración, reducción o desplazamiento de la carga probatoria. Como se indicó en el mensaje presidencial de la Ley N° 20.087 de 2006, los indicios son señales o evidencias que dan cuenta de un hecho oculto. En este caso, 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 legítima⁴⁰³.

En este mismo orden de ideas, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago⁴⁰⁴ define indicios como aquel “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido, los que, una vez establecidos, cargan con el peso de la prueba al empleador para explicar las motivaciones de las decisiones que llevó a cabo y si estas guardaban la debida coherencia y racionalidad con el hecho que la motivó” (considerando 16).

A su vez, para efectos laborales y al tenor de las reglas de la sana crítica, consideraremos los siguientes parámetros de indicios para el procedimiento de tutela chileno:

- a. número (uno o más, aunque sólo uno de entidad podría ser suficiente⁴⁰⁵),
- b. concordancia (deben coincidir en una misma dirección),
- c. plausibilidad (que los hechos del indicio se encuentren acreditados), y

403 LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2011), *Manual de proceso laboral*, 2ª edición, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 214 y 215.

404 Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-122-2010, de 19 de agosto de 2010.

405 Así por ejemplo, el informe de fiscalización de la Dirección del Trabajo puede ser estimado como un puro indicio suficiente, GAMONAL (2008), p. 32.

- d. coherencia (que las inferencias sean racionales y se correspondan con los dictados del buen sentido y de la lógica).

¿Qué podrá probar el empleador? Lo siguiente:

- a. La falsedad de los hechos constitutivos del indicio (el contraindicio), o
- b. La justificación de su actuación al tenor del artículo 485:
 - 1. La existencia de una justificación que sea suficiente.
 - 2. Que la medida no es arbitraria o desproporcionada.
 - 3. Que no se ha afectado el contenido esencial del derecho fundamental.
 - 4. Que no se trata de una represalia.

En definitiva, el empleador deberá probar el cumplimiento del principio de proporcionalidad en su actuar.

En muchas situaciones no es aplicable la prueba de indicios, en el sentido de que el empleador demuestre la proporcionalidad de la medida adoptada. Por ejemplo, en el acoso sexual, en el *mobbing* o acoso moral, o en la tutela de la libertad sindical. Aquí el empleador sólo puede optar por la prueba del contraindicio. En el caso de los acosos, no existe proporcionalidad alguna que justifique vulneraciones tan graves⁴⁰⁶.

En el caso de la libertad sindical, la consagración de las prácticas antisindicales suele responder, desde la perspectiva estructural, más a “reglas” que a “principios”. Y por ello tampoco puede aplicarse la proporcionalidad. En otras palabras, hay una regulación expresa del legislador que el juez debe aplicar. Además, en determinados contextos, las reglas suelen ser más eficaces que una regulación de principios que depende del criterio de cada juez⁴⁰⁷.

406 GAMONAL (2015), p. 130.

407 GAMONAL C., Sergio (2017), “Rules or Principles in Labour Law?”, *Festschrift till Ann Numhauser-Henning*, editado por Mia Rönmar y Jenny Julén Votinius, Juristförlaget i Lund, pp. 255-275.

La Corte Suprema, en recurso de unificación de jurisprudencia 7023/2009⁴⁰⁸, precisó que la prueba de indicios es aplicable a todas las hipótesis del artículo 485, incluyendo los actos discriminatorios, así como a las del artículo 489 del CT. Nosotros agregaremos que también es aplicable en las hipótesis de prácticas antisindicales (artículos 289 y ss. y 403 y ss.), del despido antisindical (artículo 294) y en la hipótesis del artículo 184 bis.

La única excepción son algunos casos especialísimos: cuando el empleador demanda por prácticas antisindicales, o cuando la demanda para que se tutele la libertad sindical está dirigida a un sujeto distinto del empleador, por ejemplo otro trabajador, otro sindicato e incluso un tercero en la hipótesis del artículo 291. En todos estos casos, no puede operar la prueba de indicios dado que esta se basa en que el empleador adopta tal o cual medida, pero si el demandado es un trabajador, un sindicato o un tercero, quienes no tienen poder de mando, carece de sentido la lógica indiciaria⁴⁰⁹. Estos casos sólo se encuentran en las prácticas antisindicales. En el resto de los casos, el empleador no puede demandar por tutela de derechos fundamentales.

408 Corte Suprema, Rol 7023/2009, de 14 de enero de 2010.

409 GAMONAL (2020), pp. 500 y 501.

3.7 Sentencia definitiva y los remedios sistémicos

Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de diez días (artículo 494 del CT).

La sentencia definitiva establecerá la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada y, en caso afirmativo, dispondrá las siguientes medidas de tutela:

- (i) Ordenará, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.
- (ii) Indicará en forma concreta las medidas a que se encuentra obligado el infractor y dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan. Claramente, por tratarse de lesiones a derechos fundamentales, podrán decretarse indemnizaciones de daño moral en favor del trabajador o trabajadora. Esta indemnización de perjuicios morales podrá decretarse (A) estando vigente la relación laboral⁴¹⁰ o (B) al término de la relación cuando la vulneración se produzca con ocasión del despido.
- (iii) Aplicará las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del CT.
- (iv) El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a haberse producido la vulneración denunciada, y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales. En este tipo de situaciones es apreciable el contenido de interés público de los derechos fundamentales, dado que el

410 Una enumeración de las distintas hipótesis de indemnización del daño moral estando “vigente” el contrato de trabajo, en GAMONAL (2007), pp. 57, 58, 60, 64, 66, 83, 88 y 90. Asimismo, la Corte Suprema ha reconocido expresamente la procedencia de la indemnización del daño moral, durante “la vigencia” del contrato de trabajo, cuando se han vulnerado derechos fundamentales y se demanda la tutela de los mismos. CS Rol 28 922, de 13 de julio de 2016.

juez que conoce de un acoso sexual, por ejemplo, y se percata de que otros trabajadores son acosados y no han demandado, perfectamente podría ordenar el cese de esas otras conductas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 495 inciso segundo del CT.

Por ejemplo, en Inspección Comunal del Trabajo con Méndez⁴¹¹, frente a un caso de acoso sexual institucional en donde sólo una camarera había demandado, pero por el mérito del proceso resulta notorio que el empleador acosa sexualmente a todas las camareras, el juez determinó en su sentencia lo siguiente: “a) Se ordena el cese inmediato de toda conducta por parte del empleador denunciado que pueda importar una vulneración a los derechos ya señalados, en especial, se prohíbe al denunciado efectuar cualquier tocación, insinuación o requerimiento sexual a sus trabajadoras, debiendo mantener un ambiente de respeto al interior del establecimiento, en cuanto a la conducta y al lenguaje, y abstenerse de cualquier conducta que pudiere ser constitutiva de acoso sexual o laboral, o que pudiere importar una represalia a la denuncia de autos, incluidas dentro de estas últimas las solicitudes de renuncia efectuadas a la trabajadora; prohibición que se dispone bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de aplicarse una multa equivalente a 75 Unidades Tributarias Mensuales. b) A fin de retrotraer las cosas al estado anterior a la ocurrencia de los actos vulneratorios y de reparar los daños producidos a la trabajadora afectada con estos hechos, se ordena al empleador denunciado:

- i. reincorporar a la trabajadora afectada al turno de mañana (7:30 a 14:30 horas), y mantenerla en él, salvo situaciones excepcionales previamente establecidas, tales como vacaciones o licencia médica de otra trabajadora.
- ii. crear y publicar, para conocimiento de los trabajadores, un sistema objetivo de asignación y rotación de turnos que evite cualquier posibilidad de arbitrariedad o discriminación en su asignación, salvo por lo dispuesto en el numeral i.- precedente.

411 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-16-2010, de 16 de abril del 2010.

- iii. efectuar, durante el curso de los próximos tres meses, a lo menos dos charlas informativas, las que deberán efectuarse con la asistencia del empleador y de todos los trabajadores, consignándose este tiempo como trabajado a efectos remuneratorios; charlas que deberán ser impartidas por funcionarios de la Inspección del Trabajo denunciante, y que deberán versar, la primera sobre el acoso sexual, debiendo informar en qué consiste, como prevenirlo y los procedimientos de denuncia, y la segunda sobre los derechos de la mujer y la igualdad de géneros”.

Estas órdenes del juez en materia de organización del trabajo para resguardar derechos fundamentales de los trabajadores, suelen ser comunes en derecho comparado y se denominan “remedios sistémicos”⁴¹².

Por ejemplo, en la jurisprudencia chilena, “las disculpas pueden ser privadas o públicas y [...] estas últimas admiten gradualidad en su difusión: comunicarse en el intranet de la empresa, panel mural del sindicato, adjuntarse a las liquidaciones de sueldo e incluso publicarse en un diario de circulación nacional. En otro caso, se ordenó entregar copia de una carta de disculpas a un trabajador discriminado por su orientación sexual, a todos los apoderados del colegio donde este se desempeñó, porque su despido fue un hecho conocido en esa comunidad escolar”⁴¹³.

Por su parte, la jurisprudencia canadiense en temas de discriminación racial ha ordenado a empleadores crear un comité de relaciones raciales en el lugar de trabajo, formar un comité de revisión interna, designar una persona con poderes para fiscalizar las irregularidades, efectuar programas de formación, capacitar a sus dirigentes, estatuir procedimientos de queja, explicitar en sus ofertas de empleo que es un empleador que respeta la igualdad de oportunidades, aplicar

412 BRONSTEIN, Arturo (2010), *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*, Plaza y Valdés Editores, OIT, p. 176.

413 MARZI MUÑOZ, Daniela (2015), “La readmisión como reparación: condición para la ciudadanía en el trabajo o importancia de ejercer derechos”, *AAVV sobre los Derechos Sociales*, Edeval, Valparaíso, p. 539.

formaciones especiales a minorías visibles, y evaluar anualmente a sus directivos en atención al respeto que tengan de los derechos humanos de sus trabajadores⁴¹⁴.

En el mismo sentido, en Estados Unidos, la condena al fabricante de aviones Lockheed Martin a pagar 2,5 millones de dólares a una víctima de discriminación racial en el trabajo, estuvo acompañada de instrucciones precisas sobre los cambios que debía realizar la compañía en su política para prevenir discriminaciones futuras⁴¹⁵.

Asimismo, en materia de acoso sexual severo, en Estados Unidos se ordenó, en el caso *Caesars Palace*, frente al acoso sexual de trabajadoras latinas que no hablaban inglés, pagar 850 mil dólares a las empleadas, además de tener que ofrecer cursos de formación, entregar al organismo fiscalizador EEOC (Equal Employment Opportunity Commission) informes semanales acerca de sus prácticas de empleo por tres años, y revisar sus políticas y procedimientos de empleo para adecuarlas a la ley de derechos civiles⁴¹⁶.

En síntesis, la protección otorgada en el artículo 495 del CT es completa o amplia, ya que consta de:

1. **Tutela inhibitoria:** que busca el cese inmediato de la o las conductas lesivas bajo apercibimiento de multa, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada⁴¹⁷.
2. **Tutela restitutoria:** el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada. Es decir el acto violatorio es nulo⁴¹⁸.

