

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales



“LOS DERECHOS LABORALES DE DOBLE REGULACIÓN.
CONSTITUCIONAL Y LEGAL”

○
“ESTUDIO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE REGULAR
EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y EN LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA ALGUNOS DERECHOS LABORALES”

Patricio Mella Cabrera

Tesis para optar al Grado
de Magíster en Derecho

Concepción
2013



Esta tesis ha sido elaborada con la
Dirección del Profesor Jesús Escandón Alomar.

Índice

Índice	2
Abreviaturas	4
I.- Consideraciones preliminares	6
1.- El constitucionalismo	6
2.- La constitucionalización del derecho laboral	8
3.- Legalización o laboralización de los derechos constitucionales....	11
4.- Conclusión	14
II.- Los derechos laborales y su recepción en el C.P.	16
1.- La reforma constitucional del año 1971	16
2.- La Constitución Política de 1980	18
3.- Crítica al modelo constitucional de 1980	23
III.- Los derechos constitucionales y su descenso a la legislación laboral.	25
1.- La réplica legal de los derechos constitucionales.....	25
2.- La ciudadanía laboral.....	26
3.- La reforma al Código del Trabajo en el año 2001	28
4.- La dignidad del trabajador	30
5.- El derecho a la vida e integridad física y psíquica.....	36
6.- La igualdad ante la ley.....	39
7.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia	50
8.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.	53
9.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos	57
10.- La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.....	61
11.- La Libertad de Trabajo	67
12.- La Libertad Sindical:.....	72
12.1.- Libertad Sindical y su contenido	76
12.2.- El modelo regulatorio de la Libertad Sindical en Chile	80

12.3.- La normativa internacional sobre libertad sindical.....	84
12.4.- El marco legal de la libertad sindical.	85
13.5.- la deficiente regulación de la libertad sindical.....	92
12.6.- La autonomía sindical y su contribución a las fuentes.	94
13.- El bloque de constitucionalidad y su relación con los derechos de naturaleza laboral.....	97
IV.- La doble regulación de los derechos fundamentales. Efectos y consecuencias en el derecho chileno.....	102
1. La supremacía o prevalencia constitucional.	102
1.1. El carácter vinculante de los derechos fundamentales.....	102
1.2. El test de constitucionalidad.....	106
1.3.- La mediación legal de los derechos fundamentales.	108
1.4.- Las antinomias entre la Constitución y la ley.	110
2.- La doble regulación y la vinculación con la teoría de las normas que distingue entre principios y reglas.....	114
2.1. La influencia de Alexi y Dworkin.....	114
2.2.- Los poderes empresariales como límite a los derechos fundamentales.	123
3.- La doble regulación y los problemas interpretativos originados en la concurrencia de fuentes.	125
3.1.- La elección del método interpretativo.	125
3.2.- La incertidumbre del método interpretativo.	127
3.3.- La interpretación constitucional.	133
3.4.- Interpretación y fuentes internacionales.	139
3.7.- El método interpretativo de la ley laboral.....	141
3.8.- La actividad interpretativa de la Administración.....	149
V.- La interpretación de los derechos de dobleregulación, constitucional y legal.....	152
1.- La colisión de métodos.	152
2.- La interpretación de los derechos fundamentales inespecíficos.....	159
3.- La acción de la jurisprudencia.....	164
4.- La interpretación de las normas provenientes del bloque de constitucionalidad.....	167

Abreviaturas.

art., arts.	artículo, artículos
CC.	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
C. de T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
CP.	Código Penal
CPC.	Código de Procedimiento Civil
COT.	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley
DL.	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS.	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
F. del M.	Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc. incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia

sgtes.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
v.	ver o véase
vol.	Volumen



I.- Consideraciones preliminares.

1.- El constitucionalismo.

El derecho del trabajo al igual que otras disciplinas jurídicas ha recibido en estas últimas décadas, la influencia constitucionalista, que en opinión de la doctrina mayoritaria comienza con la vigencia de las llamadas "Constituciones Modernas"¹, esto es, las que abandonan la tesis programática o no ejecutable² de sus disposiciones, sino que ellas deben ser una realidad exigible por los ciudadanos. Si bien se cita como paradigma de esta clase de Constituciones, la Alemana de Weimar³ del

¹ "Probablemente la historia de la constitucionalización de los derechos fundamentales laborales, en todas sus complejas facetas y sinuosas vicisitudes, está aún por escribir, habiéndose destinado más esfuerzo a narrar, con un cierto tono épico, el punto de partida (Querétaro y Weimar) que las fases intermedias entre aquél y la actualidad de nuestros días... La historia del constitucionalismo puede ser descrita como la historia de una progresiva ampliación de los derechos fundamentales...La consagración de aquellos derechos, los denominados derechos sociales en su doble vertiente de derechos de libertad colectiva y de prestación, es el resultado histórico de una profunda ruptura del modelo constitucional hasta entonces imperante." Valdés Dal-Re, Fernando: "Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo". Sociedad Internacional del derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Montevideo, año 2003, p. 46 y sgtes.

² "Los derechos constitucionales pueden resultar operativos (auto-ejecutivos) o programáticos. Los primeros son aquellos directamente ejecutables, es decir que no requieren o necesitan una norma que los complemente. Los programáticos formulan una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que debe reglamentarse el derecho programático, podría llegar a sostenerse que ellas valen solo como un programa de acción". Terrile, Ricardo: "Interpretación judicial de la Constitución nacional". Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001, tomo I, p. 220.

³ "Si bien la Constitución de Weimar no tiene el contenido específico de la Constitución de Querétaro, consagra principios generales (artículo162) como el principio protector –el principio base del Derecho del Trabajo– y la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva. Fue la segunda Constitución en el mundo y la primera europea en incorporar derechos y principios laborales en la

año 1919, debe recordarse que ya en América, en el año 1917 se dictó la Constitución Mexicana de Querétaro⁴. Estos cuerpos fundamentales postulaban la eficacia y exigibilidad de los derechos constitucionales, constituyendo la Norma Fundamental un cuerpo de garantías del ejercicio y disfrute de esos derechos, consagrando al mismo tiempo la inclusión de derechos sociales (trabajo, salud, habitación, educación) los cuales también podían ser exigibles por los ciudadanos, configurándose de esta forma un nuevo Estado Democrático y Social de Derecho⁵ que reclamaba la sociedad de post guerra de los años 50 del siglo pasado.

más alta jerarquía de la normativa estatal". Toyama Miyagusuku, Jorge: "Instituciones del Derecho Laboral".

En: [http:// es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku](http://es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku) (última visita 29/07/13).

⁴ La Constitución de Querétaro se aprueba durante el mandato del Presidente Venustiano Carranza, durante el proceso revolucionario que se inicia con la caída de Porfirio Díaz (1910) y culmina, aunque sin consenso de los historiadores, con la muerte del presidente aludido (1920). Así, el 5 de febrero de 1917, en la ciudad de Querétaro, México, se promulga la "Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos", y puede calificarse como la primera Constitución social del mundo. En el ámbito laboral, se consagra la libertad de trabajo y la propiedad del producto del trabajo, la justa retribución, se reconoce la prevalencia de los derechos civiles y políticos respecto del contrato de trabajo, e incluso contiene un título denominado "Del trabajo y la previsión social", donde se desarrolla la duración de la jornada máxima que alcanza a 8 horas diarias, normas sobre protección de la maternidad, salario mínimo, derecho a participación en las utilidades, el derecho a formar sindicatos y el reconocimiento del derecho a huelga, entre otros. Como se puede apreciar, la frondosidad de las normas constitucionales sobre temas sociales perfilan este cuerpo normativo como un paradigma del naciente estado social y democrático de derecho.

⁵ El término de estado democrático y social de derecho, no es cuestión pacífica en el constitucionalismo, para un autor, se puede conceptuar como el modelo de organización social en que " la democracia exige con carácter fundamental el Estado social, un organismo que se asemeja al estado de derecho, pero que no se limita como éste a conservar lo mío y lo tuyo, mientras que confía su formación al juego del poder y la casualidad, sino que pone como objeto de su previsión una justa distribución de cargas y privilegios en su totalidad sobre la base de la igualdad de todos ". Agrega, que dentro de una democracia, el contenido de la noción de estado social puede entenderse desde dos perspectivas. La primera y más difundida es la que lo asimila a Estado de Bienestar, es decir un Estado que, a nivel constitucional, consagra derechos económicos-sociales, y a nivel

2.- La constitucionalización del derecho laboral.

El escenario anterior generó un gran impulso al constitucionalismo, el cual se proyectó en las distintas disciplinas jurídicas. Particularmente en el derecho penal y civil, al cual se agregaron entre otros, el Derecho del Trabajo. Debe recordarse que el nacimiento de esta parcela jurídica, se ubica a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, primeramente formando parte del derecho civil, hasta desprenderse completamente con la primera codificación laboral del año 1931⁶, que es el corolario a la dictación de leyes aisladas y los 7 cuerpos legales aprobados por el Congreso Nacional, fruto de la presión ejercida por los militares en el llamado "ruido de sables" del año 1924⁷.

administrativo provee una serie de prestaciones a los ciudadanos principalmente en el ámbito de la seguridad social. Ejemplos clásicos de tal concepción son la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución Española de 1978. La segunda acepción no se vincula a la idea de prestaciones asistenciales, sino al perfeccionamiento del Estado Liberal de Derecho. Así entendida el deber del Estado será de intervenir en el ordenamiento jurídico a fin de establecer condiciones que compense la debilidad relativa de algunos frente al poder social de otros. La regulación y reforzamiento de los derechos de sindicación y huelga y los derechos irrenunciables a favor de los trabajadores constituirían típicos ejemplos de tal regulación.

Respecto de esta última concepción el autor en comento afirma que ella posee la ventaja de remitirse a una determinada configuración del ordenamiento jurídico, independiente de los recursos que el Estado posea. Así, sería un paso en la evolución del Estado de Derecho y no una desviación del mismo. Aldunate, Eduardo: "Derechos Fundamentales". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p. 68 y sgtes.

⁶ D.O. de 28 de Mayo de 1931, no obstante entró en vigencia 6 meses después. Se trata de una compilación de leyes entre las se debe citar; la N°2.951 de 1915, de sillas en establecimientos comerciales; N°3.321 de 1917, sobre descanso dominical; N° 3.915 de 1923, sobre peso máximo de sacos de carguío; N° 4.053 de 1924, sobre contrato de trabajo; N°4.055, de 1924, sobre accidentes del trabajo; DL N° 442, de 1925, sobre protección a la maternidad obrera y salas cunas, entre otras. Este Código distinguía una reglamentación diferente entre empleados y obreros, criterio posteriormente abandonado, utilizándose ahora la expresión "trabajadores".

⁷ Se conoce como tal a la fuerte presión que ejerció la oficialidad del ejército sobre el Congreso Nacional el 08 de Septiembre de 1924, exigiendo la aprobación de 7 leyes laborales. Ella fue una muestra del descontento de la

De esta forma, las distintas ramas del derecho comienzan a reclamar el lugar que estimaban, les correspondía, en el contenido de estas nuevas constituciones, introduciéndose cláusulas que consagraban derechos de esas respectivas parcelas jurídicas originando la corriente conocida como "Constitucionalización de los derechos".⁸

Actualmente y a fin de abordar el contenido de este trabajo, la constitucionalización que alcanzó también a las materias laborales, no se

oficialidad frente a la preocupación del Congreso por aumentar su dieta parlamentaria, en desmedro de legislar sobre las imperiosas necesidades laborales y sociales; pero sus antecedentes se remontan a muchos años de descontento social enmarcados en diversos movimientos obreros y civiles que buscaban reivindicar derechos primordialmente laborales. Eyzaguirre, Jaime: "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile". Editorial Universitaria, 10º edición, 2004, p. 204 y 205.

⁸ La Constitucionalización del Derecho se refiere al proceso mediante el cual las Cartas fundamentales dejan de ser simples textos programáticos, adquiriendo fuerza normativa vinculante. En relación a ello Cea indica que "tal constitucionalización encierra otra implicancia, seguramente más novedosa, aunque difícil de aceptar por nuestra tradicional sumisión a la ley...Nos referimos al rasgo, hoy casi universal y pacíficamente sustentado, de la aplicación, directa o indirecta, de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin necesidad que las disposiciones legales mediaten, según la tesis de la ley como pantalla, esa ejecución de los preceptos supremos". Cea, José: "Derecho Constitucional Chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2004, t. II, p.69; asimismo Huepe, Fabián: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°227-228 (1-2), Concepción, 2010, pp.173-175. En el derecho del trabajo, la constitucionalización se manifiesta con la inclusión de cláusulas laborales en la Carta Fundamental y ello se produce históricamente con posterioridad a la recepción de los derechos civiles y políticos (En nuestro país este proceso se inicia tardíamente con la reforma a la Constitución del año 1925, mediante la ley N° 17.398, del año 1971), completándose de ese modo el reconocimiento de la ciudadanía social plena al más alto nivel jerárquico en los ordenamientos nacionales. Babace, Héctor: "Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos." Anuario del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N°3, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 255.

produjo temporalmente en la misma época de México o Alemania, toda vez que la Constitución del 1925 dictada durante el período en que gobernó el presidente Arturo Alessandri Palma, no incluyó estrictamente disposiciones laborales⁹. Es posteriormente, mediante la reforma constitucional del año 1971, a través de la Ley N°17.398¹⁰ del año 1971, y producto de la negociación que llevó adelante la Unidad Popular y la Democracia Cristiana, movimientos políticos que suscribieron el llamado Estatuto de Garantías Democráticas, que permitió el ascenso al poder del presidente Salvador Allende, cuando se produce la verdadera constitucionalización del derecho laboral chileno¹¹, al introducir en la Carta Política, el derecho al trabajo y la justa remuneración, el derecho de los trabajadores a participar en los beneficios de su actividad, la libertad de trabajo, la libertad sindical y la huelga; que bien pueden estimarse como parte del núcleo básico de los derechos de los trabajadores en una sociedad liberal que adopta el modelo económico de producción capitalista¹².

⁹ D.O. de 18 de septiembre de 1925. Dicha Carta Fundamental contenía en el Capítulo III, las denominadas "Garantías Constitucionales", que recibieron el incipiente catálogo de derechos sociales o de prestación, entre los que se encuentran mencionados: El derecho a la educación, (N° 7) la imposibilidad de prohibir cualquier clase de trabajo, (N° 4) y la protección del trabajo, la industria y a las obras de previsión social (N°14) entre otros.

¹⁰ D.O. de 09 de enero de 1971. Esta Ley fue conocida como el Estatuto de Garantías Democráticas, en cuanto fijaba un marco constitucional que debía ser respetado tanto por el conglomerado político que había triunfado en la elección parlamentaria, como por el partido que apoyó la ratificación de Salvador Allende como Presidente de la República.

¹¹ En efecto, la comentada Ley N°17.398 efectúa diversas reformas constitucionales de relevancia, siendo fundamentales a nuestro análisis las del artículo 10, correspondiente a las Garantías Constitucionales, donde incorpora en el numeral 14 el Derecho al Trabajo y en el numeral 16 el Derecho a la Seguridad Social.

¹² Sin perjuicio de lo señalado debemos recordar que el modelo liberal capitalista puro se muestra diametralmente opuesto a lo propugnado por el derecho laboral, lo que se evidencia con la falta de normativa laboral en la Constitución de 1925. En efecto "las garantías constitucionales, versión jurídica positiva de los derechos

Como es lógico, la ascensión de derechos de naturaleza laboral a la constitución no puede ser frondosa, incluyéndose solo aquellos que se estiman indispensables en relación al trabajo humano, cuya conexión con la dignidad de las personas, es hoy ampliamente reconocida en todas las constituciones democráticas.

3.- Legalización o laboralización de los derechos constitucionales.

