Revista de Derecho Vol. XX - Nº 2 - Diciembre 2007 Páginas 49-67

LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: DE ERIZO A ZORRO

*José Luis Ugarte Cataldo**

Resumen

Las normas de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores, aglutinadas en torno a un nuevo procedimiento laboral, están lejos de ser tan solo una reforma procesal más: son la huella más patente en el derecho legal chileno del intento por dar eficacia a las normas constitucionales en el ámbito del trabajo. Y representan, al mismo tiempo, una notable expansión política del Derecho del Trabajo, que deja de preocuparse sólo de las condiciones salariales del trabajador como contratante débil, para ocuparse del ejercicio de los derechos constitucionales al interior de la empresa en su condición de ciudadano.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR – EFICACIA INMEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO – PROCEDIMIENTO DE TUTELA

Protection of fundamental rights and labour law: from hedgehog to fox

Abstract

Clustered around a new Employment Tribunals Procedure, the rules for protecting workers' fundamental rights are far from being just another procedural reform: they are the clearest sign left on the Chilean Legal System of the attempt to make constitutional rules effective in the labour sphere. At the same time, these rules represent a remarkable political expansion of Labour Law which, becames to be not only concerned with the wages conditions of the employee –as the weaker party– but is also concerned about the exercise of his constitutional rights –as citizen– within the company.

FUNDAMENTAL RIGHTS OF WORKERS – IMMEDIATE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EMPLOYMENT CONTRACT – PROTECTION PROCEDURE

* Abogado, profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, República Nº 105, Santiago de Chile, correo electrónico: jose.ugarte@udp. cl Trabajo recibido el 27 de julio de 2007 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 22 de octubre de 2007.

I. De erizo a zorro

El Derecho del Trabajo ha cumplido una ambivalente función desde su creación: ha servido de soporte al modelo económico capitalista, mediante la regulación y pacificación del conflicto propio del reparto de la utilidad social agregada entre los titulares del capital y del trabajo, y al mismo tiempo, y de modo simultáneo, ha prestado importantes servicios al modelo político democrático, al aumentar de manera progresiva la participación y visibilidad política de sectores excluidos del proceso antes de su intervención normativa.[1]

Del obrero proletario al trabajador asalariado de las primeras leyes laborales, y del asalariado al trabajador organizado sindicalmente de mediados del siglo pasado, el Derecho del Trabajo chileno acaba de venir en dar su tercer y último paso hacia delante: la recepción del trabajador como ciudadano.[2]

La historia hasta este punto ha sido larga. A fines del siglo XIX, los trabajadores, en aquel momento sólo obreros, se encuentran en la periferia del sistema político: están totalmente excluidos del proceso y de la toma de decisiones públicas.[3] En Chile, la oligarquía no sólo ignora al proletariado, sino que, ante las primeras protestas laborales, no dudará en utilizar la violencia.[4]

---

[1] El Derecho del Trabajo, junto con proteger al trabajador, permite encauzar el conflicto inherente al modo de producción capitalista, el que de ese modo no se desborda políticamente, sino que se desenvuelve dentro de la lógica pacífica de las reglas jurídicas, permitiendo así la consolidación del sistema económico dominante, forjándose, al decir de Jeammaud, los medios jurídicos de la dominación suave del capital. Ver Ugarte, JL. *El nuevo Derecho del Trabajo*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 19 y ss. Cabe agregar que esta función defensiva del sistema económico dominante, ignorada desde sus inicios por nuestra doctrina laboral que veía o quería ver en la legislación laboral una muestra de altruismo puro, da lugar a agudas y exageradas observaciones por la escuela crítica del derecho norteamericana, que no ve aquí nada de suave: el "sistema de valores latentes del Derecho del Trabajo", como lo llama Klare, corresponde "en pocas palabras a una ideología dominante que refuerza las instituciones dominantes y la cultura hegemónica dentro de nuestra sociedad". Klare, K. "Teoria critica e diritto dei rapporti di lavoro", *Democrazia e diritto*, Italia, 1990, p. 342.

[2] La expresión ciudadanía, de especial fortuna en nuestro medio, debe ser utilizada con especial cuidado, alejándose de su sentido técnico jurídico, asociada a la pertenencia nacional a una comunidad, para entenderla vinculada a la categoría de persona. Evitamos así el riesgo alertado por Bovero, "toda la historia del concepto de ciudadano conduce, como hemos visto, a la identificación (principalmente) de la segunda clase de derechos con los derechos-poderes de participación política. A este punto se podría decir: si los derechos del hombre (de la persona) son propiamente universales, es decir, le corresponden a cualquiera en su calidad de persona, los derechos del ciudadano son necesariamente particulares, al menos hasta que no se instituya una ciudadanía universal, cosmopolita. También, según la teoría moderna de los derechos fundamentales, los derechos políticos les corresponden a los miembros de cada civitas, de cada comunidad política concreta, no son atribuibles a la persona en cuanto tales. Por lo tanto, los derechos del ciudadano no son derechos del hombre. Bovero, M., "Ciudadanía y derechos fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 103, 2003, p. 23.