414 BRONSTEIN (2010), pp. 177 y 178.

415 BRONSTEIN (2010), p. 179.

416 BRONSTEIN (2010), pp. 194 y 195.

417 GAMONAL (2008), p. 34.

418 GAMONAL (2008), p. 34.

3. Tutela resarcitoria: el juez indicará en forma concreta las medidas a que se encuentra obligado el infractor y dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el mismo apercibimiento anterior, incluidas las indemnizaciones que procedan⁴¹⁹.

Las indemnizaciones a que se refiere la norma en comento comprenden el daño moral laboral, tanto en el caso de que la tutela sea durante la ejecución del contrato, como por despido atentatorio de derechos fundamentales (véase *infra* párrafo siguiente).

La sala laboral de la Corte Suprema ha reconocido expresamente la procedencia de la indemnización del daño moral por tutela durante la ejecución del contrato⁴²⁰. Varias de las sentencias citadas en esta obra, al tratar los derechos cubiertos (párrafos 3.2.1 a 3.2.8), condenaron por daño moral en esta hipótesis.

Por último, considerando las particularidades del derecho laboral y la intensidad del poder privado del empleador, y la gravedad de casos como el acoso sexual, el daño moral en materia laboral tenderá a ser evaluado por el juez sin necesidad de una prueba rigurosa, sino en base a los hechos del caso. En asuntos laborales, la doctrina extranjera ha considerado que el daño moral se prueba *in re ipsa*, esto es, que la prueba surge de los hechos mismos, sin perjuicio de admitir prueba en contrario. Para esta tesis, el trabajador sólo deberá probar el hecho o circunstancia del cual deriva el daño moral⁴²¹.

En todos los casos, ya sea que se trate de daño moral durante la vigencia del contrato o por despido atentatorio de derechos fundamentales (véase párrafo siguiente), la responsabilidad por daño moral es de naturaleza contractual.

419 GAMONAL (2008), p. 34.

420 CS Rol 28.922-2015, de fecha 13 de julio de 2016, caratulados “Miranda Pradenas Macarena con Subsecretaría de Salud Pública”.

421 MANGARELLI, Cristina (1984), *Daño moral en el derecho laboral*, Montevideo, Acali Editorial p. 116.

3.8. El despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave*

En el procedimiento de tutela de derechos se regula un tipo especial, el despido abusivo (artículo 489 del CT), cuando con ocasión del despido se vulneran los derechos fundamentales del trabajador.

Si se produce un despido por cualquiera de las causales de los artículos 159, 160, 161, 161 bis y 163 bis del CT y en este acto se transgrede un derecho fundamental, podrá accionarse por vía del procedimiento de tutela. En nuestra opinión, se consagran dos figuras: el *despido atentatorio de derechos fundamentales* y el *despido discriminatorio grave*.

El legislador, en el artículo 485 del CT, precisó de qué derechos fundamentales se trata:

- A la vida, integridad física y psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral
- Vida privada
- Honra
- Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada
- Libertad de conciencia y culto
- Libertad de opinión
- Libertad de trabajo
- Derecho a la no discriminación laboral
- El despido atentatorio a la libertad sindical se regula en forma especial en el artículo 294 del CT, sin perjuicio de que un despido que afecte la libertad sindical pueda demandarse como despido discriminatorio (artículos 485 y 489 del CT)⁴²².

* En este párrafo nos hemos basado fundamentalmente en los siguientes textos, sin perjuicio de los diversos cambios y síntesis realizadas: *El daño moral por término del contrato de trabajo* (Gamonal, 2000, Editrem), *El daño moral en el contrato de trabajo* (Gamonal, 2007, 2ª edición, LexisNexis) y en el *Manual del contrato de trabajo* (Gamonal y Guidi, 2015, 4ª edición, Thomson Reuters).

En estos casos, la legitimación activa corresponde en forma exclusiva al trabajador afectado y la denuncia debe interponerse dentro del plazo de sesenta días contados desde la separación, sin perjuicio de que se suspenda cuando, dentro del mismo, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas ante la Dirección del Trabajo respectiva. El plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante la DT. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador.

Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral y una de ellas fuere la de tutela de que trata el párrafo 6 (es decir, tanto la tutela general de derechos fundamentales como la por despido atentatorio de los mismos), dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en el mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, que deberá interponerse subsidiariamente. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.

De esta forma, siempre que se accione por despido atentatorio de derechos fundamentales deberá accionarse subsidiariamente por despido injustificado, indebido o improcedente, para el caso de que la acción principal sea desechada. Perfectamente un despido puede ser injustificado, indebido o improcedente y no por ello ser atentatorio de derechos fundamentales. Por el contrario, todo despido atentatorio de derechos fundamentales es injustificado, indebido o improcedente.

¿Es posible recurrir de despido atentatorio y, a la vez, de despido indirecto? Estimamos que sí y debiera demandarse en forma conjunta⁴²³. Lo anterior, dado que el despido indirecto es una forma de despido del empleador, es decir, el empleador incumple gravemente el contrato y en base a dicha conducta el trabajador se siente despedido. Por tanto, en el fondo, el responsable de este despido es el empleador, aunque quien accione sea el trabajador. Por esta vía el empleador

puede terminar el contrato, pero sin formalizar el despido, forzando al trabajador o trabajadora a adoptar la decisión deseada por el empleador⁴²⁴. Una interpretación restrictiva, que impidiera accionar de despido atentatorio e indirecto en forma conjunta, permitiría al empleador beneficiarse de su propio dolo⁴²⁵.

Por ejemplo, en vez de echar a la trabajadora por resistirse al acoso sexual, al acosador le convendría incrementar la violencia del asedio sexual, así ella debiera recurrir al despido indirecto y el atacante quedaría a resguardo del procedimiento de tutela.

Cabe advertir que desde 2016 la Corte Suprema, por medio del recurso de unificación de jurisprudencia, ha reconocido la plena compatibilidad entre los artículos 489 y 171 del CT, para efectos de recurrir conjuntamente por ambas acciones⁴²⁶.

¿Qué debemos entender por la frase *con ocasión del despido*? Con ocasión del despido comprende tanto situaciones de fondo como de forma.

De fondo, cuando el despido es abiertamente atentatorio de alguno de los derechos fundamentales del artículo 485 del CT, por ejemplo si se despide a una persona por su origen racial. También cuando la razón encubierta es atentatoria de derechos fundamentales, como en el caso en que se despide por necesidades de la empresa, pero el motivo real es la opinión política del trabajador. Asimismo, cuando el despido se basa en prueba ilícita (artículo 453 N° 4)⁴²⁷. Igualmente, cuando la vulneración de derechos fundamentales conlleva el despido indirecto de la víctima o, incluso, su renuncia⁴²⁸.

424 BARAHONA ESTAY, Francisca (2009), *Despido indirecto*, Santiago, PuntoLex, p. 7.

425 GAMONAL y GUIDI (2015), p. 460.

426 CS Rol N° 11200-2015, de 6 de junio de 2016.

427 Sobre la prueba ilícita véase GARCÍA SUÁREZ, Ignacio (2013), "La prueba ilícita en el nuevo procedimiento laboral", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, (Thomson Reuters Chile), Vol. I N° 2, pp. 13 y ss.

428 ARELLANO ORTIZ, Pablo (2013b), "Cambio en las condiciones de trabajo, renuncia forzada y despido: un típico caso de tutela de derechos fundamentales al momento del despido", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, Vol. I N° 1, pp. 414 y ss.

De forma, cuando al despedir (quizás por una razón lícita) se violentan derechos fundamentales del trabajador, por ejemplo, ridiculizándolo públicamente. Así, el Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago⁴²⁹ acogió la denuncia de tutela interpuesta por el actor en contra de la denunciada, entendiendo que el maltrato verbal al momento del despido (frente a clientes del local) configura una vulneración a la honra del trabajador despedido.

En estos despidos el juez podrá requerir el informe de fiscalización a la DT acerca de los hechos denunciados, según el artículo 486 del CT.

Como ya expusimos, se trata de despidos que vulneran cualquiera de las garantías ya citadas, como por ejemplo cuando se despide a un trabajador por sus creencias religiosas, por las opiniones que ha manifestado en la prensa, por una falsa imputación que afecte su honra, por discriminación, por su orientación sexual, etcétera.

El despido normal, aunque sea injustificado, no violenta en principio los derechos fundamentales del trabajador. Lo anterior dado que, en un sentido amplio, todo despido atentaría a la vida, integridad física y psíquica, o a la propiedad del trabajador, por ejemplo, por la cesantía y sus consecuencias. Sin embargo, el legislador no ha considerado que el despido en sí constituya una violación de derechos fundamentales, de hecho lo consagra y regula como una figura lícita en los artículos 159 y ss. del CT.

Los efectos de este despido atentatorio de derechos fundamentales son los siguientes (art. 489 del CT):

- El juez decretará el pago de las indemnizaciones por término de contrato contempladas en los artículos 162, 163 y 168 del CT, con sus respectivos recargos.

429 Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol 417-2012, 23 de noviembre de 2012.

- El juez fijará además una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Esta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa y no estará afectada al límite de 90 UF del inciso final del artículo 172 del CT.

En consecuencia, decretado el despido como atentatorio de derechos fundamentales, el legislador lo considera por una parte como un despido injustificado según las reglas generales contempladas en el artículo 168 del CT y, además, se lo sanciona con una indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones mensuales como máximo, fijada incidentalmente por el juez laboral. Esta indemnización es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro, dado que se trata de derechos fundamentales con una importante incidencia en los intereses extrapatrimoniales del trabajador.

Parte de la doctrina y jurisprudencia estima que la indemnización adicional es una indemnización sancionatoria y que, por ende, quedaría pendiente la indemnización por el daño moral producido⁴³⁰. Por nuestra parte, consideramos que esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez de la causa, en relación al daño producido, especialmente el moral. De esta forma, el legislador fija un piso y un tope dentro del cual el juez puede evaluar los daños, recogiendo la experiencia de otros países en los que se ha evaluado el daño moral laboral por medio de la tarifa legal flotante. A nuestro juicio, esta

430 UGARTE (2006), p. 129 y UGARTE (2018), pp. 97, 98 y 99. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa Rol N° 331-2017, sostuvo que “se trata de una ‘indemnización sancionatoria’, que corresponde determinarla conforme a la entidad del daño producido y de la vulneración del derecho fundamental constatado. Así, esta Corte estima que el tribunal *a quo* incurre en yerro jurídico al considerar que no es posible otorgar la indemnización especial adjunta a otra por daño moral. Refuerza esta interpretación la propia literalidad de la norma contenida en el artículo 489 del Código del Trabajo, en cuanto no hay ninguna restricción ni limitación para conceder ambas indemnizaciones. Asimismo, apoya la afirmación de que se trate de una indemnización punitiva la circunstancia de que se trata de que su monto esté predeterminado por la ley, sin que, en estricto rigor, se requiera una prueba del daño mismo”. En UGARTE (2018), p. 99.

norma supera el test de constitucionalidad y da seguridad jurídica al empleador, además de insertarse en plenitud dentro de la práctica argumentativa del derecho laboral⁴³¹.

En la misma línea, en la doctrina civil, Barros señala que la indemnización del daño moral está sujeta a condiciones de responsabilidad diferentes que la patrimonial, pudiendo el legislador estatuir criterios razonables o baremos para limitarla, mencionando jurisprudencia relativa al tema dictada por los tribunales constitucionales italiano y español⁴³².