Sin embargo, constatando la realidad actual de nuestro país, se ha ido configurando una cierta tendencia, que este autor estima de interés, esto es, que si bien la constitucionalización pudiere ser la aspiración de una máxima garantía para el ejercicio y disfrute de los derechos laborales de rango constitucional; en estos últimos años, al parecer, este reconocimiento requiere una técnica adicional, cual es, replicar casi en los mismos términos, los derechos constitucionales, pero ahora en la ley. Así, se produce un fenómeno inverso al de constitucionalización, que puede calificarse de "legalización o laboralización de los derechos constitucionales"¹³, haciendo presente desde ya, que esta realidad se

fundamentales son, antes que todo, las prerrogativas que el Estado Liberal acuerda para proteger al comerciante y al burgués de la invasión estatal. Se trata, en ese sentido, de derechos individuales" En Ugarte, José Luis: "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Editorial Legal Publishing, 3ª edición, Santiago de Chile, 2010, p. 7.

¹³ Esta hipótesis de regulación permite acuñar la expresión "laboralización de los derechos constitucionales", en cuanto al replicarlos casi textualmente desde la Constitución al C.T., presenta la dificultad de adaptar su contenido a los principios, características y fuentes propias del derecho del trabajo, adicionalmente surge la necesidad de la protección y eficacia de dichos derechos y que no se transformen en meramente programáticos. Mella Cabrera, Patricio: "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la ley N° 19.759 publicada en el D.O. del 05.10.2001". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°208, año 2000, pág.25. En este mismo sentido Sagardoy señala que "la importancia de la laboralización de los derechos fundamentales tiene su razón de

proyecta más allá de los derechos típicamente laborales, como la libertad de trabajo o la libertad sindical, extendiéndose a los otros derechos que pertenecen propiamente a todos los ciudadanos y no solo a los trabajadores, citándose entre estos, el derecho a la vida e integridad física y psíquica, la igualdad, honra, libertad de opinión y religiosa, etc. El fenómeno anterior ha constituido la base del gran desarrollo de la llamada "teoría de los derechos fundamentales laborales" y aquella que los distingue entre derechos fundamentales específicos e inespecíficos¹⁴.

Si bien algún lector puede rebatir fácilmente esta aparente novedad, afirmando que es perfectamente lógico que los cuerpos legales desarrollen el contenido de los derechos constitucionales contemplados en la Carta Política, dada la postulada intermediación que debe hacer la ley respecto de la Constitución - y además por el carácter sintético y resumido de sus disposiciones - ello en mi opinión no es suficiente, toda vez que con las recientes reformas procesales llevadas a cabo en nuestro país, se ha entregado a los jueces de grado inferior, que dan inicio a la pirámide o

ser en la propia esencia del contrato de trabajo... La relevancia de la persona del trabajador, que lleva aparejada la limitación de los poderes del empresario." Sagardoy Bengoechea, Juan: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi S.A, Navarra, año 2005, p. 25.

¹⁴ Es Palomeque quien difunde esta clasificación que tendría un gran impacto en la doctrina y jurisprudencia laboral. Para este autor al describir los que denomina "derechos constitucionales laborales inespecíficos " señala que al lado de ciertos derechos constitucionales, cuyo origen específico o razón de ser, se encuentra en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente sus ejercicio fuera de las mismas, mencionando el derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc., existen otros, 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)siendo titulares de ellos en razón de ser ciudadanos, mencionando un catálogo que comienza con el derecho a la igualdad y no discriminación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, y así hasta culminar con el derecho a la educación. Palomeque López, Manuel- Alvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces, 18va edición. Madrid, España, 2010, pp. 119 Y 120.

jerarquía del Poder Judicial, la potestad de aplicar directamente la normativa constitucional. Si bien se podría retrucar que el principio de la vinculación directa o inmediata de los preceptos constitucionales y su eficacia horizontal,¹⁵ ya tenían cierta data en nuestro país, la reforma del contenido de las sentencias en el juicio penal, de familia y finalmente laboral,¹⁶ obliga al juez a fundar y justificar sus decisiones entre otras fuentes, en la constitución, lo que inmediatamente lo conducirá a determinar cómo aplicar textos de doble regulación, en los que , normalmente, las disposiciones constitucionales deben interpretarse conforme a ciertos criterios interpretativos distintos a la interpretación de

¹⁵ La teoría de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales encuentra su origen en un trabajo de Hans Carl Nipperdey, en Alemania, en el año 1950, quien postula la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado como proveniente directamente de la Constitución sin necesidad de mediación legislativa. Esta teoría se la denomina "Drittwirkung der Grundrechte" y encontró su reconocimiento en una sentencia del Tribunal Federal del Trabajo, al pronunciarse expresamente en favor del precepto constitucional de la igualdad salarial de hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral. Esta tesis, que predomina en nuestro país, enfrenta serias objeciones, y destacadamente pueden citarse dos: Una, que la eficacia horizontal anula la autonomía privada, y terminaría por destruir el derecho privado, al hacerlo por completo innecesario, pues los jueces podrían basar sus decisiones directamente en el texto constitucional prescindiendo de las prescripciones legales existentes (conclusión que se puede extender al derecho del trabajo de rango legal) y la segunda, es que esta doctrina en la práctica retira importantes ámbitos de la configuración social de las manos del legislador democrático, en cuanto serán los jueces quienes finalmente configurarían el modelo social y jurídico aceptado, es decir, se puede generar un verdadero "Estado Judicial". Julio Estrada, Alexei: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000, p.95 y sgte.

¹⁶ "Así, siguiendo un camino irreversible, iniciada por las reformas al proceso penal y de familia (Código procesal Penal, artículo 342, letra b) y ley sobre Juzgados de familia N° 19.968, artículo 66 N° 5) ahora el nuevo juicio oral del trabajo impuso como regla ineludible que las sentencias laborales deben contener en relación a las fuentes "Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes..." Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un precedente griego del nuevo juicio oral del trabajo". En Revista del Colegio de Abogados de Chile, Regional Concepción, N° 15, Concepción, 2011, p. 34.

las leyes (en cuyo caso imperan sin restricción las reglas de los artículos 19 al 24 del Código Civil Chileno)¹⁷.

4.- Conclusión.

Efectuadas las consideraciones precedentes, examinemos ahora la regulación legal y constitucional de los derechos laborales, afirmando desde ya que conforme al estado actual de la teoría de los derechos fundamentales laborales, y las variadas reformas introducidas en los últimos años al C.T.¹⁸ , la doble regulación supera los llamados derechos

¹⁷ Recordemos que según la doctrina tradicional dichos preceptos consagran los criterios de interpretación clásicos, gramatical, histórico, lógico y sistemático, propuestos por Savigny; para la interpretación de la Constitución dichos criterios resultan insuficientes, y la doctrina nacional ha propuesto dos concepciones diversas de interpretación: el Originalismo, que atiende a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente (como el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Constitución), y el Evolucionismo, que interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la misma. Al respecto recomendamos Bassa, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle" en Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Viña del Mar, 2011, pp. 15-42; Quispe, Carlos: "La interpretación constitucional". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, N°13, Madrid, 2011; En el ámbito legal laboral el CT. no contempla reglas sobre interpretación, por lo tanto la doctrina como jurisprudencia laboral reconocen la aplicación supletoria de los criterios interpretativos contenidos en el CC., esto es, gramatical, lógico, sistemático e histórico; aunque destacadamente en el método gramatical se ha acudido al principio pro-operario, que postula en que los distintos sentidos de una norma del trabajo se debe optar por aquella que favorezca al trabajador.

¹⁸ Desde el año 2000 a la fecha se han publicado más de una veintena de leyes en el ámbito laboral, entre las que destaca la Ley N°19.759 de 05/11/2011 que modifica modalidades de contratación, derecho a sindicación y derechos del trabajador; Ley N°20.005 de 18/03/2005 que tipifica acoso sexual; Ley N°20.022 de 30/05/2005 que crea Juzgados Laborales y de Cobranza Laboral y Previsional; Ley N°20.087 de 03/01/2006 que sustituye el procedimiento laboral del Libro V CT; Ley N°20.255 de 17/03/2008 que establece Reforma Previsional; Ley N°20.611 de 08/08/2012 en materia de protección de las remuneraciones, entre otras.

laborales constitucionales típicos, extendiéndolos a otros del catálogo del artículo 19 de la C.P., surgiendo el concepto “derechos fundamentales inespecíficos”.¹⁹ Sin duda alguna contribuye a este desarrollo el progreso del constitucionalismo en cuanto propone que el diseño de los derechos fundamentales no puede limitarse a los denominados derechos de libertad, indispensables en una etapa histórica marcada por grandes guerras y pérdida de vidas humanas, sino que ahora, ha surgido el tiempo de los derechos sociales, dado que no es posible profundizar el modelo democrático occidental sino se resuelven las brechas de desigualdad existentes en las sociedades modernas.



¹⁹ La distinción entre derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos ya descrita por Palomeque tiene por objetivo destacar la falta de concreción y eficacia de los segundos, los cuales habían sido desatendidos por el legislador, y en la práctica el poder prevalente del empresario en la relación de trabajo, constituía un factor de ineficacia de dichos derechos. El autor los define como “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, trabajadores”. Ver cit. (14).

II.- Los derechos laborales y su recepción en el C.P.

1.- La reforma constitucional del año 1971.

En nuestro país y como ya se indicó, destacadamente la recepción de derechos de naturaleza laboral recogidos por la Carta Política se concreta en la reforma constitucional del año 1971,²⁰ consagrándose el derecho al trabajo, la libertad de trabajo, la justa remuneración y participación en los beneficios de la actividad que realiza el trabajador, la libertad sindical y la huelga. Si bien no se menciona la negociación colectiva, la doctrina laboral es prácticamente uniforme en señalar que la libertad sindical la comprende²¹. Igualmente se consagró el derecho al trabajo, lo que implicaba la obligación del Estado Chileno a proporcionar a sus connacionales una labor efectiva a fin de concretar este nuevo estado

²⁰ El artículo 10 de la Constitución de 1925 substituye la referencia a la Libertad de Industria en su numeral 14° por lo siguiente:

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.

Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

²¹ En Palomeque, Manuel- Álvarez de la Rosa, Manuel: “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit., pp.336-346; Villavicencio, Alfredo: “Constitución y Libertad Sindical”, en Neves, Javier (director): “Trabajo y Constitución”. Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1989, p.180; Caamaño Rojo, Eduardo – Ugarte Cataldo, José Luís: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico”. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 14-15; Thayer, William- Novoa, Patricio: “Manual de Derecho del Trabajo”. Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago de Chile, t. I, pp.119-120.

democrático y social de derecho. Adicionalmente surge también como derecho autónomo, la libertad de trabajo y la huelga, mencionándose la Seguridad Social, la cual actualmente se ha desprendido del Derecho del Trabajo, normándose actualmente en el artículo 19 N° 18 de la Constitución del año 1980, actualmente vigente²². También debe destacarse que junto al reconocimiento del derecho al trabajo de todo ciudadano, se indicó que el trabajador tendrá derecho a una “remuneración suficiente acorde con la dignidad humana”, cuestión que no se replicó en la Constitución de 1980, lo que no ha sido óbice para generar en nuestro país un serio debate entre trabajadores, empresarios y gobierno, postulándose la necesidad de un ingreso mínimo garantizado, el cual permanentemente se busca aumentar por los trabajadores. Adicionalmente se incluye una “justa participación en los beneficios que de su actividad provengan”, derecho que claramente ha permanecido sin contenido sustancial para los trabajadores de nuestro país, toda vez que tanto la participación en la gestión empresarial o respecto a las utilidades que obtienen los empleadores, ha sido una cuestión negada sistemáticamente por el empresariado nacional.

Este modelo constitucional, intentado en una circunstancia histórica que trajo aparejado el quiebre constitucional, sustituyendo una orientación estatista por una de libre mercado, originó como natural consecuencia un brusco cambio en nuestra tradición constitucional, imponiéndose durante

²²D.O. de 24 de octubre de 1980. En nuestro país existe un arduo debate acerca de sobrevivencia de la Constitución de 1980, ello en razón de las numerosas reformas introducidas. Así, Cristi, señala que la Constitución actual no corresponde a la original de 1980, toda vez que el titular o sujeto del poder constituyente es distinto al que aprobó el texto de 1980. Cristi, Renato: “El pensamiento político de Jaime Guzmán”. LOM ediciones, Santiago de Chile, 2000, p.147. En sentido contrario, ver: Atria, Fernando: “Entre la soberanía y lo político”, en “Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009, p. 157y sgtes.

el gobierno militar de la época (1973-1990), la Constitución Política de 1980²³, la cual quita la potencia constitucional que entregó la modificación del año 1971, peyorizando los derechos constitucionales laborales, y suprimiendo derechamente algunos de sus contenidos fundamentales²⁴.

2.- La Constitución Política de 1980.

Dicha Carta Política, que rige actualmente, sufrió durante los años venideros, diversas modificaciones, sin que estas alcanzaran a las cláusulas constitucionales laborales. De esta forma, el contenido laboral contemplado en los artículos 19 N° 16 y 19, no ha experimentado cambios, y sin duda alguna, su reglamentación es coherente al nuevo modelo económico y político que pretendían los gobernantes de facto de esa época.



²³ En efecto, la Constitución de 1925, predecesora de la actual, cesó en su vigencia el 11 de septiembre de 1973 con el DL N°1 de la Junta de Gobierno, que atribuye a la Junta “el mando supremo de la nación”. Con fecha 16 de noviembre de 1973, mediante DL N°128, se precisa el alcance de dicha frase, señalando que la Junta de Gobierno, desde el 11 de septiembre de 1973 había asumido el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”. Ver Molina, Hernán: “Derecho Constitucional”. Editorial Legal Publishing, 11^a edición, Santiago de Chile, 2011, p. 27 y sgtes.

²⁴ El ejemplo más patente al respecto lo encontramos respecto al Derecho a Huelga, que sólo aparece expresado en la Carta Fundamental con un contenido negativo, es decir, expresando prohibiciones y restricciones en cuanto al mismo. En ese sentido Cea señala que “La Constitución de 1925, después de ser reformada con el estatuto de garantías de 1971, optó por reconocer la huelga con el carácter de derecho y no de un mero hecho o circunstancia inevitable. Para esto el poder constituyente se atuvo a los tratados internacionales que reconocen a la huelga como una facultad legítima de los trabajadores. Pero en la Constitución de 1980 se cambió de criterio, buscando comprimir la huelga lo más posible...En la Comisión de Estudio se planteó que la huelga fuera considerada un simple hecho sin regulación jurídica...”. Cea, José Luis. Ob. cit., p. 438.

Así, se consagra la libertad de trabajo, eliminándose la referencia al derecho al trabajo,²⁵ derecho de libertad que tiene un contenido múltiple, abarcando la libre elección del empleo, la libre contratación y imposibilidad de establecer trabajos prohibidos, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Esta redacción no implica que las partes de la relación laboral disfruten de autonomía para fijar el contenido obligatorio del contrato de trabajo, ya que ella está limitada por el orden público laboral bajo la fórmula de mínimos inderogables; esto es, remuneración mínima, jornada máxima de 45 horas semanales, descansos, feriado anual, etc., los que se desarrollan en el C.T. Esta lectura de la constitución resulta de la aplicación armónica del 19 N° 16 de la Carta Política, en cuanto el texto expresa como regla en el inciso primero, “la protección del trabajo”.

También se incluye la justa retribución, sustituyendo la expresión “justa remuneración” que empleaba la modificación constitucional 1971, transformando la norma en una textura abierta, sujeta a un valor de difícil determinación en un caso concreto.