[3] "Ya a fines del siglo pasado Valentín Letelier denunciaba el divorcio absoluto entre los pobres y la ley chilena. La ley no estaba hecha para los pobres; las instituciones jurídicas les resultaban incomprensibles, o inaplicables, o inadecuadas a sus problemas y realidades". Vial Correa, G., "Grandes problemas del Derecho en Chile durante los 100 años de esta Facultad", *Revista Chilena de Derecho*, V. 16, 1989, p. 542.

[4] "En su represión a las huelgas el Gobierno no dudaba en emplear y justificar el recurso de las armas, dejando con ello numerosos obreros muertos y heridos. Es lo que sucedió en febrero de 1903, en Lota y

Desde el punto de vista jurídico los obreros no existen como sujetos diferenciados del resto, quedando entregados a una ficción: son sujetos del derecho privados, regidos por la autonomía de la voluntad.[5] Existen sólo –e ilusoriamente– como contratantes del derecho civil.

En ese sentido, la organización en torno al trabajo será precisamente el primer paso para lograr la visibilidad política de los trabajadores asalariados, excluidos radicalmente del proceso de toma de decisiones. Las asociaciones obreras en sus diversas modalidades, convertidas en los virtuales primeros partidos políticos de los excluidos en las sociedades de fines del siglo XIX, comenzarán a cuestionar radicalmente el modelo capitalista dominante. El Derecho del Trabajo será la respuesta a la presión de esos sectores. Mediante la categoría de trabajador asalariado y sus consecuentes derechos, se hace visible a la sociedad política al pobre y marginal.

Al poco tiempo, según avanza la organización de los trabajadores, el Derecho del Trabajo dará un paso más adelante en profundizar las democracias capitalistas de inicio del siglo pasado: del sujeto social que recibe pasivamente protección por la nueva legislación laboral, se constituirá un sujeto activo y político, mediante el reconocimiento y reforzamiento jurídico de la organización sindical y los derechos colectivos del trabajo. El trabajador ya no es el destinatario pasivo de las normas jurídicas producidas por las elites dominantes, asustadas por el riesgo de las protestas y huelgas insostenibles, sino un sujeto creador de normas jurídicas vinculantes con efecto expansivo.

Hoy, en el último giro de tuerca en la historia de esta disciplina, el Derecho del Trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos, esto es, aquellos "otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en al ámbito de las mismas",[6] tales como, al decir del rutilante artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, la intimidad, la vida privada o la honra.

Todas las anteriores no son, por supuesto, dimensiones excluyentes de la protección del trabajador. El Derecho del Trabajo ha cumplido y cumple así diversas funciones, de modo simultáneo, preocupado de la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos:

Coronel, en dos incidentes separados en que los militares dejaron seis obreros muertos y diecisiete heridos. Pero sin duda las demostraciones más claras de que no había límites en la violencia represiva gubernamental, cuando la oligarquía sentía gravemente amenazada su hegemonía, las proporcionaron las grandes matanzas de Valparaíso (1903), Santiago (1905), Antofagasta (1906) y, particularmente, de Iquique en 1907". Portales, F. *Los mitos de la democracia chilena*, Catalonia, 2004, p. 178.

[5] "Hasta el año 1918, nuestros legisladores prácticamente no se habían hecho cargo de las consecuencias normativas que emanaban de la cuestión social, dejando en evidencia una parquedad jurídica inaceptable de cara a los problemas que afectaban al país". Irureta, P. "Estudio preliminar", *Obras Jurídicas Completas de Alberto Hurtado,* Universidad Alberto Hurtado, 2005, p. 18.

[6] Palomeque, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

1. Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores,
2. Los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad, y por último
3. Los derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.

Políticamente ha existido la tendencia a reducir el diseño del Derecho del Trabajo, apostando por una de esas dimensiones, negando o minimizando las otras. El laboralismo conservador, comúnmente ligado a una dogmática legalista, ha entendido que sólo los derechos laborales estrictos y de origen legal merecen la atención de la regulación laboral, su intención ha sido disminuir la relevancia de los derechos fundamentales de los trabajadores del constitucionalismo social, como son la libertad sindical, la negociación colectiva y especialmente la huelga. En el otro lado de la calle, el laboralismo progresista, ligado a corrientes doctrinarias de tono más antiformalistas, ha querido poner la atención en los derechos constitucionales de naturaleza social, especialmente en la libertad sindical y la negociación colectiva, supeditando las regulaciones legales al cumplimiento de parámetros constitucionales.[7]

En el primer caso, el Derecho del Trabajo tiene una perspectiva realista pero muy modesta: queda reducido a normas legales y nada más que normas legales sobre condiciones de trabajo. En el segundo caso, el Derecho del Trabajo tiene una perspectiva idealista pero muy ambiciosa: su tarea comprende el viejo sueño político de que todos negocien colectivamente.