Por su parte, la Corte Suprema ha reconocido unánimemente que la indemnización especial de seis a once meses del artículo 489 es por daño moral. En efecto, aunque en este caso se discutía la procedencia de la indemnización del daño moral en la tutela estando vigente el contrato, a lo cual accedió la Corte, en su razonamiento ejemplifica con el artículo 489, precisando que el juez deberá también considerar el daño moral experimentado por el trabajador, en los siguientes términos: “Por último, la postura que adopta el recurrente significaría que si un empleador con su conducta conculca el mismo derecho fundamental provocando en el trabajador una lesión de carácter extra-patrimonial, sólo podría resarcirse si aquella se desplegó con ocasión del despido y no durante el desarrollo de la relación laboral, pues el artículo 489 del Código del Trabajo, que regula la primera hipótesis, contempla una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual, por lo tanto, cuando debe ser fijada por el juez de la causa necesariamente en dicho proceso racional deberá considerar el daño producido experimentado por el trabajador, especialmente el de tipo moral”⁴³³.

431 GAMONAL C., Sergio (2016), “El daño moral en el artículo 489 del Código del Trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVII, 2° semestre, pp. 305-327, y GAMONAL C., Sergio (2012), “Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, 2° semestre, pp. 161-176.

432 BARROS BOURIE, Enrique (2007), *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 253 y nota 112.

433 Considerando octavo, CS Rol 28.922- 2015, de 13 de julio de 2016, caratulados “Miranda Pradenas Macarena con Subsecretaría de Salud Pública”.

Esta indemnización extra “debe” ser decretada por el juez, por tanto exime al trabajador de tener que probar los perjuicios morales causados⁴³⁴. En todo caso, si el afectado probare daños morales de un monto superior al tope del artículo 489 del CT (once remuneraciones), nada impide que el juez ordene una indemnización extraordinaria para reparar integralmente el perjuicio.

La otra figura que se consagra en este procedimiento es el “despido discriminatorio grave”. En estos casos, el despido es declarado discriminatorio por haber infringido el inciso cuarto del artículo 2 del CT y, además, es calificado como grave por resolución fundada. Si no es grave pero sí discriminatorio, el despido es solamente atentatorio de derechos fundamentales y se rige por los efectos ya explicados.

Se trata de despidos discriminatorios que efectúan distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además, el despido discriminatorio debe ser grave, es decir, el juez debe sopesar los elementos fácticos de la discriminación, valorando el peso y entidad del daño provocado, como puede ser el caso del despido de un trabajador por su avanzada edad, meses antes de cumplir la edad para jubilar (60 o 65 años según el caso).

El despido discriminatorio grave es un despido nulo y por ello el trabajador tiene la siguiente opción:

— **Opción 1:** reincorporarse a la empresa, u

434 Como señalamos en el párrafo anterior, para las tutelas durante la ejecución del contrato de trabajo el daño moral se prueba *in re ipsa*, véase MANGARELLI (1984), p. 116.

- **Opción 2:** preferir el pago de las indemnizaciones por término de contrato contempladas en los artículos 162, 163 y 168 del CT, con sus respectivos recargos, además de la indemnización adicional que determine el juez no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Respecto de la opción 2, cabe hacer los mismos comentarios que en el caso del despido atentatorio de derechos fundamentales.

3.9 A diez años del procedimiento de tutela

Luego de diez años de vigencia de la tutela, podemos señalar algunas tendencias⁴³⁵.

El procedimiento de tutela está operando con gran flexibilidad. Gracias a la textura abierta de los derechos fundamentales, muchas demandas citan varias de las garantías explicitadas en el artículo 485 y luego el tribunal, en base a la prueba, determina cuál o cuáles son las que aplican. Esto otorga flexibilidad a los demandantes y permite que materias como el acoso sexual y el *mobbing* sean demandadas en forma más efectiva por el procedimiento de tutela que a través de los procedimientos contemplados por las leyes especializadas (números 20.005 de acoso sexual y 20.607 de acoso laboral o *mobbing*⁴³⁶).

Tanto el acoso sexual como el *mobbing* violentan derechos fundamentales y recurrir de tutela permite una mayor protección para el denunciante. Por ejemplo, el *mobbing* debe ser reiterado, pero esta puede ser una condición muy difícil de probar, por tanto es mejor demandar tutela por integridad psíquica, honra y privacidad, señalando que esta situación constituye, además, *mobbing*.

Existen garantías consagradas en el artículo 485 del CT que están infrautilizadas en tutela. Una de ellas es la libertad de culto, la libertad de trabajo y la integridad física. Son una suerte de garantías invisibles, pero creemos, en todo caso, que no por mucho tiempo más.

En muchas situaciones no es aplicable la prueba de indicios, en el sentido de que el empleador demuestre la proporcionalidad de la medida adoptada. Por ejemplo, en el acoso sexual, en el *mobbing* o en la libertad sindical. Aquí el empleador sólo puede optar por la prueba del contraindicio.

435 GAMONAL (2015), pp. 129-130.

436 En el año 2006, con la profesora Pamela Prado, vaticinábamos este éxito del procedimiento de tutela. Véase GAMONAL y PRADO (2006), p. 147.

Desde una óptica argumentativa, unas pocas sentencias desarrollan un planteamiento acabado del principio de proporcionalidad. Otras aplican directamente la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. La mayoría, en todo caso, no explicita el método de ponderación entre derechos, sin perjuicio de contener un análisis razonado del conflicto producido.

Por otra parte, la prueba de indicios ha funcionado, y los actores comienzan a acostumbrarse a su lógica y operativa. La indemnización del daño moral por tutela ya no se discute y muchas sentencias la decretan.

Por último, pero no por ello menos importante, es destacable la amplitud de los remedios sistémicos decretados por los tribunales.

La ciudadanía en la empresa permite hacer efectiva la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora en la etapa precontractual laboral, durante la vigencia del contrato de trabajo y al término del mismo, como también de los funcionarios públicos en su relación estatutaria.

Conclusiones

La *ciudadanía en la empresa* permite hacer efectiva la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora en la etapa precontractual laboral, durante la vigencia del contrato de trabajo y al término del mismo, como también de los funcionarios públicos en su relación estatutaria.

Estimamos que la eficacia diagonal de los derechos fundamentales, en el contexto del contrato de trabajo, constituye una de las evoluciones más relevantes de la protección del trabajador. Materias tan importantes como el acoso sexual o el *mobbing* o acoso moral han sido abordados desde el procedimiento de tutela en forma mucho más eficaz que la propuesta por las leyes N° 20.005 de 2005 y N° 20.607 de 2012, referidas en específico a dichas materias.

Por otra parte, el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa refuerza la *ambivalencia estructural* del derecho laboral, que por un lado protege al trabajador y, por otro, reconoce las potestades del empleador⁴³⁷. Hablar de eficacia diagonal implica asimilar un poco más el poder del empleador al poder estatal y, de esta forma, el dilema del derecho individual del trabajo se mantiene en el sentido de que, a más tutela del trabajador, más reconocimiento del poder del empleador en la empresa.

Asimismo, no deben olvidarse los derechos fundamentales tradicionales del derecho laboral, de orden económico y la libertad sindical que permite empoderar a los trabajadores y reestablecer una cierta igualdad entre las partes cuando los sindicatos son poderosos y representativos⁴³⁸. Aunque la tutela comprenda en nuestro país la

437 Como vimos en este trabajo, cumpliendo los estándares del artículo 485 inciso tercero, el empleador puede limitar los derechos fundamentales de los trabajadores.

438 Se ha hecho presente que la ciudadanía en la empresa es complementaria de los derechos fundamentales más tradicionales del derecho del trabajo, como la justa retribución o la libertad sindical. GAMONAL (2004a), p. 74.

La ciudadanía en la empresa implica un desafío cultural, dada la existencia de estrategias de servidumbre encubierta que perduran y chocan frontalmente con el derecho del trabajo. Por tanto, el desafío del pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador es omnicomprendivo y compromete al legislador, a los jueces, a los docentes y a todos los operadores del derecho.

libertad sindical, resulta evidente que esta se fomenta desde las técnicas tradicionales del derecho colectivo del trabajo, sobre todo desde la plena consagración del derecho fundamental de huelga⁴³⁹.

Consideramos que, en nuestro país, la ciudadanía en la empresa implica un *desafío cultural*, dada la existencia de estrategias de servidumbre encubierta que perduran y chocan frontalmente con el derecho del trabajo. Por tanto, el desafío del pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador es omnicomprendivo y compromete al legislador, a los jueces, a los docentes y a todos los operadores del derecho.

439 GAMONAL C., Sergio (2013b), "El derecho de huelga en la Constitución chilena", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 1, pp. 105 y ss.



Glosario
Preguntas y casos
Bibliografía

Glosario

1. **Acoso moral o mobbing:** proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud de el o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio.
2. **Acoso sexual:** conducta de naturaleza sexual indeseada por la víctima y que afecta o amenaza su dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en su situación laboral.
3. **Ciudadanía en la empresa:** teoría que postula la vigencia de los derechos civiles y políticos del trabajador, en cuanto ciudadano, al interior de las relaciones laborales.
4. **Colisión de principios:** en la colisión de principios, es decir cuando ambos son aplicables a un caso concreto, pero conllevan consecuencias distintas, se hace necesaria la ponderación o balance de los mismos para determinar cuál de los principios en juego debe ceder frente al otro. No se trata de invalidar un principio, sino que, en un caso determinado, un principio cede frente a otro.
5. **Colisión de reglas:** cuando dos reglas contrapuestas o contradictorias regulan el mismo supuesto fáctico, si en una de ellas no existe una “cláusula de excepción”, la colisión se resolverá por medio de tres criterios, jerarquía, temporalidad y especialidad.
6. **Constitucionalización del derecho del trabajo:** cuando los textos constitucionales adoptan cláusulas laborales en sus catálogos de derechos fundamentales, a saber, el derecho al trabajo, al descanso dominical, a la tutela de la maternidad, a las vacaciones pagadas, a la libertad sindical, etcétera.
7. **Contenido potestativo del contrato de trabajo:** derecho que tiene el empleador en orden a dirigir y coordinar el trabajo de sus subordinados.
8. **Despido discriminatorio grave:** cuando es discriminatorio (de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 del CT) y calificado como grave, por el juez, por resolución fundada.
9. **Eficacia diagonal:** en materia laboral y dado el desnivel de poder entre empleador y trabajador, la eficacia de los derechos fundamentales no es horizontal, como si se tratara de sujetos iguales y en relación de coordinación. Y tampoco es vertical, dado que el empleador no tiene el mismo poder del Estado. Por tanto, debemos concluir que es diagonal, lo que permite percibir el fenómeno laboral en toda su magnitud.
10. **Eficacia mediata o indirecta:** indica que los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos e indirectamente a los privados.
11. **Eficacia inmediata o directa:** señala que los derechos fundamentales rigen y obligan directamente a los particulares en sus actuaciones.
12. **Garantía de indemnidad:** las represalias en contra del trabajador son también una violación de sus derechos fundamentales. Una de sus manifestaciones es la garantía de indemnidad, cuando el trabajador ha ejercido acciones judiciales, ha participado como testigo en juicio o ha sido ofrecido en tal calidad, o ha existido labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, y el empleador adopta represalias en su contra, siendo en estos casos plenamente procedente la tutela de derechos fundamentales.
13. **Honra:** conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de los demás. Se relaciona con el buen nombre, la buena fama y el bien moral.
14. **Horizontalidad de derechos:** los derechos humanos no sólo tienen una *eficacia vertical*, entendida como límites del Estado frente a las libertades del ciudadano, sino también una *eficacia horizontal entre particulares*.
15. **Juicio de adecuación e idoneidad:** el legislador, al establecer una medida determinada, debe considerar que sea idónea en el sentido de ser apta para el fin perseguido. Se compone de dos elementos, legitimidad constitucional del fin buscado y adecuación de la medida, es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico relevante.
16. **Juicio de necesidad:** implica que siempre deberán preferirse medidas no invasoras de los derechos fundamentales del ciudadano. Debe ser la más benigna con el derecho intervenido.
17. **Laboralización del derecho constitucional:** la constitucionalización del derecho laboral conllevó que, en forma imperceptible, se ampliara la eficacia de los derechos fundamentales, dado que los derechos laborales rigen por definición entre particulares. Es decir, su elevación a rango consti-

tucional conllevó que la eficacia de esos derechos humanos pasara también a ser horizontal y no sólo vertical. En este sentido, se produjo una laborización de los textos constitucionales.