Se garantiza también la prohibición de discriminación laboral, salvo que se funde en la capacidad o idoneidad personal, consagrándose entonces que ciertas condiciones no pueden estimarse criterios discriminatorios como es el caso de un trabajador que posea calificaciones académicas que otro no tiene. La prohibición de trato desigual alcanza tanto a la discriminación directa como la indirecta²⁶. Aún cuando el texto

²⁵ Se ha cambiado la nomenclatura del otrora artículo 10N°14 de la Constitución de 1925, “Derecho al trabajo”, en el actual artículo 19N°16 de la actual Carta Fundamental, por la “Libertad de trabajo y su protección”.

²⁶ En relación a la igualdad en su acepción jurídica laboral, Cea, siendo conteste en la doctrina constitucional, señala que esta igualdad o isonomía laboral debe

constitucional expresa que los criterios de discriminación por nacionalidad y edad, quedan regulados por la ley, en relación a esta última diferenciación, lo cierto es, que el trato diferente está suficientemente justificado por la protección del trabajo a menores, verdadera lacra de las sociedades libremercadas, conclusión que no se extiende a la protección del trabajo a los nacionales ya que la fórmula general empleada por el Código del Trabajo Chileno al regular esta materia (artículos 18 y 19 del C.T.) no es incompatible con la prohibición, salvo que optemos por limitarlos a ciertos casos, de manera particular, interpretando la aludida disposición constitucional de forma "pro-homines"²⁷ a favor de los trabajadores inmigrantes.

En el precepto 19 N° 16 ya mencionado, se contiene también el derecho a la negociación colectiva, pero limitada al ámbito de la empresa,

relacionarse con la consagrada en el artículo 19N°2. Cea, José Luis, Ob. Cit., tomo II, p. 429; En el mismo sentido Molina, quien explica dicha igualdad señalado que "deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentran en análogas situaciones de hecho". Molina, Hernán, ob. Cit., p. 266. En base a lo señalado podemos concluir que no se trata de una igualdad absoluta, sino que una igualdad en situaciones equiparables, discriminando en las situaciones distintas. Para Gauché, en "una primera y simple aproximación se puede decir que la discriminación es "directa" cuando una persona recibe un trato inferior en el goce y ejercicio de sus derechos en razón específicamente de alguno o algunos de los criterios que forman su identidad, tales como el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, el color de la piel, la nacionalidad, la religión, etc. La discriminación es "indirecta" en cambio cuando se adopta una medida o política que si bien no busca otorgar el trato inferior, en los hechos lo produce en función justamente de alguno o algunos de estos criterios de identidad y diferenciación que he señalado". Gauché Marchetti, Ximena: "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, año 2011, p.149.

²⁷Sobre la interpretación "pro-homines o pro-libertatis", se sostiene que conforme a este principio hermenéutico, en caso de ser admisibles distintas operaciones interpretativas legítimas, debe prevalecer la que más favorezca a las personas y su libertad. Viera-Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable" en "Cuadernos del Tribunal Constitucional", n°46, Santiago de Chile, 2011, p. 121.

expresión constitucional del llamado Plan Laboral implementado por el Gobierno Militar con los Decretos Leyes N° 2756 y 2759 de 1979, y obra del Ministro del Trabajo de esa época, José Piñera Echeñique, el cual buscaba excluir la negociación colectiva por rama de actividad o a nivel nacional. Si bien en la codificación se contempla la posibilidad de una negociación interempresa (artículo 334 del C.T.) ella requiere acuerdo previo, por escrito, y otorgado ante un ministro de fe, más una autorización de los trabajadores, a la organización sindical de que se trate, decidida por la mayoría absoluta de los trabajadores afiliados. Como se advertirá basta la negativa empresarial y el derecho se transforma en impracticable. Curiosamente, esta negociación por rama de actividad o a nivel nacional está prohibida para los funcionarios públicos chilenos y sin embargo se puede apreciar que en la práctica negocian por sectores de la administración pública, paralizan sus funciones y los representantes de los trabajadores del sector público son reconocidos y legitimados por las autoridades correspondientes. Se produce una antinomia entre el goce de un derecho típico del trabajador del sector privado, y una conducta que está prohibida para el funcionario público. Así las cosas parece que en nuestro país se puede sostener la validez de la costumbre contra ley al reconocerse la eficacia de los acuerdos suscritos entre los funcionarios públicos y las autoridades de la Administración del Estado a pesar que la ley niega tal opción.

Conjuntamente con el derecho a negociar colectivamente, concebido de manera restrictiva en la C.P. del año 1980; se menciona la huelga en una fórmula negativa, despojando notoriamente a este derecho de su contenido sustancial, esto es, el paro de actividades como medio de

presión legítima del cual dependen los trabajadores en los procesos negociadores con sus empleadores.²⁸

Además, se circunscribe la huelga a los casos que se vinculan a un tipo de negociación (la llamada negociación reglada de los artículos 315 y siguientes del C.T.) descartándose en las dos otras hipótesis autorizadas por el C.T. o cualquier otra que provenga del natural conflicto de interés entre trabajadores y empleadores²⁹. Así las cosas, la huelga requiere una consagración distinta a la indicada en nuestra Carta Política y ello es perfectamente validable por la circunstancia que la mayoría de los países adheridos al modelo de producción capitalista, la contemplan en sus Constituciones³⁰ sin las restricciones que se mantienen en la Carta Institucional de nuestro país.

²⁸ Resulta interesante analizar el modo que la Comisión de estudio de la Constitución, es decir la que efectivamente redactó la Carta de 1980, entendió a la huelga: "La Comisión no considera a la huelga como un derecho, sino como una solución de fuerza que no conlleva en sí ningún principio de justicia y, además, en nuestro país ha sido usada por ciertos grupos políticos como un instrumento de lucha de clases. La experiencia enseña que no pocas veces ella perjudica a los trabajadores y generalmente a la comunidad". "Comisión de Estudio: Informe con proposiciones e ideas precisas de 16 de agosto de 1978", reproducido en Revista Chilena de Derecho, N°1-6, Santiago de Chile, 1981, p. 227.

²⁹Recordemos que el C.T., en sus artículos 314, 314 bis A, 314 bis B y 314 bis C autoriza, además de la negociación colectiva reglada (arts. 315 y sgtes.), la negociación colectiva semi-reglada y negociación no reglada.

³⁰A modo de ejemplo tenemos la regulación legal de la huelga en EE.UU., donde se sigue un modelo polivalente restringido. Es decir que en él las normas legales fijan una pluralidad de objetivos o finalidades pero restringidas a una enumeración legal, que en general están limitadas a la expresión de reivindicaciones económicas y/o de defensa de intereses profesionales. A pesar de su restricción el modelo Estadounidense reconoce una pluralidad de finalidades y objetivos lícitos a la huelga, a diferencia de lo que ocurre en nuestro régimen de ella. Al respecto recomendamos ver Ugarte, Luis: "El Derecho Fundamental de Huelga en Chile" Disponible en http://www.sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11:el-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3:informacion-de-utilidad (última revisión 7/10/2013)

3.- Crítica al modelo constitucional de 1980.

Al contrastar estos derechos constitucionales (negociación colectiva y huelga) con la anterior modificación constitucional, aparecen seriamente afectados en su contenido, ya que en la redacción del año 1971, tanto la libertad sindical, como la huelga no incluían limitaciones en el texto, pudiendo perfectamente compatibilizarse con la concepción moderna de la libertad sindical, esto es, inclusiva de la libertad para afiliarse y constituir sindicatos, dotarse de su reglamentación con autonomía, negociar colectivamente y ejercer el derecho al paro³¹.

Finalmente, y en un precepto separado, el artículo 19 N° 19, la Constitución, asegura el derecho de sindicación, esto es, formar parte, constituir y retirarse de un sindicato. La libertad de afiliación no siempre ha sido compartida por los trabajadores, los cuales postulan que una afiliación obligatoria les permitiría fortalecer sus organizaciones sindicales, aumentar su capacidad de negociación frente a los empresarios, los cuales claramente se organizan a nivel no solo local sino también nacional.

La fórmula constitucional da cuenta de una visión meramente orgánica del sindicato, lo que explica la separación de sus facultades

³¹ Así respecto de la Huelga tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical de la OIT han estimado que el derecho a huelga forma parte del derecho a organizar sus actividades y formular su programa de acción, contenido en el art. 3 del Convenio N°87 OIT, y que es parte esencial del contenido de la Libertad Sindical. Segundo informe del Comité de Libertad Sindical, 1952, caso N°28 (Jamaica), párr. 68; en cuanto a la Negociación Colectiva, tanto el Convenio N°98 en su artículo 4, como el Convenio N°154 más detalladamente, señalan que ella es parte del contenido de la libertad sindical. "Libertad sindical y relaciones de trabajo", Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30a reunión, Ginebra, 1947, p. 53. También en "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT". Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición, Ginebra, 2006, párr.881.

naturales (negociación colectiva y la huelga) en un precepto separado de la constitución. Postulo la necesaria modificación o adecuación constitucional de este derecho, separando los aspectos individuales de la relación laboral (contenidos en un precepto constitucional) de los colectivos (reformulación del actual artículo 19 N° 19 de la C.P.) a fin de lograr el disfrute efectivo de este derecho constitucional como lo postula la mayoritaria doctrina³² y el hecho que la mayoría de los estados democráticos y social de derecho, los contienen, sin quebranto en sus respectivos ordenamientos jurídicos.



³²En este sentido, en la doctrina comparada, Ermida Uriarte, Oscar: "Libertad Sindical y Derecho de Asociación ". En "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional ". Asociación Laboral para el desarrollo, Lima, 1992, p. 63 y sgtes. Y en la nacional, Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 30, Valparaíso, 2008, p. 265 y sgtes.

III.- Los derechos constitucionales y su descenso a la legislación laboral.

1.- La réplica legal de los derechos constitucionales.

Hechas las reflexiones sobre el estado de las cláusulas constitucionales laborales, abordaré la manera como la Constitución desciende a la ley, replicando los derechos fundamentales, sean los estrictamente laborales o específicos o aquellos que pertenecen al trabajador en cuanto a ciudadano, como es el caso de los derechos fundamentales inespecíficos.

En este punto, no se trata simplemente de un desarrollo del derecho constitucional por la ley, cuya redacción es de carácter comprimida y dudosamente calificada como principio,³³ sino de una réplica literal, originando la dificultad de si debe aplicarse uno u otro, destacando ya la primacía del texto constitucional, y la circunstancia que en algunos casos que se examinarán, no se indican condiciones de aplicación (cuando

³³ La designación de los derechos fundamentales y su manejo como principios tiene un origen germánico, primeramente con conexión al texto constitucional de Weimar(1919), en cuanto la Constitución tiene una función integradora en torno a ciertos valores. Estos valores se expresan en primera línea en los derechos fundamentales. Luego, tiene como antecedente casos resueltos por el Tribunal Constitucional federal alemán al recoger la idea de un orden objetivo de valores plasmado en los derechos fundamentales a propósito del caso LUTH. Y finalmente, por la influencia de Alexi, quién postula que los derechos fundamentales expresarían valores, y la faz deóntica de los valores serían los principios a los que reconoce el carácter de normas. Un autor estima errada la tesis que le atribuye el carácter de principios a los derechos fundamentales, desarrollando una sólida argumentación al respecto. Aldunate, "Derechos Fundamentales". Ob. Cit. p. 117). Sin embargo esta postura no sido seguida en el ámbito laboral, tanto en la doctrina como jurisprudencia. En este sentido, ver, Gamonal Contreras, Sergio: "Fundamentos de Derecho laboral", Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 36 y sgtes.

es la ley la que los menciona) que debería ser lo usual al desarrollar los derechos constitucionales en sede legal.

2.- La ciudadanía laboral.

La fórmula antes explicada se hace patente en nuestro ordenamiento jurídico laboral a partir de la reformas al C.T. introducidas por la ley 19.759 del año 2001, en la que destacadamente se produce el reconocimiento a la ciudadanía laboral³⁴ la cual postula que la empresa no es un lugar propicio para el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador, esto, dada la estructura del contrato de trabajo, que en el plano individual se plasma en el elemento de la subordinación (artículo 7 del C.T.) y en el plano colectivo, la facultad privativa del empresario en cuanto se niega al trabajador toda ingerencia en la organización, dirección, administración de la empresa y que se concreta en la redacción del artículo 306 del C.T.³⁵ Si bien la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre privados (la relación laboral lo es) estaba disponible desde la Constitución de 1980, en la práctica, al ingresar el trabajador a su empleo, reproducía una abdicación constitucional del trabajador a favor del empleador, cuestión inadmisibles dado el trato igualitario que las constituciones modernas postulan.

³⁴Los derechos fundamentales propiamente laborales aluden al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a toda la protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados. Habitualmente denominados como Ciudadanía Laboral, forman parte protagónica de los derechos económicos y sociales. López, Diego: "Los derechos fundamentales en el trabajo" en Temas Laborales. Dirección del trabajo N°22(año 9), Santiago de Chile, 2004, p.1

³⁵En efecto, el inciso segundo del precepto indicado prescribe: "No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma".

Particular comentario debe hacerse en relación a la ineficacia del recurso de protección como medio idóneo para obtener el disfrute de los derechos constitucionales del trabajador, dado que su eventual uso colocaba en peligro la permanencia del trabajador en su empleo³⁶. El escenario anterior hizo patente la ineficacia de la tutela procesal de los derechos constitucionales del trabajador, sea por la aludida acción de protección, sea por medio de las acciones de cumplimiento típicas del juicio del trabajo, que podían ejercerse a través del procedimiento de aplicación general del C.T.

De esta forma, a pesar de la reforma del C.T., en relación a incluir una serie de modificaciones que dieran cuenta del reconocimiento y eficacia de los derechos constitucionales durante la vigencia del contrato de trabajo, en la práctica después de años de efectuada (destacadamente a través de la mencionada ley 19.759 de 2001) se logró un consenso en el llamado Foro para la Reforma Laboral y Previsional, creado durante la administración del Presidente Lagos en el año 2000³⁷ para implementar un procedimiento especial tendiente a conocer los conflictos de derechos constitucionales entre trabajador y empleador, surgiendo de este modo el llamado Procedimiento de Tutela Laboral regulado en los artículos 485 y siguientes del C.T.³⁸ La elección de este procedimiento por el trabajador

³⁶Ugarte Cataldo, José. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". Legal Publishing, Santiago, año 2010, p. 18.

³⁷ En junio del año 2000, el Gobierno convocó a una instancia técnica, compuesta por académicos, jueces, litigantes laborales y técnicos, a la que se llamó " Foro para la Reforma de la Justicia laboral y Previsional " la que se encargó de formular las propuestas de reforma, materializadas en los proyectos de ley respectivos que se presentaron en agosto del año 2003 al Congreso Nacional

³⁸La Ley N°20.087 de 03 de enero de 2006, que modifica el Libro V del CT. incluyó el llamado Procedimiento de Tutela Laboral, en carácter de especial, con algunas particularidades respecto del procedimiento de aplicación general, el cual actúa como procedimiento supletorio.

se hizo incompatible con la acción de protección según se indica en el inciso final del artículo 485, del C.T.

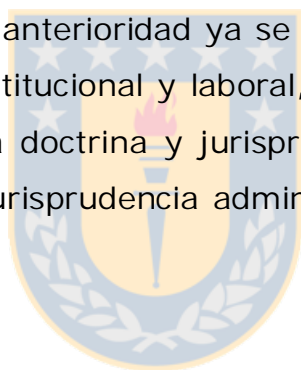
3.- La reforma al Código del Trabajo en el año 2001.