En Chile, es claro que el laboralismo conservador impuso su programa en las últimas décadas. El Derecho del Trabajo quedó reducido a la legislación laboral y su espacio único de preocupación eran las condiciones mínimas de trabajo y salarios, relegando a un segundo plano los derechos constitucionales del trabajo, especialmente los de naturaleza colectiva.[8]

[7] Operación esta, la de medir la constitucionalidad de las legislaciones vigentes, que de realizarse en Chile dejaría un balance devastador: buena parte de la legislación laboral en materia colectiva vigente contenida en el Código del Trabajo, especialmente en materia de regulación del ámbito de la negociación colectiva y de la huelga, no superaría los exámenes habituales de constitucionalidad, especialmente el previsto en el propio texto constitucional: el respeto del legislador al contenido esencial de los derechos constitucionales (artículo 19 número 26). Al respecto, ver Ugarte, JL. "La libertad sindical y la Constitución de 1980: cómo superar una vieja lectura", *Revista Laboral Chilena*, 2000.

[8] La huella más evidente de ese laboralismo de mínimos está en la propia Constitución de 1980, elaborada por la dictadura militar: se elimina la huelga como derecho del texto constitucional, se transforma el

En el último tiempo, sin embargo, especialmente desde la reforma laboral del 2001 (Ley 19.759), el Derecho del Trabajo ha comenzado a expandirse, asumiendo especial preocupación por los derechos fundamentales específicos del trabajador, especialmente por la libertad sindical, e intentando poner a tono nuestra regulación legal con las normas constitucionales e internacionales sobre la materia. Pero también con los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, especialmente con la promulgación de la reforma procesal laboral (Ley 20.087), incorporando al ámbito procesal el inédito tema de la ciudadanía al interior de las empresas.[9]

Lo bueno, parafraseando a Berlin, es que de esta manera el Derecho del Trabajo ha dejado de comportarse como erizo y ha empezado a actuar como zorro.[10] Ha comenzado a comprender que su tarea no es encerrarse –como el erizo– en una dimensión del trabajo, sino que construir –como el zorro– en varios frentes al mismo tiempo, y que su tarea regulativa implica enfrentar desafíos en distintas perspectivas y dimensiones: desde los clásicos problemas de las condiciones salariales y de trabajo hasta el ingreso de los derechos fundamentales inespecíficos a la fábrica.

El trabajador considerado por el Derecho del Trabajo simultáneamente desde sus múltiples dimensiones: como contratante débil, parte del contrato de trabajo, como actor político, en tanto parte de una organización sindical, y como ciudadano incluido en una sociedad democrática.

II. La constitucionalización del Derecho y el Derecho del Trabajo

La constitucionalización del derecho –algo así como el desembarco de la Constitución en todos los rincones del derecho– importa un cambio de paradigma respecto del antiguo estado legal del derecho: "un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar

derecho del trabajo en la protección sólo de la "libertad de trabajo" (19, Nº 16, inciso primero), y se reduce la negociación colectiva a un derecho sólo en el ámbito de la empresa (19 Nº 16, inciso quinto). El mensaje es evidente: no hay mayor espacio para los derechos laborales y sociales en la texto fundamental, porque para eso está el Código del Trabajo. Como lo señala Cea, el constituyente chileno del ochenta "silencia derechos: omite ciertos atributos subjetivos que aparecían en el Código Político de 1925 y su reforma. Se trata, sin excepción, de derechos que tenían un sentido social preeminente". Cea, J.L., "Estudio Introductorio", en Peña, C., *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, CNRR, 1997, Santiago, p. 38.

[9] Ugarte, J.L., "La reforma laboral del 2001: luces y sombras", *Revista Laboral Chilena*, diciembre, 2001.

[10] "La zorra sabe muchas cosas, sin embargo el erizo sólo una e importante", esta frase del poeta Arquíloco le sirve a Berlin para trazar dos formas de enfrentar la explicación de los asuntos humanos: los que sostienen, como el erizo, una visión única y central de los problemas, y que entiende que existe un principio inspirador que explica todos los fenómenos históricos, y los que, por el contrario, como la zorra, no creen en ningún principio único, sino que entienden que la realidad humana es compleja, diversa y cambiante, y su pensamiento "ocupa muchos planos a las vez, aprehende el meollo de una vasta variedad de experiencias y objetos según sus particularidades, sin pretender integrarlos en una única visión interna, inmutable y globalizadora". Berlin, I., *El erizo y la zorra*, Ediciones Península, 1986.

tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".[11]

Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación. Explicado como "el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional".[12]

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

¿Qué ocurre con la otrora poderosa ley en este nuevo escenario?

La respuesta no deja lugar a dudas: "La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta".[13]

Pero hay algo más: esa eficacia directa o normativa de la Constitución no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que también, y ahí la gran novedad, afecta las relaciones entre particulares (eficacia horizontal). Queda configurada así, fruto de la impregnación de la Constitución al resto del orden jurídico, la "marcha triunfal sin parangón" del modelo de derecho del Estado Constitucional de Derecho, y uno de sus productos más genuinos: el discurso de los derechos fundamentales.[14]

---

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

[12] Prieto Sanchis, L., "Constitucionalismo y garantismo", AAVV *Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli*, Trotta, España, 2005, p. 48. Las palabras de Prieto Sanchis no son una exageración y efectivamente tanto el horario laboral nocturno de las panaderías como el etiquetado de los chocolates han sido objeto de ponderación judicial constitucional en el derecho alemán. Al primero de estos casos nos referiremos más adelante. Al respecto ver: Alexy, R., "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002.