18. **Libertad de expresión:** la libertad de opinión expresión? se concibe como la facultad que tiene toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa y cree.
19. **Libertad ideológica:** libertad de cada uno de adoptar sus propias convicciones según lo que estima verdadero en cualquier ámbito, explicitándolo.
20. **Libertad religiosa o de culto:** libertad de las personas para relacionarse con Dios de acuerdo a los dictados de su conciencia, sin coacción de autoridad u otra persona, así como el derecho de mantener dicha experiencia religiosa en la esfera privada y también el derecho de manifestarla individual o colectivamente.
21. **Principios (perspectiva sustantiva o valórica):** líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.
22. **Principios (perspectiva estructural, ALEXY):** mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado, en la medida de lo posible.
23. **Proporcionalidad en sentido estricto:** el límite que imponga el legislador a los derechos fundamentales debe ser racional en cuanto a sus efectos y puede expresarse en la ley de la ponderación de ALEXY, la que afirma que cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.
24. **Prueba de indicios:** se trata de un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante trabajador al demandado empleador. Puede ser definida como un sistema que exige una prueba mínima de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador subordinado, para que sea el empleador quien deba justificar la licitud de su actuación.
25. **Remedios sistémicos:** facultades del juez, en la sentencia del procedimiento de tutela, para incidir en la organización del trabajo con miras a resguardar los derechos fundamentales del demandante y de los demás trabajadores. Es propio de la tutela de derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo.
26. **Técnica de la aplicación escalonada:** consiste en examinar (1) si la medida persigue un fin constitucional legítimo, (2) si es adecuada, (3) si cumple con los estándares de necesidad y (4) si se dan los elementos de la proporcionalidad en sentido estricto.
27. **Vida privada:** conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento.
28. **Vulneración de derechos con ocasión del despido:** Cuando con ocasión del despido violentan los derechos fundamentales, por ejemplo, si se despide a una persona por su origen racial. También, cuando la razón encubierta es atentatoria de derechos fundamentales, por ejemplo, si se despide por necesidades de la empresa pero el motivo real es la opinión política del trabajador. Asimismo, cuando la vulneración de derechos fundamentales conlleva el despido indirecto de la víctima o, incluso, su renuncia. Del mismo modo, cuando al despedir (quizás por una razón lícita) se violentan derechos fundamentales del trabajador, por ejemplo, ridiculizándolo públicamente. Finalmente, cuando el despido se basa en prueba violatoria de derechos fundamentales.

Preguntas y casos

Preguntas

- 1. ¿Por qué Kahn-Freund dice que el contrato de trabajo encubre la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos?**
 - Respuesta: Porque es de la esencia en la idea contractual la coordinación entre pares o iguales, lo que no ocurre en materia laboral, en donde el empleador es la parte fuerte del contrato.
- 2. ¿Cuál sería la diferencia entre principios y reglas desde una perspectiva estructural, según Alexy?**
 - Respuesta: Los principios son mandatos de optimización, dado que pueden ser cumplidos en distinto grado, en la medida de lo posible. Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, como en las normas de tránsito ocurre con el disco Pare.
- 3. ¿Cómo se estructura el principio de proporcionalidad?**
 - Respuesta: Se compone de tres subprincipios, a saber, *adecuación o idoneidad*: la medida debe ser idónea en el sentido de que debe ser apta para el fin perseguido por el empleador. Se compone de dos elementos, legitimidad constitucional del fin buscado y adecuación de la medida, es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico relevante; *necesidad*: siempre deberán preferirse medidas menos invasoras de los derechos fundamentales del trabajador. Debe ser la más benigna con el derecho intervenido; *proporcionalidad en sentido estricto*: el límite a los derechos fundamentales debe ser racional en cuanto a sus efectos, aplicando la ley de ponderación de Alexy. Alude también a que no se afecte la esencia del derecho fundamental del trabajador.
- 4. ¿En qué consiste la laboralización del derecho constitucional?**
 - Respuesta: Cuando surge el constitucionalismo social, con las Constituciones de México y Weimar, en 1917 y 1919 respectivamente, la elevación de los derechos laborales a rango constitucional llevó el germen de la idea de horizontalidad de derechos, reconocida expresamente en normas laborales en dichas cartas fundamentales. En consecuencia, el origen de la eficacia horizontal está en el derecho del trabajo y en cómo esta disciplina impregna al derecho constitucional.
- 5. Explique la crítica histórica a la eficacia horizontal.**
 - Respuesta: Los derechos fundamentales nacen respecto del Estado, con eficacia vertical que defiende a los particulares frente el poder estatal. En consecuencia, es inexacto postular su eficacia entre particulares.

6. **Explique la crítica sobre la objetividad legislativa respecto de la eficacia horizontal.**
 - Respuesta: Los derechos entre particulares son regulados objetivamente por el legislador y, por lo tanto, no es necesario aplicar entre ellos los derechos fundamentales.

7. **Explique la crítica relativa a la afectación de la autonomía privada en la eficacia horizontal.**
 - Respuesta: La aplicación de los derechos fundamentales afecta gravemente la autonomía privada como fundamento del derecho privado, limitando la autonomía de las personas para disponer libremente de sus derechos.

8. **Explique la crítica sobre la discrecionalidad judicial en la eficacia horizontal.**
 - Respuesta: La eficacia horizontal abre la puerta a la discrecionalidad judicial, por la textura abierta de los derechos fundamentales, afectándose la seguridad jurídica.

9. **Explique las respuestas a las críticas.**
 - Respuesta: Primero, los derechos fundamentales han evolucionado desde 1789. En la actualidad comprenden titulares ignorados en su origen histórico (la mujer y las minorías), derechos de naturaleza social y cultural y por cierto una eficacia horizontal en casi todos los sistemas. Si la eficacia vertical alude a la defensa de la persona frente al poder del Estado, resulta lógico que debieran operar también frente a poderes privados exacerbados. Segundo, el legislador no siempre regula con imparcialidad las relaciones entre privados. Los mecanismos de representación están cada vez más discutidos, muchas veces el legislador se ve influenciado por grupos de poder que dejan al argumento de la supuesta objetividad como muy teórico e irreal. Por otro lado, en materia laboral, la legislación tiene sus límites por tratarse de una relación de poder social. Tercero, la autonomía privada es un principio discutido en el derecho civil y en el derecho laboral juega un rol absolutamente secundario. Todo el derecho laboral se construye a espaldas de la autonomía privada, inexistente para el trabajador. Cuarto, en materia laboral el empleador goza de potestades unilaterales y abiertas. En consecuencia, los derechos fundamentales no generan incerteza sino que permiten que el juez revise y limite potestades muy amplias del empleador.

10. **¿Qué es la eficacia diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo?**
 - Respuesta: Dada la práctica argumentativa del derecho del trabajo y las evidentes asimetrías de poder entre empleador y trabajador, más que tratarse de una eficacia horizontal hay una eficacia diagonal, es decir, no estamos frente a una eficacia vertical porque el empleador no tiene el mismo poder del Estado, pero tampoco es una eficacia horizontal, dadas las intensas potestades del empleador. Por ello, la realidad del contrato de trabajo se ubica en un rango intermedio, de eficacia diagonal u oblicua (menos que el Estado, pero mucho más que un simple particular).

11. ¿Qué modalidades admite el procedimiento de tutela?

- Respuesta: Puede ejercerse durante la relación de trabajo o con ocasión del despido. Hay quienes sostienen que también tendría cabida en la etapa precontractual.

12. ¿Qué titulares admite el procedimiento de tutela?

- Respuesta: Si el afectado es un trabajador, puede accionar la víctima, el sindicato al que pertenece, cualquier sindicato que invoque un derecho o interés legítimo, y la Dirección del Trabajo cuando toma conocimiento de la vulneración. Si el afectado es un sindicato, puede accionar la organización sindical víctima y la Dirección del Trabajo cuando toma conocimiento de la vulneración. En todos los casos anteriores, pueden hacerse parte la Dirección del Trabajo y la organización sindical de la cual forme parte el trabajador como tercero coadyuvante, directamente o por intermedio de su organización de grado superior. En los casos de que la vulneración sea con ocasión del despido, sólo puede accionar el trabajador.

13. ¿Qué plazo opera en el procedimiento de tutela?

- Respuesta: Puede ejercerse en el plazo de sesenta días desde la vulneración o desde que se conozca la misma. Si se trata de actos reiterados, se contará desde el último de ellos. Cuando se acciona con ocasión del despido, el plazo es de sesenta días desde la separación y opera la suspensión del inciso final del artículo 168.

14. ¿El procedimiento de tutela es un procedimiento especial?

- Respuesta: No. Salvo excepciones, se rige por las normas del procedimiento ordinario.

15. ¿En qué consiste la prueba de indicios en el procedimiento de tutela?

- Respuesta: Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

16. ¿Qué son los remedios sistémicos en el procedimiento de tutela?

- Respuesta: Son órdenes del juez en materia de organización del trabajo, para resguardar los derechos fundamentales del trabajador y de los otros empleados. Son comunes en derecho comparado y están contemplados en el artículo 495 de nuestro CT.

17. ¿Qué implica accionar de tutela con ocasión del despido?

- Respuesta: Que el despido es por motivos atentatorios de derechos fundamentales (en forma abierta o encubierta), o que es realizado en forma vejatoria, o en base a prueba vulneratoria de derechos fundamentales, o que implica un despido indirecto e, incluso una renuncia del trabajador, cuando el empleador violenta los derechos fundamentales del mismo.

18. ¿Comprende el procedimiento de tutela la indemnización del daño moral?

- **Respuesta:** Sí, en todas sus modalidades, en la ejecución del contrato, en el despido atentatorio de derechos fundamentales y en el discriminatorio grave.

19. ¿El procedimiento de tutela contempla que el despido pueda ser nulo?

- **Respuesta:** Sí, en el caso del despido discriminatorio grave y en el caso del despido antisindical del artículo 294 del CT.

20. ¿Comprende el procedimiento la aplicación del principio de proporcionalidad?

- **Respuesta:** Sí, en los artículos 493 y 485 inciso tercero del CT.