A modo conclusivo, si bien se incorpora en el título preliminar del C.T., la regla de que las facultades del empresario no podrán afectar las garantías constitucionales del trabajador (artículo 5 inciso primero del C.T.), reforzando la eficacia horizontal de dichos derechos, ello no implica una prevalencia a favor del trabajador, ya que ello conspiraría contra el trato igual de las disposiciones constitucionales, sin distinción de alguna de las partes de la relación laboral. Particular interés tiene el hecho que el precepto antes citado no limita el catálogo de derechos constitucionales que se contemplan en el artículo 19 de la Carta Fundamental, incluyendo a las cláusulas laborales constitucionales como a las que corresponden a todo ciudadano con prescindencia de si es trabajador o no; criterio que fue abandonado a la hora de decidir la competencia del juez laboral para conocer de esos conflictos a través del Procedimiento de Tutela Laboral, restringiéndolo a un catálogo reducido de derechos constitucionales, entre los que se incluyen el N° 1, esto es, derecho a la vida, integridad física y psíquica, el N° 4, 5, 6, 12 y 16 en lo relativo a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y los trabajos prohibidos. A este catálogo se deberá agregar otros de rango legal ³⁹ como las contiendas planteadas por el trabajador con ocasión de represalias del empleador, las prácticas

³⁹Si bien el artículo 485 en su inciso 2° hace aplicable este procedimiento a otros casos de rango legal, como por ejemplo los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del CT., o las prácticas antisindicales, la conexión con derechos fundamentales es evidente, así, en el primer caso se trata de garantizar la igualdad de trato y prohibición de discriminación laboral, y en el segundo, la libertad sindical, todos los cuales están contemplados en los numerales 2, 16 y 19 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

antisindicales y prácticas desleales en la negociación colectiva, el despido discriminatorio grave y la prohibición de discriminación salarial en razón de sexo,⁴⁰ casos en que claramente se vinculan a derechos constitucionales, pero que tienen condiciones de aplicación que permiten resolver estas controversias por la vía de resoluciones legales, y no constitucionales, acudiendo destacadamente al método de subsumir y no ponderar como se postula para los conflictos de naturaleza constitucional⁴¹.

Como se indicó anteriormente, el período en que se manifiesta la tendencia de replicar los derechos constitucionales en los textos legales, al menos en la zona del derecho del trabajo, es a partir del año 2001, dado que si bien con anterioridad ya se encontraban algunos derechos de doble regulación constitucional y laboral, ello era de manera aislada y sin reacción alguna en la doctrina y jurisprudencia nacional. Esta conclusión no se extiende a la jurisprudencia administrativa, ya que existían algunos



⁴⁰ Originalmente sólo se incluía como derechos de rango legal amparados por el procedimiento de tutela, la garantía de indemnidad y los casos relacionados con actos discriminatorios del artículo 2 del C.T. y el despido discriminatorio grave, a lo que se agregaron las prácticas antisindicales, las prácticas desleales en la negociación colectiva y, más recientemente, por obra de la ley N 20.348 de 19 de junio de 2009, que extendió la tutela laboral a los casos de discriminación salarial en razón de género.

⁴¹ La elección de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, tenía como soporte la existencia de un catálogo (cerrado o abierto) de derechos fundamentales (específicos o inespecíficos), lo que sería coherente con lo dispuesto en el inciso 1º del art. 5º CT. Sin embargo, por obra de la Ley N° 20.087, de 3 de enero de 2006 y la ley N°20.348 de 19 de junio de 2009, se incluyeron hipótesis de transgresión de reglas como materias del procedimiento de tutela laboral. Se debe puntualizar que este procedimiento era concebido como una verdadera acción de protección de los derechos fundamentales laborales del trabajador.

dictámenes que ya permitían ir configurando una protección a los derechos constitucionales del trabajador al interior de la empresa⁴².

Para el autor, a fin de proporcionar una visión clarificadora de cuáles son estos derechos de doble regulación, es útil acudir al mismo orden que se contiene en el artículo 19 de nuestra Carta Política, agregándose a dicho catálogo, la dignidad humana, la que es postulada en el artículo 1º de la Constitución e impregna el contenido del resto de las garantías constitucionales. Sobre este punto el Tribunal Constitucional ha señalado que “el artículo 1ª de la Carta Política es de un profundo y rico contenido doctrinario; refleja la filosofía que impregna nuestra constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”⁴³. Examinemos cuales son estos:

4.- La dignidad del trabajador.

Existe un consenso generalizado en la doctrina constitucional que la dignidad humana⁴⁴, es un derecho fundamental con reconocimiento en el artículo 1º, inciso 1º de la Carta Fundamental, al señalar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En este aspecto, la dignidad si bien no se incluyó en el catálogo de derechos constitucionales

⁴²Gamonal Contreras, Sergio: “Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos” Editorial fundación de cultura universitaria, año 2004, pág. 25 y sgtes.

⁴³ Sentencia Tribunal Constitucional 27 octubre 1983 Rol N°19.

⁴⁴ Sobre el punto, Cea Egaña, señala” Ella es el valor que, en la teoría de los derechos humanos que sigo, se reconoce como el cimiento, presupuesto y base de todos los derechos fundamentales, sin la cual no cabe hablar de lo que es un derivación de la misma, que son las libertades, las inviolabilidades y en general, los atributos públicos subjetivos conocidos como derechos humanos”. José Luis Cea Egaña. Los derechos a la intimidad y la honra en Chile” en *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, vol. 6, n°2, Talca, 2000, p. 155.

cuyo disfrute debe ser asegurado por la Constitución Política, se estima que constituye el núcleo básico del entramado de derechos esenciales⁴⁵, en otras palabras, inunda todo el sistema de protección constitucional y así fue recogido por nuestra jurisprudencia constitucional⁴⁶. Es interesante destacar que la doctrina constitucional es aún incipiente en determinar el contenido o sustancia de la dignidad humana, lo que permite postular que la jurisprudencia, tanto emanada del tribunal constitucional a través del control concentrado de constitucionalidad⁴⁷ como el de la judicatura del trabajo en general, al ejercer el control difuso de constitucionalidad⁴⁸, debe abordar esta omisión, dándole un contenido real a este núcleo

⁴⁵ En la sesión N°92.10 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano asesor del ejecutivo encabezado por la Junta Militar de la época, respecto del valor de la dignidad, Guzmán enfatiza que " los derechos que emanarán de esa dignidad son, precisamente todos los que se consagrarán en el texto constitucional, de manera que es innecesario mencionarlos en el encabezamiento del precepto" más adelante en sesiones posteriores reafirmará dicha conclusión al indicar que tanto los derechos de libertad como de igualdad arrancan de la circunstancia que los hombres nacen libres e iguales en su dignidad". A su vez, el T.C. ha resuelto que el contenido de la dignidad a la que se alude en el art. 1° de la C.P. corresponde a un "principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados". Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 28 de octubre de 2003, Rol N°389.

⁴⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, Rol N° 1340. Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 11 de enero de 2007 Rol N° 591. Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 06 de agosto de 2010, Rol N° 1710-10.-

⁴⁷ El control concentrado de constitucionalidad alude a las atribuciones de un tribunal especial encargado de establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto legal. En nuestro país, conforme a las normas contenidas en el capítulo VII, de la Carta Fundamental, corresponde al "Tribunal Constitucional".

⁴⁸ El control difuso se refiere al examen de constitucionalidad que realiza el juez de la judicatura común, al resolver las controversias que se someten a su conocimiento, caso en el cual deberá velar por la prevalencia de las normas constitucionales por sobre las reglas de rango legal. En materia laboral este control se puede realizar en todos los procedimientos del trabajo, sin que ello quede reservado a los casos que debe conocer el Juez del Trabajo en el Procedimiento de Tutela Laboral, regulado en los artículos 485 y ss. del C.T.

esencial, de lo contrario se continuará con declaraciones tautológicas del concepto, sin clarificar su contenido, lo que naturalmente no contribuye a la protección y reconocimiento de dicha dignidad.

El constitucionalista español Ruiz Gimenez⁴⁹, expresa, que la dignidad despliega una “función legitimadora del orden político, promocional de otros derechos y hermenéutica”. A su vez El Tribunal Constitucional Español⁵⁰ ha señalado que la dignidad se erige en un “mínimum invulnerable” y postula que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre. Sin embargo el TC. Español no precisa cuales serían hipótesis de “mínimum invulnerables”, y por otra parte tampoco define que es la dignidad, aun cuando se debe reconocer la dificultad de dicha tarea, por lo que necesariamente habrá de concretarse caso a caso, cuales son los atentados a dicha dignidad. A modo conclusivo, no existe inconveniente en afirmar desde el prisma constitucional que la dignidad humana constituye el núcleo de los derechos fundamentales que no admite limitación bajo ningún aspecto ni consideración, es un espacio irreducible de resguardo del ser humano y que la Constitución debe amparar, so pena de perder su función legitimadora del orden social.

En el plano laboral, este derecho fundamental que sirve de guía y soporte ineludible del resto de las garantías constitucionales, también fue recogido por el C.T. en la parte preliminar, esto es, el artículo 2, lo que denota su carácter orientador de la normativa del trabajo, pero eso sí, y al igual que lo ocurrido en sede constitucional, se ha producido una seria ambigüedad en cuanto a establecer su contenido, lo que sin

⁴⁹ Citado por Sagardoy Bengoechea, Juan, Ob. Cit., pp. 49-50.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. 120/1990, 27 de junio de 1990.

duda alguna deberá esclarecerse con el desarrollo de la jurisprudencia laboral, a propósito de los fallos dictados en los juicios de tutela laboral regulado en el párrafo VI, Capítulo II del libro V del C.T., varias veces aludido en este trabajo. De esta manera, en la disciplina laboral, la dignidad del trabajador tiene un sentido polivalente y, porque no decirlo, también difuso y a ello ha contribuido la doctrina, en cuanto le asigna un contenido según sea la materia sobre la cual discurre su opinión⁵¹. Lo que si es claro, que la dignidad es un valor fundamental y superior al cual debe sujetarse el ejercicio de los derechos y deberes que conforman la relación del trabajo, luego no se proyecta solo como defensa del trabajador sino también alcanza y beneficia al empleador, aunque destacadamente debemos precisar que es el ejercicio de las facultades que se conceden al empresario, la causa u origen de la afectación de la dignidad del trabajador dada la prevalencia del primero, con fundamento en la subordinación, el cual es un elemento configurante de la relación jurídica laboral.

En la perspectiva de este trabajo, la dignidad se replica en la legislación laboral, al igual que en la Constitución Política, esto es, sin describir o explicar cuál es su contenido. En efecto, el señalado artículo 2 del C.T., expresa que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas”. Esta fórmula se mantiene en otras reglas del C.T. Así ocurre en el caso de las normas

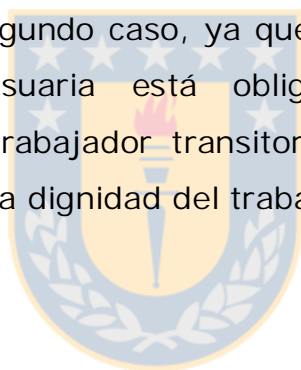
⁵¹ “El lenguaje de la dignidad referido al trabajador y a los diversos aspectos vinculados con el contrato de trabajo, aunque frecuente en el discurso jurídico laboral no está suficientemente esclarecido”. Tosto, Gabriel: “A partir del concepto de dignidad en el contrato de trabajo. Lo íntimo, lo privado y lo público”. Revista Actualidad Jurídica Laboral. Vol. 143. Año VI, 2010. En todo caso podemos encontrar algunas nociones de ella en Mangarelli, “El empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto”. Mangarelli, Cristina: “Acoso laboral, concepto y prevención”. En “Derecho Laboral”, Fundación de Cultura Universitaria. tomo L-Nº 225, 2007, p. 101.

sobre el Reglamento Interno contenidas en el artículo 153 y siguientes del C.T. Destacadamente se puede citar el precepto 154 inciso final del C.T., el cual dispone que las obligaciones y prohibiciones que deben contenerse en el mencionado Reglamento, y en general, respecto de las medidas de control que el empresario pueda implementar para el control de las actividades del establecimiento o del personal que presta sus servicios al interior, el empleador solo puede efectuar dicho control “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”. Esta última regla nuevamente alude al respeto de la dignidad sin explicar su contenido. Sin embargo, y como ya se dijo, la jurisprudencia emanada de la judicatura laboral ha ido realizando tímidos aportes acerca de la determinación de su contenido, optando por indicar como en un caso concreto se afecta la dignidad del trabajador⁵². Como se aprecia del examen jurisprudencial que se cita en apoyo a la conclusión anterior, la dignidad puede ser afectada por efecto de una variedad de conductas, entre las cuales se puede citar, el acoso laboral, el acoso sexual, el ejercicio del poder de variación que se le concede al empleador en virtud de la regla 12 del C.T, o simplemente por la afectación de cualquier otro derecho constitucional, como por ejemplo, por una conducta discriminatoria en razón de origen étnico⁵³.

⁵² Sentencia de 28 de diciembre de 2009, causa sobre tutela laboral, RIT N° T-33-2009, Segundo juzgado del Trabajo de Santiago, en la que se decide que la investigación llevada adelante por la empresa con ocasión de una pérdidas de mercaderías, incluyendo interrogatorios, lo que podía ser advertido por sus compañeros de trabajos, constituyen una abierta transgresión a la dignidad de la trabajadora, la que además fue despedida por ese hecho. En igual sentido, Sentencia de 27 de octubre de 2010, Tutela Laboral, 2° Juzgado del Trabajo Santiago, RIT N° t-220-2010 y, Sentencia de 26 de agosto de 2010, Tutela laboral, Juzgado del Trabajo de Chillán, RIT N° T-3-2010.

⁵³ En sentencia de 19 de marzo de 2011, emanada del Juzgado del Trabajo de Santiago dictada en una denuncia de la Inspección del Trabajo, causa RIT N° T-403-2010, se estableció “que en el caso de marras., la denuncia se basa en que

Las reflexiones anteriores respecto de la función primordial del respeto a la dignidad del trabajador, la cual actúa como un filtro o tamiz que excluye las conductas lesivas de este valor supremo de la relación de trabajo, pueden extenderse sin obstáculo alguno al trabajo en régimen de subcontratación introducido por la ley 20.123 del año 2006, agregándose un título VII al libro I del C.T., y desarrollándose esta institución en los artículos 183 y siguientes del mismo cuerpo legal⁵⁴. La conclusión anterior se puede justificar en que tanto el artículo 183-E, en el caso del trabajador subcontratado, y el precepto 183-Y, ubicado en el régimen del trabajador transitorio, señalan que el trabajador subcontratado goza de los mismos derechos que puede ejercer ante su empleador, respecto de la empresa mandante, y en el segundo caso, ya que la norma dispone expresamente que la empresa usuaria está obligada a respetar los derechos constitucionales del trabajador transitorio, y como se explicó en dichos derechos esta insita, la dignidad del trabajador.



la señorita Lepileo habría acusado recibir por parte del señor Haase un trato despectivo hacia su persona, haciéndose referencias en tono insultante por su origen étnico. Que en reuniones con el personal realizó comentarios como “esta mapuche” o “esta indígena”. Para luego concluir el tribunal, “Que, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, razón por la cual se acogerá la denuncia”.

⁵⁴ D.O. de 16 de octubre de 2006. En este cuerpo legal se amplían los efectos de la legislación laboral, a terceros que no son parte del contrato de trabajo, esto es, la empresa mandante en el caso de la subcontratación y la empresa usuaria, en el caso de los trabajos transitorios. Lo anterior a fin de suplir insuficiencias del concepto de empleador del C.T.

5.- El derecho a la vida e integridad física y psíquica⁵⁵.

Para Evans De la Cuadra, este derecho significa que todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar la vida y de exigir que el ordenamiento jurídico la proteja contra atentados de la autoridad y particulares.⁵⁶ La protección de la vida humana en el caso de la relación laboral, tanto en su aspecto físico como psíquico, es uno de los principales objetivos de toda una zona legal y reglamentaria laboral, particularmente en la regulación de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales. En este sentido el Tribunal Constitucional ha expresado " que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales "⁵⁷ Para el Derecho del Trabajo, la vida y salud del trabajador tiene grandes posibilidades de quebrantarse durante la ejecución de las labores que implica la prestación de los servicios.