[13] Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, p. 40.

[14] Una potente mixtura teórica producida en la segunda mitad del siglo pasado va a pavimentar el camino para el ascenso de este *"discurso de los derechos"*, que ha sustituido el fetiche del siglo anterior: la cultura de legalismo. Hart y la preeminencia del juez en los casos difíciles por la textura abierta de las normas, Dworkin y el blindamiento de los derechos fundamentales como carta de triunfo frente a las consideraciones utilitaristas o consecuencialista,s Alexy y la tesis de los derechos fundamentales como principios y la ponderación como vía de solución del conflicto de esos derechos, Ferrajoli y el garantismo como forma de

Este discurso se caracteriza, según Alexy, "por cuatros extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación".[15] Este triunfalismo del discurso de los derechos, propio del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, no está, cabe apuntarlo, libre de críticas.[16]

Este cambio de paradigma sobre la Constitución y particularmente sobre los derechos constitucionales –de un modelo de eficacia indirecta o programática, y en todo caso exclusivamente vertical, a un modelo de eficacia directa o vinculante y de eficacia vertical/horizontal– es para América Latina, y particularmente para Chile, un proceso algo traumático y aún inacabado.[17] Hace muy poco, en una muestra clara de lo amargo que resulta este nuevo trago para nuestra comunidad, el principal medio de prensa conservador editorializaba impugnando lo que definía como la "muy controvertida teoría de la aplicación directa de la Constitución", la que traicionaba el ideal de nuestro derecho republicano: "Para estos ideales, el derecho estaba fundamentalmente en la ley, en ella estaba la voluntad soberana".[18] Más allá del evidente error técnico en que este editorial

implementación de los derechos fundamentales, constituyen las bases, no necesariamente coherentes entre sí, sobre las que se construirá el poderoso e influyente *discurso de los derechos fundamentales* de fines del siglo XX. El trasplante de esos autores y del discurso de los derechos en América Latina ha sido irregular pero incesante; especialmente interesante es el caso colombiano desde la dictación de la Constitución de 1991, y la notable labor de ampliación del universo de los derechos por parte del Tribunal Constitucional de ese país. Al respecto ver López Medina, D. *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2003.

[15] Alexy, R., "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático", en AAVV *Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2002, p. 32.

[16] La principal crítica al triunfalismo del *discurso de los derechos* proviene desde los *estudios críticos*: "Si bien los derechos, apunta Brown, pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia –como el movimiento de los Civil Rights en Estados Unidos–, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales". Brown, W. "Lo que se pierde con los derechos", en AAVV *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, p. 83. Un buen ejemplo del efecto anestésico del discurso de los derechos es lo ocurrido en Chile con las demandas pro derechos de la mujer en el caso del acoso sexual. Desde que se dicta la Ley 20.005, del 2005, sobre acoso sexual, se ha borrado del debate público la demanda por un derecho a no ser objeto de acoso sexual, con prescindencia de si el contenido de dicha ley es efectivamente un progreso. Bueno, esa ley, en rigor, representa un pálido avance, porque su solución principal al problema del acoso sexual es la figura del despido indirecto con indemnización tasada, cuestión que, ironía mediante, ya había sido reconocida por la Corte Suprema en un fallo un año antes de la dictación de esa publicitada ley. A cambio de la tímida y trémula declaración de derechos de la Ley 20.005, con eso sí exultantes palabras ("las relaciones laborales deberán fundarse siempre en un trato compatible con la dignidad de la persona"), el orden jurídico ha cooptado la demanda política por derecho de no discriminación laboral por sexo en esta materia: ya nadie habla de más en el debate público del acoso sexual. Sobre la Ley 20.005, ver Lizama, L. y Ugarte, JL. *La nueva ley de acoso sexual*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 10.

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

[18] "Los jueces y la ley", editorial, *El Mercurio*, 13.07.2003.

incurre, su importancia es que trasunta con toda claridad la concepción política sobre la cual se ha construido el derecho chileno.

En efecto, en la tradición jurídica de nuestro continente, construida como una "concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, las cartas de derechos eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerirían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal". En ese escenario, los derechos fundamentales "calificaban, no como reglas, sino como principios" y "la aceptación de que los derechos eran principios (contenidos en meras "declaraciones") implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Los verdaderos derechos eran tan sólo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violados, en qué ocasiones se imponía su protección o qué remedios se imponían para su protección".[19]

Precisamente, una idea central de esta revolución constitucional corresponderá a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, a "la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor".[20]

Esta idea de origen alemán,[21] convertida hoy en una exitosa exportación cultural a la tradición jurídica occidental, ha girado en torno a dos versiones: la de la eficacia mediata o indirecta, donde los derechos fundamentales vinculan y obligan directamente única y exclusivamente a los poderes y autoridades públicas, quienes deben en el ejercicio de sus funciones aplicarlos a las relaciones entre particulares, mediatizados y traducidos

[19] López Medina, D., *op. cit.,* Nº 14, p. 446.