Casos

1 —

PM lleva varios años trabajando en una radio de noticias de cobertura nacional. Su rubro es la política, siendo reconocido como periodista crítico. PM tiene Facebook y un blog de opinión, en donde se dedica a criticar al Gobierno. En su Facebook coloca noticias de la ONG Transparencia, que ha denunciado la falta de objetividad de los medios en general y de la radio en la que trabaja PM, dado que el avisaje incide en la pauta informativa. Su jefe, al enterarse (denunciado por un compañero de trabajo), está muy molesto con PM.

PM es regañado fuertemente por este tema en la reunión de periodistas de los días lunes, le gritaron y trataron de traidor y desleal, de poco hombre y cobarde, y le comunicaron que no le asignarían más noticias relevantes. Por estos hechos y con la prueba pertinente, PM demanda tutela de derechos fundamentales, solicitando que vuelvan a tratarlo en forma normal y con las noticias que cubría regularmente. La radio, por su parte, demuestra que en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad se han prohibido las conductas desleales de los trabajadores.

Si usted fuera el juez, ¿cómo resolvería y cuál sería su razonamiento?

- **Respuesta:** Primero debe analizarse si existe regulación legal al respecto y, claramente, el uso de Facebook no está tratado en el CT. Luego, considerando que está en juego la libertad de opinión del trabajador versus la lealtad exigida por el empleador (en base a su libre iniciativa económica, que le permite organizar su empresa), aplicaría el principio de proporcionalidad, verificando la adecuación/idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de esta medida. En cuanto a la adecuación, resulta evidente que la solicitud de “lealtad” a ultranza en el reglamento interno no se sustenta en una finalidad constitucional lícita, considerando asimismo que los medios de comunicación tienen el rol de informar objetivamente a la ciudadanía, por tanto esta sanción al trabajador no supera este primer test. No es necesario continuar con los otros test de proporcionalidad.

Declararía la vulneración de derechos fundamentales, ordenaría el cese de la conducta y, por ende, que el denunciante vuelva a ser tratado en forma normal y que le sean asignadas las noticias que cubría regularmente. Además, ordenaría que el empleador precise en su reglamento interno que la exigencia de lealtad limita con los derechos fundamentales de los trabajadores. Finalmente, lo multaría.

2 —

FF trabaja desde hace años en una conocida ferretería de la ciudad de Temuco. Siempre ha sido un buen trabajador y no ha tenido inconvenientes con sus compañeros o superiores. No obstante, han surgido dificultades en los últimos meses, desde la llegada de una nueva supervisora, MH, quien ha empezado a acosar sexualmente a FF. Este no ha accedido a las peticiones deshonestas de su jefa y ha comenzado con un cuadro de estrés muy intenso, que lo tiene nervioso y sin dormir. Por otro lado, ha sido objeto de burla por sus compañeros, quienes opinan que debería acceder a los requerimientos, dado que la supervisora es joven y bella. Incluso rumorean que FF es *medio raro*... Aunque la víctima ha solicitado auxilio de sus superiores (jefe de personal), la empresa nada ha hecho. Tampoco se contempla procedimiento alguno en el reglamento interno de la compañía. FF cae en un estrés laboral severo, con medicación y licencia por dos semanas. A su vuelta es reprendido por sus superiores, lo cual agrava su estrés. Por ello, demanda tutela de derechos fundamentales, por afectación de su integridad psíquica y de su honra. En el juicio logra probar sus dichos.

Si usted fuera el juez, ¿cómo resolvería y cuál sería su razonamiento?

- **Respuesta:** Primero, debe revisarse el CT, el cual contempla expresamente la figura del acoso sexual permitiendo que el trabajador recurra al despido indirecto (sin perjuicio de que, al demandar despido indirecto, accione asimismo por despido atentatorio de derechos fundamentales). En este caso se ha optado por el procedimiento de tutela, sin finalizar el contrato, lo cual pareciera una vía adecuada dado el acoso descrito. Segundo, un acoso de esta naturaleza no permite aplicar el principio de proporcionalidad, dado que resulta imposible que el “acoso sexual” sea proporcional. En consecuencia, el empleador sólo podría probar el contraindicio, esto es, que jamás se han producido los hechos alegados por el demandante. Como no es así, dado que FF ha logrado probar sus dichos, condenaría por afectación de la integridad psíquica (estrés laboral severo) y de su honra (burlas de sus compañeros, dudas de su sexualidad, etcétera). Debe ordenarse que el empleador adopte todas las medidas necesarias para el cese del acoso, que se le ofrezcan disculpas públicas al afectado, que se realice un seminario de una mañana para todos los trabajadores y gerentes en la empresa sobre acoso sexual, impartido por un inspector del trabajo, disponiendo además que el empleador enmiende su reglamento interno al tenor de lo requerido por los artículos 153 y 154 del CT en materia de acoso sexual. Finalmente, lo multaría.

3 —

Una profesora de castellano es contratada por el Colegio Pensamiento el 1 de julio de 2000. Se desempeñó en forma ininterrumpida en cursos de 3° y 4° medio hasta el 28 de noviembre de 2019, fecha en la que fue despedida por necesidades de la empresa (artículo 161 del CT). El 22 de noviembre de 2019, se había conocido en el colegio que la profesora era lesbiana, dado que había participado en la marcha del orgullo gay y había salido en la televisión. Luego de estos hechos fue aislada, se le pidió no interactuar con los alumnos y que estuviera en la biblioteca. Incluso se le impidió hacer las últimas clases de noviembre. La profesora durante todo el tiempo que duró la relación laboral trabajó sin problemas de ningún tipo, ni con los alumnos, ni con las autoridades de esa institución educacional, ni con los apoderados, siendo siempre bien evaluada. En tres ocasiones se la había nominado como mejor profesora del colegio. Era muy querida. Finalmente, el 28 de noviembre cuando estaba en la biblioteca, la llamaron de rectoría, donde le comunicaron que era despedida en ese mismo instante y que se debía retirarse de inmediato y sin más dilación. Momentos después y sin poder despedirse de nadie, guardó algunos de sus efectos personales y salió del colegio. La semana siguiente, la extrabajadora demandó por despido atentatorio de derechos fundamentales por haberse afectado su privacidad, honra y libertad de trabajo. Durante el juicio logra probar los hechos denunciados. Por su parte, el colegio argumenta que se la despidió por necesidades de la empresa y que no ha habido vulneración de derechos fundamentales. Alegan desconocer la orientación sexual de la trabajadora. Postulan, en todo caso, que una persona lesbiana no está capacitada para formar jóvenes.

Si usted fuera el juez, ¿cómo resolvería y cuál sería su razonamiento?

- **Respuesta:** Primero debe analizarse si existe regulación legal al respecto, y claramente el CT prohíbe discriminar por la orientación sexual de los trabajadores. Luego, evaluar la prueba rendida y resolver considerando que están probados los indicios del despido atentatorio de derechos fundamentales, a saber, es una trabajadora que lleva años, ha tenido buen comportamiento, ha sido premiada, se supo de su orientación sexual y fue inmediatamente aislada y, finalmente, despedida antes del término del año escolar por supuestas necesidades de la empresa. Por lo anterior, debe concederse el despido atentatorio, estimando afectada la privacidad de la trabajadora dado que dentro de su espacio de autonomía es libre para decidir su conducta sexual y orientación; la honra, en consideración al trato persecutorio otorgado, el cual difícilmente pasaría desapercibido por sus colegas, y su libertad de trabajo, por perjudicar su carrera y desempeño en base a una característica que no se vincula a su capacidad personal. En consecuencia, condenaría al colegio al pago de la indemnización del preaviso, de la indemnización por años de servicio con el aumento del 30% (artículo 168 del CT), y otorgaría la indemnización especial de seis a once meses de remuneración. Además, multaría a la empresa.

Bibliografía

1. **AKRIVOPOULOU, Christina (2007)**, "Greece Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights", *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study* (Nueva York, Routledge Cavendish), pp. 157-179.
2. **ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2008)**, *Derechos fundamentales* (Santiago, LegalPublishing).
3. **ALEINIKOFF, T. Alexander (2010)**, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, (traducción de Jimena Aliaga Gamarra, del trabajo original en inglés de 1987) (Lima, Palestra).
4. **ALEXY, Robert (2002)**, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 66, pp. 13-64.
5. **ALEXY, Robert (2001)**, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
6. **ALLEN, William T., JACOBS, Jack B. y STRINE, Leo E. Jr. (2002)**, "Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of *Van Gorkom* and its Progeny as a Standard of Review Problem", *Northwestern University Law Review*, Vol. 96 N° 2, pp. 449-466.
7. **ALONSO OLEA, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia (2006)**, *Derecho del trabajo*, 24ª edición (Cizur Menor, Thomson Aranzadi).
8. **ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2005)**, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales* (Albacete, Bomarzo).
9. **ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2004)**, "Inviolabilidad de las comunicaciones electrónica", *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 5, pp. 191-200.
10. **APARICIO, Joaquín (1992)**, "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", *Autoridad y Democracia en la Empresa*, al cuidado de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos (Madrid, Trotta), pp. 77-93.
11. **ARELLANO ORTIZ, Pablo (2013a)**, "¿Quién protege al defensor frente a las intromisiones en su vida privada por parte de su empleador?", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol I N°3 (Thomson Reuters Chile), pp. 145-147.
12. **ARELLANO ORTIZ, Pablo (2013b)**, "Cambio en las condiciones de trabajo, renuncia forzada y despido: un típico caso de tutela de derechos fundamentales al momento del despido", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. I N° 1 (Thomson Reuters Chile), pp. 414-416.
13. **ARELLANO ORTIZ, Pablo y BENFELD ESCOBAR, Johann (2017)**, "Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: otra mirada al caso Kronos", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 6, N° 2, pp. 3-24.
14. **ARREDONDO PACHECO, Jorge (2014)**, "La llegada de la reforma laboral: el famoso caso Kronos", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. II N° 1 (Thomson Reuters Chile), pp. 417-448.
15. **ASÍS ROIG, Rafael de (2004)**, Prólogo a la obra de VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada* (Madrid, Marcial Pons), pp. 9-12.
16. **ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1993)**, "Tres enfoques de los principios jurídicos", *Revista de Ciencias Sociales N° 38, Estudios en Homenaje a Ronald Dworkin* (Universidad de Valparaíso, Edeval), pp. 329-356.
17. **ATRIA, Fernando (2007)**, *Mercado y ciudadanía en la educación* (Santiago, Flandes Indiano).
18. **ATRIA, Fernando (2000)**, "Las circunstancias de la derrotabilidad", Sobre el Razonamiento Jurídico, *Revista de Ciencias Sociales N° 45* (Valparaíso, Edeval), pp. 448-456.
19. **ÁVILA, Humberto (2011)**, *Teoría de los principios* (Madrid, Marcial Pons).
20. **BARAHONA ESTAY, Francisca (2009)**, *Despido indirecto* (Santiago, PuntoLex).
21. **BARBA RAMOS, Francisco y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2019)**, "Alternativas de regulación de los derechos online en el ordenamiento laboral español" (en línea), *Derecho y conocimiento*, ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho Universidad de Huelva, España. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/333666362_Alternativas_de_regulacion_de_los_derechos_online_en_el_ordenamiento_laboral_espanol (visitado el 2-1-2020).