El carácter esencial de este derecho conlleva su proyección al ámbito de las relaciones laborales, entendiendo que el estado e incluso los particulares, están obligados a respetarlos en cuanto persona-ciudadano, el empleador tiene la misma obligación en cuanto persona-trabajador, ya que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en

⁵⁵Para MOLINA el Derecho a la vida es la prerrogativa para conservar la propia existencia; la Integridad psíquica es aquella integridad psicológica o espiritual de la persona y la Integridad física es un modo de ser físico de la persona, perceptible mediante los sentidos". Molina, Hernán, Ob. Cit., pp. 204-205; LINARES al respecto señala que "mientras que el bien de la vida consiste pura y simplemente en la existencia, la integridad física, que presupone la vida, agrega la incolumidad física, cuya jerarquía indudablemente es superior a su presupuesto" Citado por Molina, ibídem.

⁵⁶ Evans De la Cuadra, Enrique: "Los derechos constitucionales". Editorial Jurídica de Chile.2ª Edición, Santiago, 1999, pág.113.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 18 de abril de 2008, Rol N° 740.

modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano⁵⁸.

El escenario anterior coloca en un riesgo permanente el derecho constitucional que nos ocupa en relación al trabajador y ello explica la obligación del contrato, conocido como "obligación de seguridad" desarrollada en el artículo 184 y siguientes del Código Laboral⁵⁹, la cual impone al empleador la adopción de todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y salud del trabajador mientras presta sus servicios. El lenguaje utilizado por el legislador, esto es, la vida y salud del trabajador, sugiere inmediatamente la garantía constitucional, por cuanto la salud del trabajador es comprensiva de la intangibilidad de su cuerpo como la salud mental. De esta manera, el derecho constitucional contemplado en el N° 1 del artículo 19 de la C.P., puede ser tutelado no solo por las acciones típicas del contrato de trabajo y en sede del procedimiento de aplicación general, sino también como una hipótesis lesiva que autoriza la vía del Procedimiento de Tutela Laboral, en cuanto la vida y salud física como mental sea afectada por la ejecución de la labor, es decir exista una relación de causalidad entre la prestación de los servicios por parte del trabajador y la consecuencia lesiva de su integridad física como psíquica. Como se puede advertir, en un caso concreto la elección de la tutela procesal es de gran importancia, por cuanto si se trata de un caso que se plantee en sede ordinaria laboral, se

⁵⁸ Martínez Estrada, Eduardo: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución política de 1980". En Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida". Santiago. Año 2004 N° 3, p. 193.

⁵⁹ La obligación de seguridad constituye una de las fundamentales del contrato de trabajo, por medio de la cual se impone al empleador adoptar eficazmente todas las medidas que permitan evitar que la vida y salud del trabajador puedan ser afectadas durante la prestación de los servicios.

bien se puede invocar y obtener la aplicación directa de la constitución por el juez del trabajo, al utilizar el juicio de tutela se beneficia con el alivio probatorio que facilita acreditar la lesión de derecho constitucional que invoca el trabajador⁶⁰. Además en este último caso, y por una orientación que cada vez se hace más perceptible en la judicatura laboral, los sentenciadores tienden a ocupar la ponderación como método obligatorio para decidir la colisión de derechos constitucionales entre trabajador y empresario⁶¹; y en este caso, se materializaría esa colisión en que el trabajador estima afectada su vida y, salud física y psíquica, lo que es retrucado por el empleador en cuanto propondrá como estrategia defensiva, que simplemente ejercía su derecho constitucional de propiedad, lo que se manifiesta en el reconocimiento del poder de dirección que le otorga la subordinación, según lo autoriza el artículo 7 del C.T. y 306 del mismo Código Laboral según se explicó con anterioridad en este trabajo. Más adelante se profundizará sobre este punto.

Las reflexiones antes expuestas permiten concluir la conexión entre el derecho constitucional a la vida e integridad física y psíquica, y la obligación de seguridad, que es una de las fundamentales del contrato,

⁶⁰ "El alivio probatorio que debemos descartar como inversión del peso de la prueba, en cuanto el C.T. señala que si la víctima o el que ejerce la acción, aporta antecedentes de los cuales resultan indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos constitucionales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (artículo 493 C.T.). Naturalmente esos indicios corresponden a elementos probatorios que el trabajador o denunciante deben acompañar a su demanda de tutela, a fin de resguardar el principio de bilateralidad de la audiencia". Mella, Patricio-Domínguez, Alvaro: "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial" en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, Valparaíso, 2012, semestre II, pág. 192.

⁶¹ Sentencia de 17 de agosto de 2011, Tutela Laboral, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-32-2011; Sentencia de 1º de febrero 2010, Tutela laboral, 1º Juzgado del Trabajo Santiago, RIT N° T-71-2009.

configurándose el derecho a realizar la prestación de servicios en forma segura, la cual puede ser exigida por el trabajador, y en caso de incumplimiento, no solo pedir que se adopten las medidas tendientes a resguardar la salud e integridad física y psíquica, sino también a ser reparado, incluyendo el daño moral⁶², y además, a poner término al contrato fundado en la causal del artículo 160 N° 7 del C.T., esto es, incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo, según lo han resuelto nuestros tribunales⁶³.

6.- La igualdad ante la ley.

Plasmada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental. La noción de igualdad recogida por la Constitución, postula que todos los ciudadanos deben ser tratados en la misma forma si se encuentran en condiciones similares, repugnándose toda discriminación. Sobre la noción de igualdad ALVEZ ,⁶⁴ señala que " la igualdad junto con la libertad, es presentada en la doctrina política occidental actual como el sustento de un sistema democrático constitucional... La igualdad se entiende hoy en día como un

⁶² La posibilidad de solicitar la indemnización del daño moral es posible fundarla en la redacción del artículo 495 N° 3, del C.T. que señala los requisitos que debe cumplir la sentencia de tutela, incluyendo las expresiones " la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales" y " las indemnizaciones que procedan", lo cual, en opinión del autor, autoriza la indemnización de dicho daño.

⁶³ Se ha resuelto que "el mantener al trabajador en un ambiente saturado de polvo y otros elementos tóxicos que, en definitiva, le produjeron graves y perniciosas consecuencias para su salud, desde que le fue diagnosticada silicosis...por consiguiente no cabe duda que en las condiciones planteadas, la conducta del empleador, incumpliendo la exigencia impuesta por el art. 184 del C de T., configurándose la causal en estudio." Sentencia Corte Suprema. 29 de enero de 2007, Rol N° 5131-2007.

⁶⁴ Alvez Marín, Amaya: "El postnatal parental creado por la ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad". Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p. 218 y sgtes.

parámetro mínimo de vida social, para lo cual, a partir de un principio prima facie de igualdad (según la teoría de Robert Alexi), cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos, decisiones que serán adoptadas por los representantes políticos". De acuerdo a la postura de la autora anterior, en nuestro país existe un debate pendiente respecto al tratamiento doctrinal y jurisprudencial en relación al contenido de este derecho fundamental. En esta línea, Gauché Marchetti, refiere, "Como lo señalan la gran mayoría de los teóricos preocupados de la igualdad, entre ellos Bobbio, a diferencia de otros valores, la igualdad es un concepto vacío y de tipo relacional, que sólo tiene contenido cuando lo ponemos en contacto con otro... El carácter relacional de la idea de igualdad, esto es, su postulación como relación entre persona, cosas o hechos, excluye que tal noción pueda referirse a propiedad alguna atribuible a personas, cosas o hechos, según ocurre en otros conceptos importantes en filosofía práctica como los de libertad o seguridad".⁶⁵ De este modo el ideal igualitario se proyecta al derecho del trabajo, imponiendo la obligación que el estatuto laboral no reconozca diferencias de trato injustificadas a las partes de la relación laboral. Para lograr este objetivo –aun cuando el propio legislador sanciona jurídicamente una prevalencia a favor del empleador en virtud de la subordinación- el legislador laboral ha diseñado un grupo de derechos mínimos, o mínimos inderogables que permiten suplir la insuficiencia de la posición del trabajador. Estos mínimos inderogables o también signados con la expresión "derechos irrenunciables"⁶⁶, se refieren a derechos que la

⁶⁵ Gauché Marchetti, Ximena, Ob. Cit., pág.132-133.

⁶⁶ Los derechos irrenunciables constituyen un elenco reconocido por la ley laboral, de orden público, acudiendo al método de fijar un estándar mínimo inderogable, debiendo mencionarse entre estos derechos, la remuneración mínima, la jornada de trabajo y el feriado anual, entre otros. Sobre este punto, se puede sostener que estos derechos se relacionan con "la identificación del umbral mínimo por debajo del cual ni la ley ni la contratación colectiva pueden comprimir

ley laboral concede en toda la etapa del iter contractual al trabajador. Así, en la formación del contrato, durante la ejecución de obligaciones del mismo y finalmente, en la etapa de terminación del vínculo contractual⁶⁷. El mecanismo de un estándar mínimo, no ha tenido el vigor necesario para lograr un trato igual a los contratantes, prevaleciendo sin contrapeso la posición dominante del empresario, sin que se haya podido lograr la proclamada igualdad de trato que garantiza la Carta Fundamental. Lo anterior explica las variadas modificaciones que ha sufrido el C.T., a partir de la citada ley 19.759 de 2001 en relación a la igualdad ante la ley y que más adelante se analizarán.

La igualdad ante la ley, se complementa con la prohibición de discriminación laboral contenida en la cláusula constitucional laboral del artículo 19 N° 16 de la C.P. al disponer que se prohíbe toda discriminación que no tenga por fundamento la capacidad e idoneidad de las personas, agregando que se puede imponer un trato diferente en los casos de nacionalidad y edad para determinados casos⁶⁸.

legítimamente la protección de situaciones jurídicas de ventajas perteneciente a la dimensión individual". Romagnoli, Umberto: "la desregulación y la fuentes del derecho". Cuadernos de Relaciones Laborales. N°1. Editorial Complutense. Madrid, 1992, p. 31.

⁶⁷ Estos mínimos inderogables se justifican durante toda la existencia del contrato de trabajo, ya que desde la formación del mismo se evidencia la prevalencia del empleador, como por ejemplo la obligación de escriturar el contrato de trabajo que pesa sobre éste, dentro de un plazo breve (en nuestro país, por obra del artículo 9 del C.T. debe efectuarse dentro de 15 días, salvo la hipótesis de excepción, que alcanza a 5 días) por lo que no se podría pactar que la escrituración se puede realizar en un plazo mayor al señalado.

⁶⁸ Gamonal señala, que la "la discriminación y su impacto en la relación de trabajo es uno de los temas más debatidos en el derecho laboral contemporáneo...complementariamente, opinamos que la discriminación laboral es un concepto que no puede estudiarse independientemente de la libertad de trabajo. Para estos efectos, postulamos que toda vulneración del principio de no discriminación en materia laboral, transgrede, como acto reflejo la libertad de trabajo". Gamonal Contreras, Sergio: "Los derechos del trabajador en la

En relación a la prohibición de discriminación del artículo 19 N° 16, el artículo 20 de la C.P. no la hace elegible para protegerla por la vía del recurso de protección, al contrario de la igualdad ante la ley, lo que ha producido una corriente jurisprudencial en cuanto a impedir que esta discriminación se produzca efectivamente en la relación laboral, ligándola a un caso de trato desigual y por tanto vulneratoria de la garantía de igualdad ante la ley. En todo caso, esta vía de protección, como ya se dijo, no ha logrado la tutela judicial efectiva de este derecho, cuestión que ha pasado a constituir una de las preocupaciones más relevantes de las reformas procesales implementadas en Chile⁶⁹.

Este diseño constitucional, notoriamente insuficiente en la práctica, explica el surgimiento en la doctrina laboral, acerca de implementar un procedimiento que asegure la tutela judicial efectiva, y que después de algunos años de peregrinar en el Congreso Nacional, se introduce el llamado procedimiento de tutela de los derechos constitucionales que se reglamenta en el artículo 485 del C.T.

En síntesis, el imperativo constitucional obliga al legislador a regular la relación laboral, de modo tal, que se cumpla el objetivo igualitario en relación al trabajador y empleador, y ello origina una cierta oscuridad en cuanto a su contenido dado el poder o prevalencia del

Constitución Chilena". Anuario de Derecho del trabajo y Seguridad Social. N° 3. Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa. Sociedad Chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004, p. 61.

⁶⁹ "En todo caso debe enfatizarse que este medio no tuvo la eficacia esperada para obtener el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales laborales, principalmente por su construcción, ya que este recurso no se hacía cargo de la especial situación de conflicto que se suscita al interior de la empresa y que enfrenta a titulares de derechos constitucionales". Mella Cabrera, Patricio-Domínguez, Alvaro. Ob. Cit., p.188 y sgtes.

empresario, reconocido por la ley a través del requisito de la subordinación como elemento configurante de la relación laboral. En todo caso, no cabe duda que el C.T. consagra un importante mecanismo de control al señalar en el citado artículo 5 del C.T. que las facultades que la ley confiere al empleador tienen como límite el respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

Hechas las precisiones anteriores es necesario revisar la forma como este derecho constitucional se replica en la legislación laboral, destacándose el contenido del artículo 2 del C.T. el cual ubicado en el título preliminar del Código, propone su carácter general y orientador respecto del resto de las materias de dicho cuerpo legal⁷⁰. Así, el legislador laboral señala que no son admisibles las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en una serie de criterios discriminatorios que el precepto 2 del C.T describe, los cuales según la doctrina no son taxativos, permaneciendo abierto a la existencia de otros motivos de discriminación que la realidad se encarga de proponernos⁷¹.

En cuanto a los distintos criterios discriminatorios, como raza, sexo, sindicación, religión, opinión política entre otras, es necesario que esas

⁷⁰ El artículo 2 del C.T, posee un potente contenido constitucional, en cuanto incluye normas sobre la dignidad del trabajador, la libertad de trabajo y contratación y la prohibición de discriminación, consagrando la función social del trabajo e impone al Estado la obligación de amparar al trabajador en su derecho a realizar cualquier labor lícita.

⁷¹ Los criterios de discriminación señalados por el C.T. corresponden a exclusiones distinciones y preferencias basadas en motivos de: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. A lo anterior se debe agregar el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, según se indica en el art. 62 bis), del C.T. Esta nómina se estima abierta a otros criterios que pueden surgir en las relaciones de trabajo, según lo sostiene la doctrina. Lizama Portal, Luis: "derecho del Trabajo". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p.71.

distinciones tengan un resultado lesivo, y esto es, que anulen o alteren la igualdad de oportunidades de trato en el empleo y la ocupación. Así se busca inhibir conductas, que por ejemplo, impliquen una contratación que privilegie a un trabajador en desmedro de otros, al otorgar remuneraciones más altas, cursos de capacitación o condiciones ambientales, etc. Sin duda alguna la comparación de las condiciones en que se encuentre el trabajador afectado con el resto del personal de la empresa arroja los datos necesarios para decidir si en ese caso existe o no trato discriminatorio. Destacadamente se mencionan dos conductas discriminatorias que afectan varios derechos constitucionales del trabajador, es el caso del "acoso sexual" y "acoso laboral", los que se encuentran definidos en el inciso segundo del mismo artículo 2, tantas veces mencionado⁷².

Estas figuras ilícitas laborales se estiman que afectan variados bienes jurídicos constitucionales, como por ejemplo, la vida y salud del trabajador, la prohibición de discriminación, la honra y respecto a la vida privada e intimidad e incluso otros derechos si la conducta lesiva afecta también la libertad de expresión, religiosa o incluso la libertad de trabajo⁷³.

⁷² Se entiende por "acoso sexual" el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quién los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. A su vez, el "acoso laboral" corresponde a toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de uno u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Las definiciones anteriores se encuentran en el precepto 2 del C.T. y fueron introducidas al texto por las leyes N° 20.005 del año 2005 de 18 de marzo de 2005, y la ley N° 20.607 del 31 de julio de 2012.