[20] Peña, C. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, U. Diego Portales, Santiago, 1996, p. 668.

[21] Como señala Alexy, "el estallido que originó esta doctrina tuvo lugar en 1958 en la sentencia del caso Lüth, aunque esta expansión ya se había presagiado en épocas anteriores", Alexy, R., *op. cit.,* Nº 15, p. 43. El famoso caso Lüth se refiere a los llamados efectuados por un agente de prensa, Lüth, para boicotear una película de Harlan, cineasta que había trabajado con los nazis, quien fue condenado en justicia ordinaria al pago de una indemnización civil, la que, sin embargo –*Drittwirkung* de por medio–, es anulada por el Tribunal Constitucional por considerar esos llamados al boicot amparados por la libertad de expresión. Los presagios anteriores al caso Lüth a los que se refiere Alexy corresponden, y es de todo rigor reconocerlo, a sentencias de Derecho del Trabajo. Nipperdey, impulsor inicial de la *Drittwirkung* a principios de los cincuenta, asume como magistrado del Tribunal Federal alemán, y comienza a dar aplicación a sus ideas en diversas sentencias, aplicando de modo directo o inmediato los derechos fundamentales a disputas laborales, lo que ocurre con anterioridad a que dicha idea fuera asumida, con carácter indirecto o mediato, por el Tribunal Constitucional. Así, el Tribunal Laboral Federal dictó, el 5 de mayo de 1957, una sentencia en que anuló cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. En este caso, una joven trabajadora de un hospital había sido despedida por haber contraído matrimonio, cuestión que, de acuerdo a una cláusula del contrato de trabajo suscrito, habilitaba el empleador a despedirla. El Tribunal Laboral Federal estimó, aplicando por primera vez la doctrina de la *Drittwirkung*, que dicha cláusula contractual era nula, porque vulneraba directamente los derechos fundamentales de protección a la maternidad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

en leyes que los desarrollen o interpretaciones judiciales que los invoquen.[22] Y la de la eficacia directa o inmediata, donde los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrollen dichos derechos.

A favor de la eficacia indirecta o mediata, aparte de relevarse su ajuste al origen histórico de los derechos fundamentales como límites al poder público, se esgrime su mejor combinación con la autonomía de la voluntad, ya que no se aplican de golpe los derechos fundamentales al interior del derecho privado, lo que conduce tarde o temprano a trastocar gravemente el funcionamiento de las relaciones sociales reguladas por este sector del ordenamiento jurídico, las que están construidas sobre la relativa igualdad de los contratantes y de la capacidad para autorregularse sin interferencias externas.

En contraposición, los que sostienen la eficacia directa entienden que las relaciones entre privados quedan inmediatamente regidas por los derechos fundamentales de las partes, porque es el único modo de reconocer la jerarquía superior de estos derechos, cuya vigencia no puede quedar entregada a la buena voluntad del legislador o del juez.

Lo interesante de todo es que el sector del ordenamiento jurídico donde este debate se difumina es, precisamente, en el Derecho Laboral. Aquí la lógica de la autonomía privada y de la igualdad de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del derecho –y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales–, en razón de haber intentado esta rama del derecho, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador. Esa relación de poder, qué duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano que a la del vendedor y comprador del Código Civil.[23]

---

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

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

De este modo, la lógica propia del Derecho del Trabajo no es proteger espacios de autonomía de los privados –como ocurre en el Derecho Civil–, sino frenar los eventuales abusos de una situación de poder que se rotula como de mando y de obediencia, y que es precisamente la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales. No hay tensión, por tanto, entre la lógica propia del Derecho del Trabajo y la eficacia horizontal directa o inmediata de los derechos fundamentales.

Debate, en todo caso, inoficioso entre nosotros, incluso para las restantes ramas del orden jurídico. En Chile, la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada, y en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata.[24] Reconocida, en efecto, bajo la denominación local de "principio de vinculación directa de la Constitución", según los claros términos de su artículo 6º, inciso segundo, que señala que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".[25]

Este principio se traduce, según la doctrina constitucional, "en la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución". Así, además, se desprende de modo inequívoco de los amplísimos términos en que está concebida nuestra acción de amparo constitucional, que según el artículo 20 de la Constitución puede ser ejercida en contra de "actos u omisiones arbitrarios o ilegales" que provoquen "privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías" establecidos en el artículo 19, según los números que en dicho artículo se indican.