22. **BARBAGELATA, Héctor-Hugo (2009)**, *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
23. **BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew D. (2016)**, "Big Data's Disparate Impact", *California Law Review*, Vol. 104, pp. 671-732.
24. **BARROS BOURIE, Enrique (2007)**, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
25. **BARROS BOURIE, Enrique (1984)**, "Reglas y principios en el derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 2, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social (Valparaíso, Edeval), pp. 269-281.
26. **BAVARO, Vincenzo (2003)**, "Ideologia e contratto di lavoro subordinato", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 98, año XXV, pp.193-252.
27. **BAYLOS, Antonio (1991)**, *Derecho del trabajo: modelo para armar* (Madrid, Trotta).
28. **BENALCÁZAR, Isabelle De (2003)**, *Droit du travail et nouvelles technologies* (París, Montchrestien Gualino éditeur).
29. **BERNAL PULIDO, Carlos (2010)**, "La ponderación en el derecho constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica", Estudio preliminar del libro de T. Alexander ALEINIKOFF *El derecho constitucional en la era de la ponderación* (Lima, Palestra), pp. 7-18.
30. **BILBAO UBILLOS, Juan María (2007)**, "La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español", *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner y Ingo Sarlet (Coimbra, Almedina), pp. 165-212.
31. **BILBAO UBILLOS, Juan María (1997)**, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*, (Madrid, McGraw-Hill).
32. **BLANPAIN, Roger (2007)**, "The European Union", *The Global Workplace, International and Comparative Employment Law. Cases and Materials*, Roger Blanpain, Susan Bisom-Rapp, William R. Corbett, Hilary K. Josephs y Michael J. Zimmer eds., (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 276-331.
33. **BRONSTEIN, Arturo (2010)**, *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales* (Plaza y Valdés Editores, OIT).
34. **BRONSTEIN, Arturo (1993)**, "La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo", *Derecho del trabajo: normas y realidad*, (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello), pp. 113-136.
35. **BUCKLEY, Timothy J. (2013)**, "Password Protection Now: An Elaboration on the Need for Federal Password Protection Legislation and Suggestions on how to Draft it", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 31, pp. 875-892.
36. **BULNES ALDUNATE, Luz (1980)**, "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho Público*, 1980, N° 28 (Universidad de Chile), pp. 207-224.
37. **CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2012)**, "La tipificación y sanción del acoso laboral en Chile: un ejemplo de cómo retroceder en el resguardo de los derechos fundamentales", *Estudios Laborales* N° 7 (Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), pp. 179-202.
38. **CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007)**, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, 2ª edición (Santiago, LexisNexis).
39. **CABRELLI, David (2011)**, "Rules and Standards in the Workplace: a Perspective from the Field of Labour Law", *Legal Studies*, Vol. 31 N° 1, pp. 21-41.
40. **CANARIS, Claus-Wilhelm (2006)**, "A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Porto Alegre, Livraria Do Advogado Editora), pp. 225-245.
41. **CARRIÓ, Genaro R. (2001)**, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª reimpresión (Buenos Aires, Astrea).
42. **CARRIÓ, Genaro R. (1994)**, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª edición corregida y aumentada, reimpresión (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
43. **CARRO HERNÁNDEZ, María del Rocío y ESPINOZA C. (2012)**, Gabriel, "Redes Sociales y el despido sanción" (en línea), *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* N° 9, enero 2012, p. 120. Disponible en: https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N9/contenido/pdf/arti_01_09.pdf (visitado el 3-1-2020).

44. **CASAS BECERRA, Lidia (2012)**, “Un estudio sobre las quejas por acoso sexual ante la Inspección del Trabajo: desafíos y oportunidades de la Ley N° 20.005”, *Estudios Laborales N° 7* (Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), pp. 25-50.
45. **CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel (editores) (1994)**, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª edición (Madrid, Tecnos).
46. **CEA EGAÑA, José Luis (2004)**, *Derecho constitucional chileno*, Tomo II Derechos, Deberes y Garantías (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
47. **CEA EGAÑA, José Luis (1988)**, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
48. **CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2009)**, “Barrientos Zamorano, Marcelo (2008), Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato (Santiago, LegalPublishing) 162 pp.”, *Revista Chilena de Derecho* (Valdivia) XXXVI (2), agosto 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200011&script=sci_arttext> (visitado el 2-3-2020).
49. **CONTESE, Jorge (2002)**, “Reglas y principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 20, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, (Valparaíso, Edeval), pp. 53-93.
50. **CONTRERAS, Pablo (2009)**, *Poder privado y derechos. Eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales* (Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado).
51. **CORBETT, William R. (2007)**, “The United States”, *The Global Workplace, International and Comparative Employment Law: Cases and Materials* Roger Blanpain, Susan Bisom-Rapp, William R. Corbett, Hilary K. Josephs y Michael J. Zimmer eds. (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 92-156.
52. **CORREA, Rodrigo (2004)**, “En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos constitucionales”. Trabajo inédito basado en la ponencia presentada el 13 de enero de 2004 en el VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional (Santiago de Chile).
53. **COUSO SALAS, Jaime (2018)**, “Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 25, N° 2, pp. 29-76.
54. **COUTURIER, Gérard (1996)**, *Droit du travail, t.1. Les relations individuelles de travail* (Paris, PUF).
55. **CRUZ, Luis M. (2005)**, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (Granada, Editorial Comares).
56. **CURZIO, Pietro (1992)**, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali* (Bari, Cacucci).
57. **CHAPMAN, Anna (2002)**, “Vie privée et surveillance sur le lieu de travail en Australie”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV), pp. 73-92.
58. **DE LA CUEVA, Mario (1994)**, *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva*, recopilación de escritos de Mario de la Cueva realizada por Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva (México, Fondo de Cultura Económica).
59. **DUCCI CLARO, Carlos (1984)**, *Derecho civil, parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
60. **DWORKIN, Ronald (1999)**, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
61. **EISENBERG, Melvin Aron (1993)**, “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham Law Review*, Vol. 62, pp. 437-468.
62. **ELSTER, Jon (2003)**, “Desempleo y justicia local”, *Revista Internacional de Sociología*, N° 34, pp. 169-185.
63. **ERMIDA URIARTE, Óscar (1996)**, *Apuntes sobre la huelga*, 2ª edición (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
64. **ERMIDA URIARTE, Óscar (1989)**, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador* (Buenos Aires, Hammurabi).
65. **ESTREICHER, Samuel y LESTER, Gillian (2008)**, *Employment Law* (New York, Thomson/Foundation Press).
66. **EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004)**, *Los derechos constitucionales*, tomo I, 3ª edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

67. **EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986)**, *Los derechos constitucionales*, tomo II, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
68. **FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel (2004)**, “Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines extraproductivos”, *Derecho Social y Nuevas Tecnologías* (Madrid, Cuaderno de Derecho Judicial XV, Consejo General del Poder Judicial), pp. 279-319.
69. **FEDTKE, Jörg (2007a)**, “Drittwirkung in Germany”, *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study* (Nueva York, Routledge Cavendish), pp. 125-156.
70. **FEDTKE, Jörg (2007b)**, “From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition”, *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study* (Nueva York, Routledge Cavendish), pp. 351-377.
71. **FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001)**, *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, Editorial Conosur).
72. **FERRAJOLI, Luigi (1999)**, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Trotta).
73. **FERRERES COMELLA, Víctor (2001)**, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, *Los derechos fundamentales* (Buenos Aires, SELA), pp. 41-52.
74. **FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2008)**, “Concepto de derecho a la vida”, *Ius et Praxis*, Año 14. N° 1, pp. 261-300.
75. **FIORAVANTI, Maurizio (1996)**, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira (Madrid, Trotta).
76. **FOUCAULT, Michel (2005)**, *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona, Gedisa).
77. **GAMONAL C., Sergio (2020)**, *Derecho colectivo del trabajo*, 3ª edición actualizada, (Santiago, ediciones DER).
78. **GAMONAL C., Sergio (2018)**, “De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 3 2018, pp. 1-28.
79. **GAMONAL C., Sergio (2017)**, “Rules or Principles in Labour Law?”, *Festschrift till Ann Numhauer-Henning*, editado por Mia Rönmar y Jenny Julén Votinius, Juristförlaget i Lund, pp. 255-275.
80. **GAMONAL C., Sergio (2016)**, “El daño moral en el artículo 489 del Código del Trabajo”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLVII, 2º semestre, pp. 305-327.
81. **GAMONAL C., Sergio (2015)**, *La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el derecho del trabajo*, (Santiago, Thomson Reuters LA LEY).
82. **GAMONAL C., Sergio (2014)**, *Fundamentos de derecho laboral*, 4ª edición actualizada (Santiago, La Ley/Thomson Reuters LegalPublishing).
83. **GAMONAL C., Sergio (2013a)**, “La felicidad y el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. I N° 4 (Thomson Reuters Chile), pp. 53-62.
84. **GAMONAL C., Sergio (2013b)**, “El derecho de huelga en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 1, pp. 105-127.
85. **GAMONAL C., Sergio (2012)**, “Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, 2º semestre, pp. 161-176.
86. **GAMONAL C., Sergio (2011)**, *Cidadanía na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais* (Sao Paulo, Editora LTR).
87. **GAMONAL C., Sergio (2010)**, *Trabajo y derecho* (Santiago, AbeledoPerrot).
88. **GAMONAL C., Sergio (2008)**, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, 2ª edición revisada y actualizada (Santiago, LegalPublishing).
89. **GAMONAL C., Sergio (2007)**, *El daño moral en el contrato de trabajo*, 2ª edición actualizada (Santiago, LexisNexis).
90. **GAMONAL C., Sergio (2004a)**, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
91. **GAMONAL C., Sergio (2004b)**, “La Cibervigilancia dentro de la empresa: comentario a una sentencia de la Corte Suprema”, *Revista Laboral Chilena*, junio 2004 (Santiago), pp. 90-94.