⁷³ Gamonal, Sergio- Ugarte, José: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en "Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social".

Es interesante destacar que el precepto 2, contiene una gran riqueza conceptual en cuanto no solo protege la discriminación que pueda originarse durante la vigencia de contrato de trabajo, sino también se extiende a la etapa precontractual, en cuanto expresa que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, que señalen como requisitos algunos de los criterios discriminatorios que enuncia la norma. Como se advierte, esta regla introducida en la codificación laboral sanciona la conducta discriminatoria ex-contrato, generando un conflicto interpretativo interesante, esto es, si el juez del trabajo tiene competencia para conocer de estas contiendas producidas en los procedimientos empresariales de selección de personal, ya que la competencia en razón de materia está diseñada sobre la base de la existencia de un contrato, como lo indica el artículo 420 del C.T. Sin embargo, este autor estima posible que estos casos sean conocidos por la judicatura laboral, en cuanto carecería de todo sentido incluir una regla para no tener efecto alguno y, por otra parte, el aludido precepto de competencia absoluta laboral, otorga, en la letra g), competencia del juez del trabajo para “conocer de todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral”⁷⁴. La frase anterior no exige una frase sacramental para atribuir competencia y ello podría ejemplificarse con el caso de las normas de subcontratación

Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012, p. 4 y sgtes.

⁷⁴ Si bien las reglas de competencia absoluta tienen el carácter de orden público, y por ende la infracción a sus reglas produce la nulidad procesal, la que puede declararse de oficio o a petición de parte. Quezada Meléndez, José: “La competencia”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1985, p. 8. La ley procesal no utiliza palabras sacramentales para atribuirle a una clase de tribunal, por lo que en opinión de este autor no existe inconveniente en calificar una materia como de aquéllas entregadas a la competencia del juez del trabajo.

contenidas en los artículos 183-A al 183-E del C.T.⁷⁵ en los cuales ninguno alude expresamente a la competencia del juez del trabajo para conocer de estas cuestiones, a pesar que la empresa principal, alcanzada por sus disposiciones no es parte de la relación laboral⁷⁶.

La prohibición de discriminación laboral, al igual que lo dicho respecto del derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona forma parte del contenido obligatorio del contrato de trabajo, estudiándose actualmente como la obligación de prohibición de discriminación que pesa sobre el empleador⁷⁷ con las consecuencias ya expresadas, esto es, que incluso puede servir de fundamento para el auto despedido del trabajador si el empresario la incumple. Esta

⁷⁵ En el caso de la subcontratación no existe una regla que utilice la expresión competencia para conocer de dichas materia por el juez del trabajo, sin embargo, la doctrina no duda en que la aludida judicatura debe conocer de esos casos. Díez, José Luis: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXXI, 2º semestre, año 2008, p. 176.

⁷⁶ "Pero lo cierto es que el empresario principal no es empleador de los trabajadores del contratista; tampoco el contratista lo es de los trabajadores del subcontratista. El propio legislador laboral parece comprenderlo así, puesto que no estableció ningún tipo de ficción en el sentido de considerar a la empresa principal coempleadora". Palavecino Cáceres, Claudio: "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, volumen 1, N° 1, Santiago, año 2010. p. 21.

⁷⁷ Este autor señala que " En el caso de ocurrencia de una conducta discriminatoria por parte del empleador ya sea a propósito de un ascenso o mejores condiciones laborales, el trabajador podría invocar la violación de una obligación contractual toda vez que el artículo 2 del Código laboral, señala literalmente que el contenido antidiscriminatorio forma parte del contrato de trabajo". Mella Cabrera, Patricio: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 215-216, año LXXII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004, p.203 y 204.

contractualización de un derecho constitucional⁷⁸ deja de manifiesto la necesidad del presente trabajo, por cuanto el juez laboral en su caso concreto tendrá que hacerse cargo de la doble regulación de la prohibición de discriminación, esto es, constitucional y legal, con normas que deberán operacionalizarse en la respectiva sentencia.

La prohibición de discriminación laboral ha tenido un notable desarrollo en la legislación laboral, lo que se evidencia con varias leyes que se han incorporado al C.T. y que prescriben conductas determinadas que se estiman discriminatorias. En esta línea argumental se pueden citar aquellas posteriores a las reformas del C.T. introducidas por la ley 19.759 de 2001, ya que como se dijo, es a través de este cuerpo legal y particularmente con la incorporación del inciso primero del artículo 5 del C.T., en que se impulsa el reconocimiento y disfrute efectivo de los derechos constitucionales al interior de la empresa⁷⁹.

En el sentido anterior y siguiendo un orden cronológico, se han producido diversas modificaciones que justifican afirmar que la prohibición de discriminación en el derecho del trabajo ha sido objeto de una intensa y fructífera acción legislativa.

⁷⁸ Una cuestión muy actual del contenido obligatorio del contrato de trabajo, es determinar la relación entre los derechos constitucionales laborales, sean específicos e inespecíficos, y el vínculo laboral. Ello, dado que algunos derechos fundamentales claramente se han contractualizados, como ocurre con la dignidad y el derecho a la vida e integridad física y psíquica, que en el contrato forma parte de la obligación de seguridad.

⁷⁹ "En años más recientes, la doctrina laboral en diversas regiones ha recurrido a los conceptos de "derechos fundamentales inespecíficos" y de "ciudadanía en la empresa" de modo de reafirmar los derechos de la persona del trabajador en la relación laboral." Mangarelli, Cristina: "Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo". Memorias VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Legis S.A., Colombia, 2010, p. 90.

Así, la ley 19.812 del año 2002 agregó un inciso al artículo 2 del C.T. disponiendo la prohibición de condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero o comercial, salvo dos excepciones los gerentes y administradores, y aquellos que su función sea custodiar o recaudar valores, en cuyo caso se puede exigir información de ausencia de registros de morosidades que estén disponibles en las bases de datos existentes en el país, como por ejemplo del conocido DICOM. Más adelante se agrega al mismo artículo la definición del acoso sexual, conducta que se considera discriminatoria en razón de sexo, ello en virtud de la Ley 20.005, del año 2005. Luego, por la ley 20.189 del año 2007, se sustituyó el artículo 13 del C.T. que da inicio a un título que regula el estatuto protectorio del trabajo de menores imponiendo al empleador que los contrate, una serie de requisitos, entre los cuales se debe citar, las autorizaciones de sus padres, representantes o curadores, que las labores no perjudiquen su salud, que no pueden trabajar más de 8 horas diarias, que el trabajo no puede entorpecer o dificultar que cursan sus estudios básicos y medios y, la obligación de registrar el contenido de trabajo de menores en la respectiva Inspección del Trabajo. Más recientemente, la ley N° 20.348 del año 2009, agrega el artículo 62 bis al C.T., señalando que tanto mujeres como varones deben recibir igual remuneración en la medida que presten un mismo trabajo, señalando una serie de criterios que pueden justificar una diferencia y que claramente debe estar justificado. Finalmente la ley 20.607 de 2012, incorporó al artículo 2 del C.T., la institución del acoso laboral, prescribiendo las conductas hostigatorias en contra del trabajador, si ellas producen un menoscabo al afectado, y perjudicándolo en su situación de empleo y ocupación.

La relación de los textos anteriores permiten concluir la importancia de combatir las prácticas discriminatorias y ello ha provocado una interesante jurisprudencia,⁸⁰ precisando que no se mencionan las reglas de protección a la maternidad, las cuales también han sufrido modificación o reformas tendientes a impedir un trato discriminatorio a la mujer que trabaja y que esté embarazada o con un hijo recién nacido,⁸¹ ello por estimarse materias más propiamente de la seguridad social.

⁸⁰En sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 19 de marzo de 2011, RIT N° T-403-2010, se acogió una demanda de tutela fundada en un caso de discriminación por etnia, dada la ascendencia mapuche de la trabajadora. Otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 27 de julio de 2009, Rol N° 163-2009, negó la existencia de un caso de discriminación por edad en el despido de una profesora de idiomas, anulando una sentencia del Juzgado del Trabajo de Valparaíso que había acogido la demanda y dado por establecida la discriminación alegada.

⁸¹La normativa sobre protección de la maternidad de la trabajadora, que excepcionalmente puede beneficiar al hombre, constituye un capítulo que abarca no sólo al derecho del trabajo sino también a la seguridad social, y por ende excede el ámbito de este trabajo, sin perjuicio de estar vinculada estrechamente al derecho fundamental de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación laboral.

7.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia⁸².

La relación de trabajo expone naturalmente al trabajador a una serie de situaciones que pueden traer como consecuencias la afectación de este derecho, y ello se produce desde el proceso de selección del trabajador hasta la conclusión del contrato. En efecto, indagar la situación profesional y personal de quien presta sus servicios puede ser una conducta inocua o totalmente justificada por la naturaleza de la función que se debe desarrollar, pero en ocasiones puede implicar una afectación a la intimidad y honra del trabajador. Un ejemplo puede clarificar lo dicho. Así, solicitar certificaciones respecto de la existencia de enfermedades, o respecto la existencia de procesos criminales, puede estar justificado por tratarse de una prestación de servicios relacionados con la custodia y labores de vigilancia respecto de bienes valiosos, pero si dichos antecedentes no tienen influencia alguna en la prestación laboral, la solicitud de ellos no se encuentra justificada, ya que pueden afectar la esfera íntima y la honra del trabajador.

⁸²Cea Egaña, señala que “la doctrina española, especialmente José María Desantes, ha trazado una diferencia entre lo que es cortical o periférico, cual es el derecho a la vida privada, porque está más próxima a la vida pública; y lo que es real y genuinamente íntimo o secreto, que son los datos sensibles, entre los cuales se encuentra la gama completa de hechos y datos de la intimidad. Estos no pueden ser nunca, en circunstancia, por causa o finalidad alguna, colocados en la situación de ser difundidos sobre la base de invocar un interés social, público o supraindividual”. Continúa este autor, “Conviene añadir que la jurisprudencia chilena no ha desarrollado la definición de la intimidad. En punto al honor y la honra, la jurisprudencia se funda en los anales fidedignos de la Constitución, cuyos debates demuestran que se siguió la definición penal clásica. Por ende, se concibe el honor como género y a la intimidad con la cualidad de especie. Concluye así nuestra judicatura aseverando que la honra es el crédito o prestigio que cada persona tiene en el concierto social o ante terceros y que, en cambio, el honor, es la autoestima o el aprecio subjetivo que la persona posee de sí”. Cea Egaña, José: “Los derechos a la intimidad y la honra en Chile”. Ob. Cit., p. 153 y sgtes.

En relación a este derecho fundamental el C.T., al reformarse el artículo 5 y postularse la llamada ciudadanía laboral⁸³ se menciona a vía ejemplar que las facultades del empresario tienen como límite especialmente el derecho a la intimidad, la vida privada o la honra de estos, destacándose la importancia y recurrencia de conductas que pudieren menoscabar esta garantía. Como se aprecia el texto alude a la intimidad, aun cuando esta, desde el punto de vista constitucional está comprendida en la protección de la vida privada⁸⁴.

Por otra parte las modificaciones impuestas al Reglamento Interno por la Ley 19.759 de 2001, el cual se regula en el artículo 153 y siguientes del C.T., dan cuenta de las exigencias que se imponen al empleador respecto de las medidas de control que puede implementar para controlar y vigilar la correcta prestación de los servicios al interior de la empresa, medidas que deberán ser idóneas y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, siempre y cuando garanticen la impersonalidad de la medida a fin de respetar la dignidad del trabajador como lo refiere el artículo 154 N° 12 del C.T. Sobre este punto existen abundantes

⁸³ “En el ordenamiento jurídico nacional y como ya se sostuviera en un dictamen anterior, es posible afirmar que existe, un claro reconocimiento de la idea de “ciudadanía en la empresa”, al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales – inespecíficos o de la personalidad-, que, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador” Dictamen Dirección del Trabajo. 5 de junio 2009. N°2.210/035.

⁸⁴ En las actas oficiales de la Comisión Ortúzar, al discutirse el contenido de la garantía en examen, se dejó constancia que la expresión “intimidad” expresa en forma más adecuada y completa la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa. La intimidad es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 19 n° 4. El derecho a la privacidad. Biblioteca del Congreso Nacional./http/www.bcn.cl.

pronunciamientos judiciales⁸⁵ y dictámenes de la Dirección del Trabajo⁸⁶ que han ido configurando un marco jurídicamente aceptable dentro del cual deben desplegarse estos medios de control, sean que ellos se realicen mediante inspecciones físicas, por medios tecnológicos, destacándose entre estos últimos, los efectuados a través de cámaras de vigilancia⁸⁷.

En el mismo sentido, y resguardando el derecho a la privacidad, el artículo 154 bis, también obra de la citada Ley N° 19.759, dispone que el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral⁸⁸. Esta regla ha permitido desarrollar en el campo obligacional del contrato de trabajo, la llamada obligación de confidencialidad, la cual comienza a abrirse paso en la teoría general del contrato de trabajo, y por ende puede originar, en caso de incumplimiento, la reacción del trabajador que se interese en obtener la expiración del vínculo laboral por la

⁸⁵ En sentencia de Corte Suprema, de 25 de agosto de 2005, Rol N° 4052.2005, se resolvió que la multa impuesta por la Dirección del Trabajo a un empleador, que recurrió de protección, no era ilegal ni arbitraria, ya que la instalación de cámaras de video en el lugar de trabajo, dotadas además de un sistema de audio, constituía un método de control de sus trabajadores que afectaban la honra e intimidad, y por ende constituye un control ilícito de su personal.

⁸⁶ En Dictamen N° 8273/337 de 19/ diciembre/ 1995, se sostuvo que " Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad, deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. En igual sentido Dictamen N° 260/19 de 24/ enero/ 2002, al expresar que en el reglamento Interno, los empleadores y trabajadores pueden regular o limitar el empleo de correos electrónicos al interior de la empresa.

⁸⁷ En relación al empleo de cámaras de vigilancia por parte del empleador, el Dictamen N° 2875/72 de 22 de julio de 2003, señala que a través del principio de proporcionalidad se debe resolver la licitud o ilicitud de su emplazamiento como método de control de las actividades al interior de la empresa.

⁸⁸ El empleador se encuentra obligado a no divulgar información sensible del trabajador o datos personales que pudieren afectar derechos fundamentales del operario, como ocurriría, con enfermedades, antecedentes penales o informes de morosidades, etc.

infracción patronal, incluso, ejerciendo el derecho al autodespido como ya se hizo mención con anterioridad en este trabajo. De la anterior reflexión, se puede sostener que este derecho fundamental también comienza un proceso de contractualización, como aquellos anteriormente analizados, justificando aún más, la necesidad de clarificar los efectos de esta evolución en el derecho nacional. Así, el entendimiento de estos derechos debe abordarse en su doble regulación, constitucional y legal, ya que esa es la forma como el juez del trabajo en definitiva, deberá aplicarlas y específicamente en el caso de los juicios de tutela laboral, como ya se dijo.

8.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada⁸⁹.

Este derecho fue recogido solo parcialmente en el Procedimiento de Tutela Laboral según se lee en el artículo 485 del C.T., al disponer que este procedimiento se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales del trabajador entendiéndose entre otros, el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, “en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada”. En todo caso no es descartable la hipótesis de vulneración del hogar del trabajador por parte

⁸⁹ “Como se advierte el secreto en la correspondencia al igual que la inviolabilidad del domicilio, son manifestaciones de la Privacy que sólo pueden ser levantadas mediante resolución judicial. La garantía del secreto de la correspondencia comprende la de todo procedimiento de intercomunicación privada porque se protege la reserva o el carácter privado de las comunicaciones. Lizama Portal, Luis: “Derecho a la intimidad de los trabajadores y Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)”. En “Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida”, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. N° 3, Santiago de Chile, 2004, p. 208. A su vez el Tribunal Constitucional Chileno, ha resuelto que “Tanto dignidad como privacidad merecen una protección categórica, tanto por la ley como por los actos de autoridad, no pudiendo el legislador alterar el núcleo irreductible de tales derechos”. Sentencia de 25 de enero de 2005, Rol N° 433.

del empresario, pero ello naturalmente no presenta mayor interés en zona laboral, dada la existencia de otras formas de tutela de dicho derecho, como por ejemplo mediante el ejercicio de las acciones penales.