En el mismo sentido, en referencia al artículo 6º de la Constitución, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando, en sentencia del 27.10.83, rol Nº 19, que

[24] En Chile, ante este categórico panorama normativo, no tiene sentido un debate especulativo sobre eficacia vertical vs. horizontal de los derechos fundamentales como ha ocurrido, entre otros casos, en Estados Unidos, donde la doctrina del *state action* ha supuesto un acto estatal para la violación de un derecho fundamental. Al respecto ver Bilbao, J. M. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997. Lo que no significa que dicha recepción directa e inmediata no esté sometida a crítica, sobre todo por los pobres resultados jurisprudenciales que dicha eficacia ha significado en Chile, especialmente para el resguardo de los derechos sin contenido económico. Al respecto ver Peña, C. *Op. cit.*, p. 668. Tal como señala Jana, de la práctica argumentativa del recurso de protección en Chile, caracterizada por una jurisprudencia de equidad inarticulada, "no puede decirse que la eficacia directa de los derechos fundamentales haya redundado particularmente en un fortalecimiento o desarrollo de una cultura protectora de las libertades individuales. Es más, en algunos casos el efecto ha sido precisamente el inverso; en otros –la mayoría– se ha impuesto una falta total de consistencia en el desarrollo de las garantías constitucionales, probablemente con la excepción de los derechos de contenido económico". Jana, A. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Los derechos fundamentales*, SELA, 2001, Argentina, p. 68. Precisamente, el mezquino resultado que para el trabajador ha significado la eficacia directa de los derechos fundamentales por la vía de la acción de protección, ha llevado al Derecho del Trabajo a crear –en la reforma en comento– su propio mecanismo procesal para encauzar esa eficacia.

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

este "consagra en sus incisos 1º y 2º principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de "la supremacía constitucional" sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la "vinculación directa" de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados".[26]

Esa idea ha sido directamente traducida por las normas laborales del Código del Trabajo, que en el artículo 5 señala, en una apretada síntesis de eficacia horizontal e inmediata, que "el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".[27] Esta calurosa recepción de la legislación laboral de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que contrasta con el mutismo del resto del derecho privado chileno, se explica tanto por el rol debilitado de la autonomía de la voluntad en esta rama del derecho, según ya explicamos, como por el tipo de relaciones entre privados que regula. Y este último parece ser un elemento muy gravitante.

En efecto, estos derechos –los fundamentales o constitucionales del trabajador– son especialmente relevantes para la relación jurídica a que da lugar el contrato de trabajo.

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

III. Los derechos fundamentales del trabajador y la tutela judicial: la reforma procesal laboral (Ley 20.087)

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

[26] *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXX, sección 6ta.

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

hasta ahora la vigencia efectiva de los mismos, cuestión que la doctrina había destacado anotando profundo divorcio entre las normas y la realidad. Era lo que denominábamos nuestro particular macondo jurídico.[28]

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

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

Ahora lo que el trabajador no obtenía de la acción de amparo constitucional, tampoco lo obtenía de las normas procesales del Derecho del Trabajo. La razón era simple: nuestro Derecho Procesal del Trabajo, fruto de zigzagueantes vaivenes en su parte orgánica, se había mantenido fijo en su parte funcional durante un buen periodo de tiempo.

La concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual se construía la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro Código, entendía que el único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos avaluables en términos económicos. Y además lo hacía sobre una estructura procedimental que no reconocía la debilidad procesal del trabajador, siendo, más bien, una extensión del proceso civil con un juez especial para fallar.

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

En ese sentido, la reforma procesal laboral implementada por la Ley 20.087 (03.01.2006), y en particular el procedimiento de tutela, es el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida el cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales. Idea esta última, a la que por fin comienza a confluir tanto la ley como la jurisprudencia judicial.[29]

---

[28] Ugarte, J.L., *op. cit.,* Nº 1, pp. 115 y ss.

[29] En lo que podríamos denominar una sentencia inaugural, y conociendo la impugnación de un sistema de cámara de televisión utilizado para efectuar seguimientos de los trabajadores, el máximo tribunal acaba de señalar que "dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales va, precisamente, en esta dirección (Ley 20.087). El resultado, hay que decirlo, no es del todo satisfactorio. Pero se trata de un avance, el primer paso de un camino que recién comienza a recorrerse. En ese sentido, más que fijarnos en las debilidades del procedimiento de tutela recién creado, consecuencia, sin duda, de un sistema político que no termina de democratizarse,[30] hay que mirarlo ante todo como un hito político inaugural en la materia.[31]

IV. El nuevo procedimiento de tutela laboral: al fin los derechos fundamentales en serio

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

No hay en el Derecho del Trabajo en Chile, como en rigor tampoco en el ámbito constitucional, espacio para el sofisticado debate alemán entre eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales. Lo interesante de esto es que en nuestro orden jurídico laboral los derechos fundamentales del trabajador no caen por la estrecha gotera de la

caso de autos, que se mantengan en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación", que son sólo "protección y seguridad empresarial" (Corte Suprema, 05.01.2006, Rol 5234/2005).