92. **GAMONAL C., Sergio (2004c)**, “Los derechos del trabajador en la Constitución chilena”, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (3) (Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social), pp. 33-69.
93. **GAMONAL C., Sergio (1998)**, *Introducción al derecho del trabajo* (Santiago, Editorial Conosur).
94. **GAMONAL C., Sergio y ROSADO MARZÁN, César (2019)**, *Principled Labor Law. U.S. Labor Law through a Latin American Method* (Nueva York, Oxford University Press).
95. **GAMONAL C., Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina (2015)**, *Manual del contrato de trabajo*, 4ª edición revisada y aumentada (Santiago, LegalPublishing Chile).
96. **GAMONAL C., Sergio y ROSADO MARZÁN, César (2014)**, “Protecting Workers as a Matter of Principle: A South American View of U.S. Work Law”, *Washington University Global Studies Law Review* Vol. 13 N° 4, pp. 605-665.
97. **GAMONAL C., Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis (2012)**, “Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo”, *Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social*, coordinador Emilio Morgado (Santiago, AbeledoPerrot), pp. 1-46.
98. **GAMONAL C., Sergio y PRADO, Pamela (2008)**, “El suministro de trabajadores en la nueva Ley N° 20.123: acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación”, *Revista Laboral Chilena*, agosto 2008, pp. 59-65.
99. **GAMONAL C., Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela (2006)**, *El mobbing o acoso moral laboral* (Santiago, LexisNexis).
100. **GARCÍA SUÁREZ, Ignacio (2013)**, “La prueba ilícita en el nuevo procedimiento laboral”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. I N° 2 (Thomson Reuters Chile), pp. 13-73.
101. **GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto (1987)**, *Il rapporto di lavoro*, 2ª edición (Bologna, Zanichelli).
102. **GOLUBOFF, Risa (2009)**, “The Thirteenth Amendment in Historical Perspective”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, pp. 1451-1473.
103. **GRANDE, Cristina y GORDILLO, Carmen, (2013)**, “El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (en línea) N° 855. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/318746> (visitado el 20-01-2020).
104. **GRIMM, Dieter (2006)**, *Constitucionalismo y derechos fundamentales* (Madrid, Trotta).
105. **GUASTINI, Ricardo (1999)**, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Barcelona, Gedisa).
106. **GUIDI MOGGIA, Caterina (2009)**, “Proyecto de ley sobre uso de medios informáticos en el trabajo. Análisis crítico”, *Actualidad Jurídica*, tomo II, enero 2009 (N° 19) (Facultades de Derecho, Santiago-Concepción, Universidad del Desarrollo), pp. 459-477.
107. **GUIDI MOGGIA, Caterina (2008)**, “Consagración legal de la garantía de indemnidad en nuestro ordenamiento jurídico laboral”, *Estudios Laborales N° 2* (Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social), pp. 23-45.
108. **HÄBERLE, Peter (1998)**, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional* (Madrid, Trotta).
109. **HALL, Kermit L. (1999)**, (editor), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (Nueva York, Oxford University Press).
110. **HART, H.L.A. (2012)**, *The Concept of Law*, 3ª edición (Oxford, Oxford University Press).
111. **HERRERA CARPINTERO, Paloma (2016)**, “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile” (en línea), *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5 (1), Facultad de Derecho Universidad de Chile. Disponible en <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268> (visitado el 2-1-2020).
112. **HESSE, Konrad (1995)**, *Derecho constitucional y derecho privado* (Madrid, Civitas).
113. **HOHFELD, W.N. (2001)**, *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro Carrió, 5ª edición, publicado originalmente en inglés en 1913 (México, Fontarama).
114. **HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. (2011)**, *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, traducción de Stella Martangelo de la 1ª edición de 1999 (Buenos Aires, Siglo XXI Editores).
115. **HUNTER-HENIN, Myriam (2007)**, “France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study* (Nueva York, Routledge Cavendish), pp. 98-124.

116. **IRURETA URIARTE, Pedro (2003)**, “Las organizaciones de tendencia ante el derecho”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVII N° 2 (Santiago, Universidad Alberto Hurtado), pp. 235-248.
117. **ITURRIAGA DELGADO, Camilo (2016)**, “Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. IV N° 1 (Santiago), pp. 53-67.
118. **JANA LINETZKY, Andrés (2001)**, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Los derechos fundamentales* (Buenos Aires, SELA), pp. 53-87.
119. **KAHN-FREUND, Otto (1987)**, *Trabajo y derecho* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).
120. **LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2011)**, *Manual de proceso laboral*, 2ª edición (Santiago, AbeledoPerrot).
121. **LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2006)**, *Contrato individual de trabajo*, Universidad de Concepción, Colección de Manuales (Santiago, LexisNexis).
122. **LEIVA FADIC, Felipe (2010)**, “Hacia un constitucionalismo moderado o deferente”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 73, pp. 133-170.
123. **LEWAN, Kenneth M. (1968)**, “The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, July 1968, pp. 571-601.
124. **LIZAMA PORTAL, Luis (2003)**, *Derecho del trabajo* (Santiago, LexisNexis).
125. **LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis (2005)**, *Nueva ley de acoso sexual* (Santiago, LexisNexis).
126. **LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis (1998)**, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa* (Santiago, Editorial Conosur).
127. **LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998)**, *Los contratos, parte general*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
128. **LOVERA Domingo (2017)**, “Destinatarios de los derechos fundamentales”, *Manual sobre derechos fundamentales*, Pablo Contreras y Constanza Salgado eds. (Santiago, LOM), pp. 161-206.
129. **LÜER GÓMEZ, Nicole (2013)**, *Empresas de tendencia en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).
130. **LYON-CAEN, Antoine (2002)**, “Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail: quelques réflexions a partir de l'expérience française”, *Les juges et le droit social*, sous la direction de Philippe Auvergnon (Bordeaux, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV), pp.21-28.
131. **MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido (1986)**, *Derecho del trabajo* (Santiago, Fondo de Cultura Económica).
132. **MCGINLEY, Ann (2018)**, “Género, derecho y cultura en los lugares de trabajo jurídicos: un caso chileno de estudio”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 3, pp. 49-76.
133. **MANGARELLI, Cristina (1984)**, *Daño moral en el derecho laboral*, Montevideo, Acali Editorial.
134. **MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2006)**, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 8, pp. 13-37.
135. **MARRA, Realino (1998)**, *Lineamenti di diritto del lavoro* (Bologna, Zanichelli).
136. **MARTÍNEZ MERINO, Gonzalo (2012)**, “La garantía de indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y el common law”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N° 2., pp. 333-353.
137. **MARZI MUÑOZ, Daniela (2015)**, “La readmisión como reparación: condición para la ciudadanía en el trabajo o importancia de ejercer derechos”, *Sobre los derechos sociales*, varios autores (Edeval, Valparaíso), pp. 513-552.
138. **MARZI MUÑOZ, Daniela (2013)**, “Ministerio Público y tutela de derechos fundamentales. La laboralización del sector público en clave de precarización y el inesperado reequilibrio de poder vía ejercicio de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. I N° 1 (Thomson Reuters Chile), pp. 441-450.
139. **MÉDA, Dominique (1996)**, “El valor trabajo visto en perspectiva”, *Revista Internacional del Trabajo*, 1996/6 (Ginebra), pp. 689-700.

140. **MEDINA, Cecilia (1996)**, "Introducción: el derecho internacional de los derechos humanos", *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales N° 6, pp. 27-84.
141. **MELIS VALENCIA, Christian (2009)**, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago, LegalPublishing).
142. **MELIS VALENCIA, Christian (2001a)**, "En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales", parte I, *Boletín Dirección del Trabajo N° 148*, pp. 8-20.
143. **MELIS VALENCIA, Christian (2001b)**, "En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales", parte II, *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 149, pp. 5-23.
144. **MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe (2000)**, *Derecho del trabajo*, tomo II, (Santiago, Editorial Conosur).
145. **MONTOYA MELGAR, Alfredo (2007)**, *Derecho del trabajo*, 28ª edición (Madrid, Tecnos).
146. **NEUMANN, Franz L. (1983)**, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura* (Bologna, Il Mulino).
147. **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006)**, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derecho* (Santiago, Librotecnia).
148. **OLIVER, Hazel (2011)**, "Employment law", *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, editado por David Hoffman (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 344-359.
149. **OLIVER, Dawn y FEDTKE, Jörg (2007)**, "Comparative Analysis", *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Dawn Oliver y Jörg Fedtke eds. (Nueva York, Routledge Cavendish), pp. 467-519.
150. **OIT (1994)**, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
151. **PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos (1991)**, *Los derechos laborales en la Constitución española* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
152. **PECES_BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999)**, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado).
153. **PÉREZ LUÑO, Antonio (1995)**, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 5ª edición, (Madrid, Tecnos).
154. **PERSIANI, Mattia y PROIA, Giampiero (2008)**, *Diritto del lavoro* (Padua, Cedam).
155. **PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998)**, *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición (Buenos Aires, Depalma).
156. **PRADO FERNÁNDEZ, Juan Manuel (2014)**, "Tutela laboral. Régimen de subcontratación. Aplicación y responsabilidad de la empresa principal", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. II N° 2 (Thomson Reuters Chile), pp. 297-300.
157. **PRITCHETT, Wendell E. (2008)**, "Shelley v. Kraemer: Racial Liberalism and the U.S. Supreme Court", *Civil Rights Stories*, eds. Myriam E. Gilles y Risa L. Goluboff (Nueva York, Foundations Press Thomson West), pp. 5-23.
158. **RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola (2013)**, "La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador", *Revista IUS* (en línea), 7(31). Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100004 (visitado el 17-2-2020).
159. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas de la Constitución Política de la República de Chile de 1980* (1993) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
160. **REY MARTÍNEZ, Fernando (1995)**, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España S.A.).
161. **RIVAS, Ramón (1991)**, "La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa", *Contratos*, Enrique Barros Bourie coordinador (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 189-207.
162. **RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean (1993)**, *Droit du travail* (Paris, PUF).

163. **RODRÍGUEZ BURR, Matías (2013)**, “Nociones sobre la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento legal en Chile”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. I N° 3 (Thomson Reuters Chile), pp. 13-41.
164. **RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2004)**, “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho*, Vol. 50, pp. 355-372.
165. **ROJAS RIVERO, Gloria (1991)**, *La libertad de expresión del trabajador* (Madrid, Trotta).
166. **ROSS, Aif (2005)**, *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª edición (Buenos Aires, Eudeba).
167. **RUIZ-TAGLE, Pablo (2001)**, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, pp. 179-199.
168. **SÁEZ CARLIER, Felipe (2001)**, “El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales”, *Boletín Dirección del Trabajo*, N° 154, pp. 5-14.
169. **SÁEZ LARA, Carmen (1994)**, *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, Consejo Económico y Social.
170. **SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe (2002)**, *Diritto dei lavori* (Turín, Giappichelli).
171. **SARAZÁ JIMENA, Rafael (2008)**, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (Logroño, Universidad de La Rioja).
172. **SEIFERT, Achim (2012)**, “L’effet horizontal des droits fondamentaux”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (RTD Eur., Dalloz) 48 (4), oct.-déc. 2012, pp. 801-826.
173. **SINGER, Reinhard (2007)**, “Direitos fundamentais no direito do trabalho”, *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner y Ingo Sarlet (Coimbra, Almedina), pp. 327-356.
174. **SUPIOT, Alain (1996)**, *Crítica del derecho del trabajo* (Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales).
175. **THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (1989)**, *Manual de derecho del trabajo, tomo II, Derecho individual del trabajo*, 9ª edición actualizada, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
176. **TOLEDO CORSI, César (2016)**, “Análisis crítico de la sanción de las prácticas antisindicales en la Ley N° 20.940”, *Reforma al derecho colectivo del trabajo. Examen crítico de la Ley N° 20.940*, Pablo Arellano, Juan Pablo Severín y María Ester Feres eds., (Santiago, Thomson Reuters), p. 135-160.
177. **UGARTE CATALDO, José Luis (2018)**, *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).
178. **UGARTE CATALDO, José Luis (2013)**, *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo* (Santiago, LegalPublishing).
179. **UGARTE CATALDO, José Luis (2010)**, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, 3ª edición (Santiago, LegalPublishing).
180. **UGARTE CATALDO, José Luis (2006)**, “La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento”, *Derecho Laboral*, Tomo XLIX N° 221, enero-marzo 2006, (Montevideo), pp. 81-132.
181. **VALDÉS DAL RÉ, Fernando (1991)**, “I poteri dell’imprenditore e la persona del lavoratore”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 49, año XIII, 1991, 1, pp. 45-68.
182. **VARAS MARCHANT, Karla (2019)**, *Derecho a huelga: los límites derivados de la protección de terceros* (Santiago, Ediciones DER).
183. **VARAS MARCHANT, Karla (2013)**, “El Código del Trabajo y la función pública: análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. I N° 3 (Thomson Reuters Chile), pp. 43-60.
184. **VENEGAS GRAU, María (2004)**, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada* (Madrid, Marcial Pons).
185. **VERDIER, Jean-Maurice (1990)**, *Droit du travail* (Paris, Dalloz).
186. **VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002)**, *Derecho constitucional*, tomo I, 2ª edición actualizada, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
187. **VISCOMI, Antonio (2003)**, “Osservazioni critiche su lavoro e ‘tendenza’ nelle fonti internazionali e comunitarie”, *Lavoro e Diritto*, 4/2003, pp. 581-598.