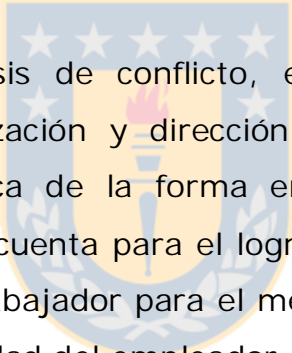
La inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, sean escritas o a través de medios tecnológicos ha generado también una cada vez más frondosa reacción jurisprudencial, tanto judicial como administrativa⁹⁰. Particular importancia tiene en sede laboral que la primera sentencia que se dictó en el Procedimiento de Tutela Laboral, se refiere al caso denominado "Cronos"⁹¹, el cual tuvo por objeto determinar en el caso concreto si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales -leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente- o si esta vulneración al trabajador -inviolabilidad de toda comunicación privada- no es aceptable amparado en sus derechos fundamentales, esto es, en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona del trabajador, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y fuerte frente al ataque de terceros (considerando octavo del fallo).

Especial interés para el tema en estudio tiene esta sentencia, dado que el juez del trabajo al resolver que el despido de la trabajadora fue consecuencia directa de la vulneración de la garantía de la inviolabilidad de

⁹⁰ A vía ejemplar se puede citar la sentencia que se describe en la cita que sigue a continuación. En sede administrativa, Dictamen N° 3441/072, de 20 de agosto de 2008, en que se resuelve la ilegalidad de la implementación de un sistema de control de la actividad de los trabajadores a través de un programa computacional denominado "WIN VNC".

⁹¹ El caso "Cronos" alude a la sentencia de tutela laboral del Juzgado del Trabajo de Copiapó, RIT N° T-1-2008, en la que se resolvió que el empleador vulneró la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas de una trabajadora efectuada por el sistema "Messenger".

toda forma de comunicación privada que asiste a la demandante, fundó su decisión en el método de ponderación, dado que el juez respectivo señala en su fallo, que ante la colisión de derechos que se le plantea no existe norma que resuelva el conflicto, y por ende no es posible subsumir los hechos en una norma de rango legal, descartando que el artículo 5 del C.T. o el precepto 154 del mismo cuerpo legal contengan una preceptiva que permita resolver la contienda. En relación a este emblemático fallo, un autor le prodiga una seria crítica al señalar que la fórmula empleada por el juez laboral se basa en argumentos que carecen de absoluta relevancia para el caso, bastando para resolver la cuestión debatida, la aplicación simple y sencilla del precepto constitucional⁹².



En esta hipótesis de conflicto, es el empleador, al ejercer sus facultades de organización y dirección respecto de la empresa, quien puede disponer acerca de la forma en que deben usarse los medios tecnológicos con que cuenta para el logro de sus objetivos económicos y que se entregan al trabajador para el mejor desempeño de la labor. Estos medios son de propiedad del empleador, y en principio este puede regular, limitar o restringir el empleo de estos medios electrónicos (como ocurre con las cuentas electrónicas de la empresa) o el uso material de ellos (computadores, teléfonos, muebles o cajas cerradas u otros) pero este poder no puede tener un carácter absoluto y su límite está constituido en este caso por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador.

⁹²Ferrada Bórquez, Juan: "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Buenas intenciones malos instrumentos (Juzgado de Letra del trabajo de Copiapó)" en Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Diciembre de 2008, p. 251 y sgtes.

En el escenario anterior se hace necesario establecer ciertos límites que sean conocidos y posibles de implementar a fin de conciliar los intereses tanto del empleador como del trabajador. Lo anterior, dado que la regulación del C.T., en la práctica repite la regla constitucional sin agregar alguna condición para su aplicación, bien puede ello ser suplido por una fuente particularísima del derecho del trabajo, esto es el Reglamento Interno, normado en el C.T. ya que el comentado N° 12 del artículo 154 del C.T. que alude a su contenido, señala que este texto reglamentario puede establecer los medios de control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, los cuales deben ser idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y en ningún caso afectar la dignidad del operario. Esta vía ha sido recogida por la jurisprudencia administrativa⁹³. Estas cuestiones son de especial interés en las actividades académicas, donde la entrega de equipos, tecnológicos y la existencia de cuentas electrónicas son un medio usual en que el trabajador desempeña sus funciones, lo que puede originar conflictos sobre el control que la autoridad quiera imponer. Para una adecuada respuesta a este problema, los criterios antes expuestos pueden resultar muy útiles.

En relación a la solución planteada por la Dirección del Trabajo, respecto de que el control de las comunicaciones privadas puede ser objeto de regulación en el Reglamento Interno, es útil destacar que dicho instrumento solo es obligatorio para las empresas o establecimientos que ocupen diez o más trabajadores, según lo ordena el artículo 154 del C.T., por lo que si la actividad empresarial tiene un número menor de trabajadores, ello debería ser desarrollado en el contrato de trabajo,

⁹³ Dictamen N° 260/19 de 24/enero/2002, y N° 8273/337 de 19/diciembre/1995.

recordando que estas estipulaciones siempre estarán bajo la tuición del orden público laboral y los derechos fundamentales del trabajador.

Las reflexiones antes expuestas permiten concluir como en la práctica la regulación de la inviolabilidad de toda comunicación privada del trabajador ha generado una jurisprudencia más bien constitucional que legal, y curiosamente emanada de tribunales que dan inicio a la pirámide jerárquica judicial⁹⁴ en este caso, los juzgados del trabajo. Normalmente la labor de determinar el contenido y problemas de interpretación de los derechos fundamentales está entregada a los tribunales superiores de justicia, y destacadamente en nuestro caso, al Tribunal Constitucional⁹⁵

9.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.

En la doctrina constitucionalista Nogueira Alcalá⁹⁶ señala que la “conciencia constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, ella estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad”. Esta libertad protege el fuero interno del individuo, impidiendo que un poder externo se entrometa o la violente. Luego, el Estado debe garantizar este espacio de autonomía de la persona, en la cual se genera un proceso intelectual que logra una conclusión valórica acerca del entorno circundante, para luego el individuo, ajustar su conducta a dicha

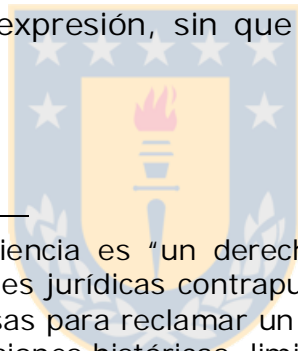
⁹⁴Así se puede apreciar de sentencias dictadas por un Juez del Trabajo al resolver casos de tutela laboral. Como por ejemplo el caso “Cronos” en sentencia RIT N°T-1-2008 anteriormente citada.

⁹⁵Sentencia TC, Rol N° 740/2008, y sentencia TC, Rol N° 1287/2008 de 8 de septiembre de 2009.

⁹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y, la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno” Revista Ius et praxis Vol. 12, N° 2, Talca, 2006.

conclusión de naturaleza moral. Naturalmente esta libertad abarca la posibilidad de que el individuo se niegue a realizar una acción o conducta, que esté en contradicción con su conciencia, surgiendo el “derecho a la objeción de conciencia”⁹⁷.

Conjuntamente con el derecho a la libertad de conciencia, la Carta Fundamental asegura el derecho a la libertad de creencias, el cual tiene una doble faz, la libertad religiosa⁹⁸ y la libertad ideológica⁹⁹. En opinión del autor antes citado “En un estado constitucional democrático el pluralismo ideológico es un principio consustancial que reconoce la pluralidad de expresiones ideológicas que surgen de la sociedad, permitiendo su libre expresión, sin que ninguna de ellas se convierta en ideología oficial”.



⁹⁷ La objeción de conciencia es “un derecho reaccional que surge sólo en los supuestos de obligaciones jurídicas contrapuestas, respecto de las cuales existen razones éticas o religiosas para reclamar un privilegio de desobediencia, y que se trata por tanto de situaciones históricas, limitadas en el tiempo a la vigencia de la obligación frente a la que reaccionan”. Peces-Barba Martínez, Guillermo: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en Anuario de Derechos Humanos, Editorial Universidad Complutense, N°5, Madrid, 1988-1989, p. 76.

⁹⁸ “Descansa este derecho sobre fundamentos que no se confunden con los de la libertad de conciencia. No se trata ya de abrazar, en lo interno del alma, la realidad religiosa, sino de expresar a nuestros semejantes aquello que se cree. Y, en este punto, los derechos de la religión resultan violados si el hombre, por virtud de la coacción, no está en la posibilidad efectiva de difundir su fe o dar a conocer una determinada verdad de su esencia tal como él la percibe.” Silva Bascuñán, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tomo XI, 2ª edición, 2006, p. 241.

⁹⁹ “La libertad de conciencia no sólo está referida al campo religioso, porque, precisamente, lo que uno hace, en general, en el plano de la vida cívica, es emitir juicios de orden intelectual y, muchas veces, de orden moral...de manera que, en realidad, para ponerse de acuerdo en los conceptos, en primer lugar, la libertad de pensamiento y conciencia serían el antecedente del fuero interno sobre el cual después se desarrolla, como materia del fuero externo, la manifestación de las creencias religiosas o el ejercicio de los cultos, por una parte, o la libertad de expresión, por la otra.” Silva Bascuñán, Alejandro. Ob. Cit., p. 238.

La libertad religiosa “no solo define una esfera de autonomía individual en relación con los poderes públicos, obligados a garantizar a toda persona una inmunidad de coacción. La libertad religiosa también atribuye un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, expresado mediante la fe o mediante la ausencia de fe, que faculta a los ciudadanos tanto para acomodar su forma de vida a esas convicciones como para mantenerlas y defenderlas frente a terceros. La libertad religiosa es un derecho eficaz en las relaciones interprivadas, incluida la relación laboral”¹⁰⁰

Estos derechos fundamentales, al interior de la empresa, se volvieron impracticables, por cuanto el temor del trabajador a expresar sus creencias o valores que estima indisponibles - como sostener o manifestar sus preferencias políticas o convicciones religiosas - podía dar lugar a una eventual represalia que lo perjudique en sus condiciones de trabajo o incluso ser objeto de un despido. Este escenario es particularmente negativo en algunas instituciones empleadoras que asumen ciertas opciones valóricas, políticas o, religiosas, que entran en colisión con las libertades del trabajador en estos aspectos, el cual no tiene porque adscribirse, practicar o promover las opiniones o creencias de su empleador. Sobre este punto, Valdés Dal Ré,¹⁰¹ señala que en relación del ejercicio de este derecho, al trabajador” le asiste un doble derecho: de un lado, a resistir y no acatar la órdenes o instrucciones del empresario cuyo contenido sea bien la interdicción bien la imposición de una concreta creencia o práctica religiosa y, de otro, a no ser discriminado o, lo que es

¹⁰⁰Valdés Dal-Re, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 129

¹⁰¹ Valdés Dal-Ré, “Los derechos fundamentales de la persona del Trabajador”, ob. Cit., p.130.

igual, a no sufrir daño o perjuicio alguno como consecuencia del ejercicio de su libertad de conciencia”.

Tanto la jurisprudencia judicial como la emanada de La Dirección del Trabajo en nuestro país, se han pronunciado en diversos casos respecto del derecho del trabajador a ser respetado en sus creencias, opiniones religiosas y políticas, como se advierte en los casos en que han intervenido¹⁰².

La constatación de la ineficacia de la tutela de este derecho en sede contractual laboral explica que el derecho fundamental aludido haya sido recepcionado en el artículo 485 del C.T., como uno de aquellos susceptibles de ser protegidos a través del procedimiento de tutela laboral al cual le hemos efectuado varios comentarios en este trabajo.

En todo caso, y como es lógico, este derecho no puede ser amparado en términos absolutos y ello se valida con los criterios que se mencionan en el inciso primero del artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, en cuanto el ejercicio de estos derechos no pueden ser contrario a la moral, las buenas costumbres o al orden público.

Nuevamente es posible afirmar que la regulación de este derecho constitucional en el C.T., se realiza en forma análoga al texto

¹⁰² En sentencia del primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-38-2010, de 26 de abril de 2010, se resuelve un caso de discriminación por credo religioso, al hostigarse a una trabajadora por profesar la religión musulmana. El tribunal concluye que se “ha podido acreditar en autos hechos que constituyen indicios o señales suficientes de un trato diferente a la trabajadora respecto de sus compañeros, fundados específicamente en la religión que esta profesa, lo que se ha materializado a través de los insultos que hacían referencia a su credo”. En relación a la Dirección del Trabajo, ver Dictámenes N° 698/16 de 11 de febrero de 2003, y N° 2210/035 de 5 de junio de 2009.

constitucional, sin ser mediado por la ley, lo que justifica su mención en este párrafo. En otras palabras, no existe un desarrollo normativo que permita orientar la aplicación y entendimiento de estos derechos fundamentales, lo que obliga a explorar y precisar su contenido constitucional. En este aspecto es interesante destacar las orientaciones obtenidas en la jurisprudencia laboral, respecto de casos de tutela en que los jueces del trabajo han debido resolver si se da o no en un caso concreto, la vulneración del derecho fundamental del trabajador a ejercer su libertad de conciencia, su libertad religiosa e ideológica¹⁰³. Las citas jurisprudenciales respecto de casos de tutela, nuevamente reflejan el incipiente camino de la determinación del contenido de estos derechos, lo que es una urgente necesidad para la consolidación de un estado democrático social de derecho.

10.- La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

Este derecho reglado en el numeral 12 de la Carta Fundamental garantiza la intangibilidad de la libre expresión¹⁰⁴. Para Rojas Rivero este derecho tiene el carácter de subjetivo y especial; en lo primero, porque constituye una facultad que deriva de la ley, y especial, en cuanto es inalienable e imprescriptible¹⁰⁵.

¹⁰³Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010; Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 15 de noviembre de 2010, RIT N° T-189-2010.

¹⁰⁴Maturana Toledo, Carlos: "La libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia" en European Public Law Series, edición especial de la European Review of Public Law, vol. B, Londres, 2009, p. 203 y sgtes.

¹⁰⁵Rojas Rivero, Gloria: "La libertad de expresión del trabajador". Editorial Trotta S.A., Madrid, 1991, p. 22.

Para Ayala Coreo, el concepto central de libertad de expresión está compuesto de dos aspectos comunes, destacándose que esta libertad comprende el derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras. El segundo consiste en que también toda persona, está en el derecho de seleccionar el procedimiento a través del cual buscará, recibirá o difundirá el resultado de las ideas o informaciones de las que esté en posesión, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Aun cuando el texto constitucional no utilizó dicha terminología, existe consenso en que la libertad de expresión comprende la libertad de opinión y de información. Respecto del contenido de este derecho fundamental la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada a propósito de la denuncia contra el Estado de Chile por la censura judicial del film, "La última tentación de cristo"¹⁰⁶ señaló que "En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, la libertad de expresión en su faz individual, no puede entenderse como el puro derecho a expresar por escrito o de palabras los pensamientos propios o ajenos, sino también, y en forma

¹⁰⁶Ayala Corao, Carlos: "El derecho humano a la libertad de expresión" en Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 6, N° 1, Talca, 2000, p. 33 y sgtes.

inseparable, que esos pensamientos puedan hacerse llegar a otros individuos y por los medios físicos, lícitos que existan para expresar, o difundir dichos pensamientos. En síntesis la expresión y la difusión del pensamiento y de la información, son indivisibles¹⁰⁷.