[30] Con un Senado no íntegramente representativo de la soberanía popular, mediante el resabio autoritario de los senadores designados, la legislación dictada en la extensa transición hacia la democracia en Chile se ha caracterizado por trasuntar un nivel de negociación política casi sin límite, y donde cualquier modificación legal tiene que dar tantas y variadas garantías a los sectores empresariales, que terminan siendo buena parte de ellas regulaciones jurídicas híbridas. La legislación laboral no ha sido la excepción, con casos paradigmáticos como el de los reemplazantes en la huelga –prohibidos pero permitidos al mismo tiempo en la curiosa redacción del artículo 381 del Código del Trabajo–, y ahora con la reforma procesal laboral, y especialmente el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, tal como demostraremos en este artículo. Ahora, cabe decirlo, esta reforma procesal laboral será la última norma legal laboral que se aprueba en un Senado de tan cuestionables características, ya que la reforma constitucional aprobada el 2005 (Ley 20.050) viene, por fin, en eliminar los senadores designados.

[31] La importancia política de este nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales fue rápidamente captada por *El Mercurio*. Pese a su menor importancia cuantitativa en relación al resto de la reforma procesal laboral, este medio de prensa conservador alertaba en un editorial de primera página, en su tono habitual, lo que denominaba la "vulgarización del derecho", por la "discrecionalidad que tienen los jueces laborales para declarar que en una relación laboral se han violado los derechos constitucionales". *El Mercurio*, lunes 24 de octubre del 2005. Estas palabras, junto con otras anteriores, tuvieron su efecto: en muchos pasajes de la tramitación de la reforma procesal laboral se dio por rechazado el nuevo procedimiento de derechos fundamentales. Para su aprobación, hubo que negociarlo en extremo, cuestión que explica buena parte de sus debilidades, tal como veremos en diversos aspectos de su normativa.

eficacia indirecta o mediata, y sus fintas procesales, que a fin de cuentas dejan todo en manos de la mediación del legislador o del juez, sino que se cuelan a raudales inmediatamente en las relaciones laborales, reconfigurando las relaciones laborales a partir de la supremacía jurídica de los derechos fundamentales.

Se trata de un conjunto de reglas de tutela que, organizadas en torno a un nuevo procedimiento laboral, presentan novedades mayores para nuestro modo de entender la tutela judicial de las relaciones laborales. Y aunque no es el objeto de este artículo,[32] podemos señalar sus rasgos principales:

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

La titularidad de la acción no corresponde exclusivamente al titular del derecho, sino que la ley procesal reconoce una titularidad o legitimación activa ampliada que va más allá de los ribetes o límites del derecho afectado, y que corresponde al caso, precisamente, de las organizaciones sindicales que tengan un interés legítimo[33] y la Dirección del Trabajo.[34]

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

[32] Para un análisis en detalle del procedimiento, ver Gamonal, S., *El nuevo procedimiento de tutela de derechos laborales*, Lexis Nexis, 2007. Y Ugarte, J.L., *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, 2006.

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

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

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

Los derechos fundamentales de origen constitucional protegidos por la acción de tutela son: derecho a la vida (artículo 19 Nº 1), derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 Nº 1), derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 Nº 4), derecho al honor, derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 Nº 5), derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 Nº 6), libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19, Nº 12, inciso primero), libertad de trabajo y de contratación laboral (artículo 19 Nº 16, incisos primero y cuarto), derecho a la no discriminación (artículo 2 del Código del Trabajo).

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

En ese caso, el derecho vulnerado –conocido en el derecho comparado como garantía de indemnidad– corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o contractuales), de resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos. Como ha destacado la doctrina, la garantía de indemnidad "vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos".[35]

[35] Valle, F.A., "La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario", *Revista Derecho Social*, N° 29, España, 2005, p. 82.

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

En efecto, como se ha destacado ampliamente en la doctrina "sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio".[36]

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

La naturaleza de la reducción probatoria establecida en el artículo 491 del Código del Trabajo, cabe señalar que no se trata de un riguroso caso de inversión de la carga probatoria (*onus probandi):* no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria. Lo anterior se explica, porque una rigurosa inversión de la carga de la prueba en esta materia podría someter al empleador "ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza".[37]

Se trata, en rigor, de una técnica más débil: hay una alteración del objeto de la prueba (*thema probandi*), en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos la existencia de "indicios suficientes" de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.[38]

Frente a la aportación de los indicios suficientes, el empleador tiene la opción, como señala el artículo 493 del Código del Trabajo, de "explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". El empleador debe aportar la prueba

---

[36] Baylos, A., "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva", *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, N° 5, 1998, p. 46.

[37] STC español 266/1993.

[38] Dichos indicios dicen relación con "hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales", por ello la prueba reducida de que se beneficia el trabajador se traduce en la prueba de hechos que generen en el juez una sospecha razonable de que ha existido la conducta lesiva. Martínez, L., *Decisiones empresariales y principio de igualdad,* Cedecs, Barcelona, 1998, p. 174.

que acredite que la conducta denunciada obedece a motivos razonables y que la misma no dice relación con la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

Esta aquí, sin duda, una de las mayores fortalezas de la reforma procesal laboral en materia de derechos fundamentales. En efecto, el acceso a la prueba de la lesión de derechos fundamentales para el trabajador bajo este nuevo sistema indiciario corresponde al avance principal para superar esta carrera con obstáculos que es la protección efectiva de esos derechos.