188. **WALKER ERRÁZURIZ, Francisco (2003)**, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago, Editorial Universitaria).
189. **WALTER, Gerhard (1985)**, *Libre apreciación de la prueba* (Bogotá, Temis).
190. **YOUNG, Alison L. (2011)**, "Mapping Horizontal Effect", *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, editado por David Hoffman (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 16-47.

Normas Jurídicas citadas

1. Código del Trabajo.
2. Constitución Política de la República de 1980.
3. Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada. Diario Oficial, 28 de agosto de 1999.
4. Ley N° 19.638, que establece Normas sobre Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas. Diario Oficial, 14 de octubre de 1999.
5. Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Diario Oficial, 4 de junio de 2001.
6. Ley N° 19.759, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las Nuevas Modalidades de Contratación, al Derecho de Sindicación, a los Derechos Fundamentales del Trabajador y a otras Materias que indica. Diario Oficial, 5 de octubre de 2001.
7. Ley N° 19.779, que establece Normas relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y crea Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas. Diario Oficial, 14 de diciembre de 2001.
8. Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 30 de julio de 2003.
9. Ley N° 19.889, que regula las Condiciones de Trabajo y Contratación de Artistas y Técnicos de Espectáculos. Diario Oficial, 24 de septiembre de 2003.
10. Ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el Acoso Sexual. Diario Oficial, 18 de marzo de 2005.
11. Ley N° 20.087, que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Diario Oficial, 3 de enero de 2006.
12. Ley N° 20.123, que regula el trabajo en régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios, y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. Diario Oficial, 14 de octubre de 2006.
13. Ley N° 20.178, que regula la relación laboral de los Deportistas Profesionales y Trabajadores que desempeñan Actividades Conexas. Diario Oficial, 25 de abril de 2007.
14. Ley N° 20.238, que modifica la ley N° 19.886, asegurando la Protección de los Trabajadores y la Libre Competencia en la Provisión de Bienes y Servicios a la Administración del Estado. Diario Oficial, 19 de enero de 2008.
15. Ley N° 20.260, que modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087, que establece un Nuevo Procedimiento Laboral. Diario Oficial, 29 de marzo de 2008.
16. Ley N° 20.607, que modifica el Código del Trabajo, sancionando las Prácticas de Acoso Laboral. Diario Oficial, 8 de agosto de 2012.
17. Ley N° 20.940 de 2016, que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales. Diario Oficial, 8 de septiembre de 2016.
18. Ley N° 20.974, que modifica Normas sobre Procedimiento de Tutela Laboral y Procedimiento Monitorio. Diario Oficial, 3 de diciembre de 2016.
19. Ley N° 21.155, que establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio. Diario Oficial, 2 de mayo de 2019.

Jurisprudencia citada

Tribunales de justicia nacionales

1. Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos Ltda. (2008): Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó 15 de septiembre de 2008 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-1-2008.
2. Cabello con Sodimac S.A. (2008): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso 27 de febrero de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-4-2008.
3. Olivares con Sociedad Rodac S.A. (2008): Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique 20 de febrero de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-4-2008.

4. Barckhahn con Corporación Colegio Alemán de Valparaíso: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso 25 de abril de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-2-2009.
5. Román con Empresas de Seguridad y Servicios HBJ El: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso 6 de mayo de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-5-2009.
6. Sindicato de Empresa Minera Lolol actual Tambillos (2009): Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena 28 de mayo de 2009 (tutela laboral), RIT T-9-2009.
7. Sindicato de Empresa Minera Lolol actual Tambillos (2009): Corte de Apelaciones de La Serena 2 de junio de 2009 (amparo), ROL 108-2009.
8. Sindicato de Empresa Minera Lolol actual Tambillos (2009): Corte Suprema (sala penal) 15 de junio de 2009, ROL 3779-2009.
9. Barckhahn con Corporación Colegio Alemán de Valparaíso (2009): Corte de Apelaciones de Valparaíso 27 de julio de 2009 (recurso de nulidad), ROL 163-2009.
10. Madrid con Promolinks S.A. (2009): Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe 30 de julio de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-4-2009.
11. Inspección Provincial del Trabajo con Buses Ahumada Ltda. (2009): Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe 6 de octubre de 2009 (tutela laboral), RIT T-11-2009.
12. Bastías con Lisbeth Verónica Opazo Kook EIRL (2009): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 14 de octubre de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-13-2009.
13. Jara con Redbus Urbano S.A. (2009): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 16 de noviembre de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-4-2009.
14. Correa con Hipermercado San Pablo Ltda. (2009): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 28 de diciembre de 2009 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-33-2009.
15. Carvajal con Clínica Río Blanco (2009): Juzgado de Letras del Trabajo de Los Andes 10 de junio de 2009 (despido indirecto y despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-26-2009.
16. Monsalve Pino, Ricardo con Muellaje STI S.A (2009): Corte Suprema 14 de enero de 2010 (unificación de jurisprudencia), ROL 7023/2009.
17. Concha con Inversiones Córdova y Rodríguez Ltda. (2010): Juzgado de Letras de la Serena 5 de abril de 2010 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-3-2010.
18. Dirección Nacional del Trabajo con Méndez (2010): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 16 de abril de 2010 (tutela laboral), RIT T-16-2010.
19. Rojas con Inversiones Córdova y Rodríguez Ltda. (2010): Juzgado de Letras de La Serena 5 de abril del 2010 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-2-2010.
20. Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con TP Chile S.A. (2010): Primer Juzgado de Letras de Santiago 26 de abril de 2010 (tutela laboral), RIT T 38-2010.
21. Fernández con Silvagno y Cía Ltda. (2010): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 19 de agosto de 2010 (tutela laboral), RIT T-122-2010.
22. Omerovich con ISS Servicios Generales Limitada (2011): Primer Juzgado de Letras de Santiago 23 de mayo de 2011 (tutela laboral), RIT T 63-2011.
23. Rosa y otros c. Frutales y Viñedos Errázuriz Ovalle S.A. (2011): Juzgado de Letras y Garantía de Peralillo 20 de septiembre de 2011 (tutela laboral), RIT T-3-2011.
24. Negrete con Gesfor Chile S.A. (2011): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 15 de diciembre de 2011 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T 385-2011.
25. Rojas c. Conservas y Congelados Puerto Montt S.A. (2012): Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt 9 de julio de 2012 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-5-2012.
26. Huanca y otros c. Eugenio Mujica y otros (2012): Juzgado de Letras del Trabajo de Santa Cruz de 30 de julio de 2012 (tutela laboral), RIT T-2-2012.
27. Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento (2013): Corte Suprema 30 de abril de 2014 (unificación de jurisprudencia), ROL 10972-2013.

28. Ayala y otros con farmacias Cruz Verde (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso 16 de agosto de 2013 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-6-2013.
 29. González c. Pesquera Sunrise S.A. (2014): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 27 de febrero de 2015 (despido atentatorio de derechos fundamentales), RIT T-47-2014.
 30. Inspección Provincial del Trabajo de Temuco con Asociación Indígena Newentuleaiñ (2014): Juzgado de Letras de Nueva Imperial de 14 de agosto de 2014 (tutela laboral), RIT T-2-2014.
 31. Sindicato de Trabajadores de Empresa Socofar c. Socofar Logística Ltda. (2015): Segundo Juzgado de Letras de Santiago 27 de octubre de 2015 (tutela laboral), RIT T-320-2015.
 32. Bravo con Villablanca (2015): Corte Suprema 6 de junio de 2016 (unificación de jurisprudencia), ROL N° 11200-2015.
 33. Moreno con Empresa Consultores Asociados de Marketing (2017): Corte Apelaciones Santiago 9 de febrero de 2018 (recurso de nulidad), ROL 2134-2017.
- ### Tribunal Constitucional chileno
1. Banco de Chile c. Dirección de Compras y Contratación Pública, (2012): de 4 de julio de 2013 (inaplicabilidad), ROL 2133-12.
 2. Nel Greeven Bobadilla, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel (2015): de 12 de abril de 2016 (inaplicabilidad), ROL N° 2867-15.
 3. Universidad de Chile c. Dirección de Compras y Contratación Pública (2017): de 28 de noviembre de 2018 (inaplicabilidad), ROL 3702-17.
 4. Municipalidad de San Miguel (2017): de 6 de diciembre de 2017 (inaplicabilidad), Rol N° 3853-17.
- ### Tribunales de justicia extranjeros
1. Consejo de Europa: Caso Barbulescu vs. Rumania, de 5 de septiembre de 2017, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH/2017/61, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608.

Dictámenes de la Dirección del Trabajo

1. Dictamen N° 8273/337 de 19 de diciembre de 1995. Materia: Reglamento interno; Disposiciones Legales.
2. Dictamen N° 287/14 de 11 de enero de 1996. Materia: Empresa; Facultades de orden y disciplina; Revisión del personal; Control antidroga; Procedencia.
3. Dictamen N° 3347/132 de 13 de junio de 1996. Materia: Revisión del personal.
4. Dictamen N° 6658 de 29 de noviembre de 1996. Materia: Sistema de control drogas y alcohol.
5. Dictamen N° 684/50 de 6 de febrero de 1997. Materia: Revisión del personal. Polígrafo. Procedencia.
6. Dictamen N° 5.516/326 de 4 de noviembre de 1999. Materia: Contrato Individual. Legalidad de Cláusula.
7. Dictamen N° 260/19 de 24 de enero de 2002. Materia: Empresa; Facultades de administración; Acceso correspondencia electrónica; Procedencia.
8. Dictamen N° 2328/130 de 19 de julio de 2002. Materia: 1) Derechos Fundamentales. Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Procedencia 2) Derechos Fundamentales. Mecanismos de Control Audiovisual. Requisitos.
9. Dictamen N° 2875/72 de 22 de julio de 2003. Materia: 1) Derechos Fundamentales. Derecho a la Intimidad, Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Procedencia. 2) Derechos Fundamentales. Mecanismos de Control Audiovisual. Requisitos.
10. Dictamen N° 3704/134 de 11 de agosto de 2004. Materia: Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2°, del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.
11. Dictamen N° 2210/35 de 10 de junio de 2009. Materia: Derechos Fundamentales.
12. Dictamen N° 2697/41 de 7 de julio de 2009. Materia: 1) Libertad de trabajo. 2) Derechos Fundamentales. Alcance. 3) Derechos Fundamentales. Derecho a la Vida Privada.
13. Dictamen N° 5342/31 de 2019. Materia: Legalidad de cláusulas. Uso de correo electrónico.