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

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

La gravedad del ilícito que importa la vulneración de un derecho de la máxima categoría dentro del orden jurídico impone la necesidad de una respuesta categórica, para lo cual es necesario, como lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que sea "efectiva, proporcionada y disuasoria".[39] Por lo anterior, es que la respuesta del orden jurídico laboral en el caso de vulneración de derechos fundamentales del trabajador al interior de la relación laboral no puede ser "meramente simbólica",[40] sino que se requiere de un conjunto de sanciones que hagan efectiva la protección de dichos derechos.

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

[39] Martínez, L., "La Directiva 76/207/CEE, 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo", *Actualidad Laboral*, TI, Madrid, 2000, p. 686.

[40] SSTJ-CE, 8 de noviembre de 1990. Difícil sería defender ante este tribunal europeo nuestra "simbólica" sanción a la discriminación laboral, consistente en una multa administrativa de 1 a 10 UTM, y su más que probable reconsideración judicial en sede de protección.

La sentencia de los derechos fundamentales debe determinar, en primer lugar, si existió o no la conducta lesiva de derechos fundamentales. En caso de acoger la denuncia y declarar existente la conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, el juez debe adoptar, por exigencia expresa del artículo 493 del Código del Trabajo, un haz de decisiones: el cese del comportamiento jurídico, la nulidad del acto lesivo, y la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva, más específicamente el juez laboral debe ordenar las medidas concretas "a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan".

V. El balance: la nueva ley de la silla

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

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

En ese sentido, más que fijarnos en las ya anotadas debilidades del procedimiento de tutela recién creado por la ley, hay que mirarlo como un hito político inicial en un camino recién inaugurado. En el futuro, probablemente ya dotados de un procedimiento corregido y con una jurisprudencia consolidada, veamos en este primer intento de la ley algo así como lo que representó la ley de la silla en la historia de nuestra legislación laboral, un primer intento tímido y dubitativo, que sin embargo anunciaba lo que venía en pocos años más: un nuevo derecho, nada más ni nada menos que el Derecho del Trabajo.

La noticia en este punto es que los trabajadores tienen por primera vez en la historia de nuestra legislación laboral una herramienta a su disposición. Modesta y deficiente en diversos aspectos, pero que inaugura una senda nueva y sin retorno en la protección del trabajador en Chile.

Tal como la ley de la silla lo hizo a inicios de siglo.

Bibliografía

Alexy, R., "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático", en AAVV *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002.

ALEXY, R., "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, Madrid, 2002.

BAYLOS, A., "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva", *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, Concepción, N° 5, 1998.

BERLIN, I., *El erizo y la zorra*, Ediciones Península, Madrid, 1986.

BOVERO, M., "Ciudadanía y derechos fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 103, México, 2003.

BROWN, W., "Lo que se pierde con los derechos", AAVV *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.

CAAMAÑO, E., "La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo", AAVV *Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo*, 2005.

CEA, J.L., Estudio Introductorio, Peña, C., *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, CNRR, Santiago, 1997.

GAMONAL, S., *El nuevo procedimiento de tutela de derechos laborales*, Lexis Nexis, 2007.

GUASTINI, R., "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en AAVV *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

JANA, A., "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política*, Argentina, 2001.

KLARE, K., "Teoría critica e diritto dei rapporti di lavoro", *Democrazia e diritto*, Italia, 1990.

IRURETA, P., "Estudio preliminar" *en Obras Jurídicas Completas de Alberto Hurtado, Universidad Alberto Hurtado*, Santiago, 2005.

LIZAMA, L. y UGARTE, J.L., *La nueva ley de acoso sexual*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana,* Legis, Bogotá, 2003.

MARTÍNEZ, L., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998.

MARTÍNEZ, L., "La Directiva 76/207/CEE, 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo", *Actualidad Laboral*, T. I, 2000.

PALOMEQUE, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PEÑA, C., "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno", AAVV *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, N° 6, Santiago, 1996.

PRIETO SANCHIS, L., "Constitucionalismo y garantismo ", AAVV *Garantismo*, *Estudios en homenaje a Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

PORTALES, F., *Los mitos de la democracia chilena*, Catalonia, Santiago, 2004.

UGARTE, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

UGARTE, J.L., "La libertad sindical y la Constitución de 1980: cómo superar una vieja lectura", *Revista Laboral Chilena*, agosto, 2000.

UGARTE, J.L., "La reforma laboral del 2001: luces y sombras", *Revista Laboral Chilena,* diciembre, 2001.

VALLE, F.A., "La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario", *Revista Derecho Social*, N° 29, Madrid, 2005.

VENEGAS, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VIAL CORREA, G., "Grandes problemas del Derecho en Chile durante los 100 años de esta Facultad", *Revista Chilena de Derecho*, V. 16, Santiago, 1989.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2002.