Naturalmente que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a límites en cuanto su ejercicio, pudiendo afectar a su vez garantías constitucionales de otros individuos. Destacadamente surge como un límite al derecho mencionado, la honra y la vida privada. En efecto, el derecho a la intimidad y a la vida privada suele verse amenazada desde dos puntos de vista. El primero, por el derecho fundamental que garantiza a ser informado verazmente, y en segundo lugar, por la amenaza que pesa sobre la intimidad y vida privada de las personas, dada la existencia de medios potentes y sofisticados para introducirse en la esfera de las personas, como ocurre con las grabaciones por teléfonos, captura de imágenes con cámaras de teleobjetivos, etc.¹⁰⁸.

Sin duda alguna, al proyectar este contenido constitucional al ámbito laboral, y ahora por reenvío legal efectuada por el artículo 485 del C.T., al mencionar la libertad de emitir opinión e informar como uno de aquellos de ser susceptible de tutela procesal en el procedimiento especial ya aludido, nos encontramos frente a una serie de interrogantes para operacionalizarlo en la relación de trabajo.

¹⁰⁷Sentencia de 5 de febrero de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "La última tentación de cristo" (Olmedo, Bustos y otros).

¹⁰⁸ Banda Vergara, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa". Revista de Derecho, Vol N° 13, Valdivia, diciembre 2002, p. 123 y sgtes.

Para Babace,¹⁰⁹ la libertad de pensamiento tiene una estrecha conexión con la libertad sindical, lo que para él es manifiesto. Por otra parte, este derecho constituye una libertad que fundamenta otras libertades y es el eje de cualquier sociedad democrática pues moviliza la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación, y el respeto de la vida privada y familiar. El mismo autor refiere que debe regir el principio de neutralidad del empresario frente a las ideas y creencias del trabajador en relación a sus opiniones políticas, religiosas y sindicales, lo que debe mantenerse durante todas las etapas del contrato, particularmente durante la ejecución de las obligaciones, y la terminación del vínculo laboral.

Para establecer la forma en que debe operacionalizarse este derecho, Rojas Ribero, propone que, “el trabajador, por tanto, tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, pero también tiene la obligación de respetar unos límites en razón a la consideración debida a los demás y naturalmente al empresario o empresa. Debe respetar su honor, dignidad, intimidad y actuar de acuerdo con la buena fe que ha de presidir, con reciprocidad, el contrato de trabajo; ello impide, entre otros actos, descubrir ciertas actividades de la empresa o menoscabar innecesariamente el prestigio y crédito de ella. Cada derecho tiene jurídicamente su límite en el respeto de la libertad y del derecho ajeno.”¹¹⁰

En el C.T. no se encuentran reglas, al igual que en los casos mencionados anteriormente, que desarrollen el contenido de estos derechos fundamentales, aun cuando si se pueden mencionar algunas normas que lo protegen en forma indirecta. Así ocurre con la prohibición de

¹⁰⁹ Babace, Héctor. Ob. Cit., p. 273.

¹¹⁰ Rojas Rivero, Gloria, Ob. Cit., p. 51.

discriminar en función, o motivos de opinión política, religiosos o sindicación que se contemplan en el artículo 2 inciso cuarto del C.T. Igualmente resulta contrario a la libertad de opinión e información, la existencia de conductas hostigatorias por motivos de opinión política, religiosas, sindicales, culturales o valóricas en general, que pueden incluirse en el tipo de acoso laboral, prohibido y sancionado en el mismo artículo 2 del texto ya aludido.

A fin de lograr el resguardo de este derecho constitucional, surge con fuerza la importancia del Reglamento Interno, como un instrumento idóneo para regular el ejercicio de este derecho al interior, de la empresa, resguardando eso si, que esta fuente particularísima del derecho del trabajo de ningún modo puede introducir limitaciones que vayan más lejos que lo autorizado por la Carta Fundamental .

En esta línea argumental se debe citar como una recepción legislativa de la protección de este derecho, a la tipificación y sanción de las prácticas desleales o antisindicales¹¹¹ contempladas en los artículos 289, 290, 291 del C.T., debiendo citarse puntualmente el caso de la letra b) del último precepto, en cuanto incurren en estas prácticas, “los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros del sindicato”. Es útil destacar que en virtud de lo prevenido en el artículo 294 del C.T., las prácticas antisindicales, deberán ser resueltas mediante

¹¹¹ Las prácticas desleales o antisindicales, constituyen hipótesis de ilícitos laborales, que permiten sancionar atentados al derecho fundamental específico de la libertad sindical, lo que de constatarse ya sea por la Inspección del Trabajo o al resolver una contienda el Juez del trabajo, lleva aparejada una sanción pecuniaria (multa) y además a que el empleador, órgano sindical o trabajador en su caso, corrija la conducta a fin de obtener la eficacia del derecho constitucional ya mencionado.

el procedimiento de tutela laboral regulada en el artículo 485 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En relación al contenido de este derecho en los conflictos que han surgido entre trabajadores y empresarios, la jurisprudencia judicial¹¹² como administrativa a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo¹¹³, han comenzado a configurar una naciente orientación respecto del comportamiento que deben adoptar las partes del contrato de trabajo respecto del ejercicio y protección de esta garantía constitucional. En todo caso, dada la eventual colisión de estos derechos sin posibilidad de subsumir, se deberá acudir el método de la ponderación¹¹⁴ para decidir en un caso concreto si existe o no vulneración de este derecho fundamental.

¹¹² Sentencia Juzgado del Trabajo de Puente Alto, de 9 de febrero de 2010, RIT N° T-4-2009; Sentencia Juzgado del Trabajo de Temuco, de 8 de octubre de 2010, RIT N° T-21-2010 y, debe destacarse Sentencia del Juzgado del Trabajo de La Serena, de 10 de enero de 2013, RIT N° T-20-2012, en la cual se constata la gravedad que asumen las prácticas, al establecer el tribunal que la conductas acreditadas se refieren a “despidos, solicitudes de desafuero, hostigamientos, amenazas y entrega de beneficios a trabajadores que no pertenecen al Sindicato”.

¹¹³ Dictamen N° 4879/212 de 19 de agosto de 1996, Dictamen N° 7475/384 de 3 de diciembre de 1997 y, Dictamen N° 2000/17, de 28 de junio de 2002.

¹¹⁴ La ponderación es un método de resolución de las antinomias de derechos fundamentales, toda vez que según la doctrina no es posible resolver dicha colisión acudiendo al método de las reglas, esto es subsumir. La ponderación que se la asimila al principio de proporcionalidad, está a su vez compuesta por tres reglas o subprincipios, la idoneidad o adecuación, la necesidad o indispensabilidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Alexi, Robert: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional, México, año 2009, p.8. A su vez, Mella y Domínguez, sobre el punto señalan “el progreso en la protección de los derechos fundamentales del trabajador está estrechamente ligada al funcionamiento del nuevo procedimiento de tutela laboral y dentro de ese contexto, estimamos que el método de resolución de la colisión de derechos fundamentales constituido por el juicio de ponderación, será el que provocará mayores problemas en su aplicación. Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro, Ob. Cit., p.193.

En definitiva, se comienza a abrir un espacio al interior de la empresa para obtener el reconocimiento y ejercicio de la libertad de expresión del trabajador mientras presta sus servicios configurándose un real respeto a su dignidad, lo cual claramente ha recibido un gran impulso con los casos de tutela laboral que son conocidos por los jueces del trabajo.

11.- La Libertad de Trabajo.

Este derecho fundamental regulado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y de carácter plural, por cuanto como ya se dijo en párrafos anteriores comprende: la libre elección del trabajo y su justa retribución, la libre contratación y el impedimento a prohibir cualquier actividad lícita que decidan realizar los ciudadanos. Según el TC Chileno¹¹⁵ este derecho , de acuerdo con la doctrina” la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico”.

Igualmente es necesario recordar que no se incluyó el derecho del trabajo, que si se contemplaba en el texto constitucional reformado el año 1971, dada la imposibilidad de garantizarlo, y transformar la disposición constitucional en meramente programática o no autoejecutable¹¹⁶. Si bien

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2010, Rol N° 1413.

¹¹⁶ Respecto de las normas constitucionales se ha sugerido que algunas no tendrían valor normativo y por ello sus disposiciones no pueden ser ejecutables. Sin embargo en estos últimos años cobra mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez de las disposiciones calificadas como programáticas de los instrumentos

el texto actual de la Norma Fundamental postula la “protección del trabajo” alguna doctrina afirma que esa redacción permite hacerla comprensiva del derecho al trabajo¹¹⁷.

En cuanto al contenido de la libertad de trabajo, y dada su múltiple proyección, se debe abordar cada una de ella. En relación a la libre elección, esta habilita a cualquier persona a buscar, obtener, practicar, ejercer, desempeñar cualquier actividad retribuida, profesión u oficio lícitos, o incluso la abstención por cuanto nada puede ser compelido o forzado a trabajar¹¹⁸.

En relación al aspecto anterior, queda de manifiesto la autonomía para trabajar o no, siempre y cuando la actividad que se elija o, se desarrolla no atente contra la moral, la seguridad o la salubridad pública o el interés nacional¹¹⁹. En las limitaciones antes dichas se pueden incluir casos como la prestación de servicios de atención a clientes que incluyan favores sexuales, o el transporte de mercaderías cuya circulación este prohibida o derechamente, encargar la ejecución de ilícitos, etc. En cuanto

internacionales o de las constituciones. Incluso un autor, García de Enterría, señala que no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo. Barbagelata, Héctor: “Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista”, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, p.156.

¹¹⁷ Bulnes Aldunate, Luz: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 28, Santiago de Chile, año 1980, p.214.

¹¹⁸ La libertad del ciudadano de trabajar o no concreta la proscripción del trabajo forzado. Así se ve refrendado en La Declaración de Principios y Derechos fundamentales de la OIT, del año 1998, al consignar como uno de los principios de la comunidad mundial, la eliminación del trabajo forzado.

¹¹⁹ La libertad de trabajo admite una restricción, y ella alude a ciertas hipótesis que justifican la prohibición de realizar una determinada actividad o trabajo, fundados en que ella se opone a la moral, la seguridad o uno de los dos criterios que menciona el texto. Se trata de conceptos que requieren ser precisados a la época de su aplicación, dada su conexión con las prácticas sociales.

a la justa retribución, ello no puede entenderse como meramente aspiracional y es perfectamente posible aplicarla para resolver un conflicto laboral, como ocurriría por ejemplo en la hipótesis de que un trabajador, cuyo contrato no fue escriturado –vulnerándose la regla del artículo 9 del C.T. en cuanto le impone un plazo al empleador para formalizarlo- y el operario afirma como estipulación contractual una retribución irracional, apartada de la práctica de nuestro país; de este modo, la justa retribución impide una aplicación sin límites de la norma citada del C.T.

Por otra parte, el contenido de la libertad de contratación no implica de manera alguna que en el derecho del trabajo se pueda aplicar el principio de la autonomía de la voluntad que preside la contratación civil, por cuanto si bien existe un espacio o zona en que trabajador y empresario pueden fijar el contenido contractual, ese pacto de ninguna manera puede dejar sin aplicación o efecto, los derechos irrenunciables o mínimos inderogables que conforman el orden público laboral¹²⁰. En todo caso es útil señalar que en el C.T. se contemplan reglas que permiten a las partes de la relación laboral, el incluir pactos que desarrollen el entramado de derechos y obligaciones que forman parte de dicho vínculo. Así, se debe citar el artículo 10 N° 7, 11, 31 y 159 N° 1, todos del C.T., los cuales de ninguna forma pueden afectar los citados derechos irrenunciables, entre los que se debe citar, al ingreso mínimo mensual,

¹²⁰ Según Javillier, “el principio del orden público social implica una combinación de las normas (heterónomas y autónomas) en un sentido favorable a los trabajadores. El alcance del principio es muy extenso”. Javillier, Jean Claude: “Derecho del Trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007, p. 179.

jornada ordinaria, descanso entre jornadas, y dominical, feriado anual, etc. Y de ello atestigua una frondosa jurisprudencia¹²¹.

Finalmente, reflexionando respecto de la redacción constitucional al establecer que ningún trabajo puede ser prohibido, se consagra una libertad positiva y negativa, permitiendo a toda persona trabajar en cualquier actividad que le satisfaga o incluso no hacerlo. Los criterios restrictivos que indica el precepto 19 N° 16 de la Constitución Política, se refieren a casos justificados que no admiten un entendimiento extensivo y que al mismo tiempo poseen la flexibilidad necesaria para resolver la ilimitada creatividad que surge del progreso económico y tecnológico.

No cabe duda que este derecho fundamental es el que más se ha desarrollado en sede legal, y se podría postular que constituye uno de los dos derechos fundamentales laborales que ha recibido la mayoritaria atención del legislador para proyectar a través de la ley, su contenido y protección¹²², (el otro es la libertad sindical) y permitiendo así una aplicación que perfectamente haría inútil la teoría de la eficacia directa y horizontal de las disposiciones constitucionales¹²³. En efecto, la

¹²¹ Ver Sentencia Corte Suprema, Rol N° 3707-2004, 10 de mayo de 2006. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 6830-2011, 16 de agosto de 2011 y. Sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 22-2011, 13 de octubre de 2011.

¹²² El C.T. a través de la normativa contenida en su título preliminar y Libros I y II, sobre contrato de trabajo y protección de los trabajadores, realiza una frondosa mediación de la libertad de trabajo y su protección, lo que permite resolver la mayoría de los casos de conflictos entre empresarios y trabajadores, mediante la aplicación de reglas, y subsecuentemente, acudir al método de subsumir los casos en dichas disposiciones legales.

¹²³ Sobre el contenido de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se puede consultar: Melis Valencia, Christian: "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Editorial Abeledo Perrot, Santiago, año 2010; en el mismo sentido Aguilar, Gonzalo - Contreras, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 13, N° 1, Talca, 2007.

regulación de la prestación de servicios subordinados está diseñada de forma tal que abarca la formación, desarrollo y extinción de dicha prestación de servicios. Por otra parte en la mayoría de las legislaciones de la familia jurídica europea continental y romanista, detallan el catálogo de derechos y obligaciones que genera el contrato, logrando la anhelada protección al trabajo humano dependiente. En esta perspectiva la justificación del presente trabajo carecería de interés, por cuanto el desarrollo legislativo constituye un sistema que permite encontrar las soluciones adecuadas acudiendo al método de subsumir en una norma legal, los hechos que constituyen la contienda entre empresarios y trabajadores. Así las cosas, el caso parece ignorar o al menos no necesita acudir a la normativa constitucional para obtener lo que la ley no puede entregar. Para alguna doctrina, la frondosa regulación en el C.T. de este derecho fundamental es el ideal jurídico, por cuanto no se produce la negativa vulgarización del derecho constitucional¹²⁴.

A manera conclusiva, la libertad de trabajo, aun cuando es mencionada en el artículo 2 del C.T. términos similares a la Constitución, lo cierto es, que constituye el modelo clásico de proyección legal del contenido de dicho derecho, pudiendo así, el juez del trabajo, relacionarse con la aplicación de reglas que en caso de contradicción con la normativa constitucional, ello podrá ser resuelto por el control concentrado¹²⁵ de un

¹²⁴ Sobre este punto Ruiz Tagle, señala que “La autonomía y especialización jurídica no debe confundirse con solipsismo, con autismo o con autarquía conceptual. Por eso estoy entre los partidarios más vulgares de la vulgarización, porque pienso que el punto de vista de las personas comunes es muy relevante en el desarrollo de toda concepción democrática del derecho”. Ruiz Tagle, Pablo: “La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales”. En “Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 67.

¹²⁵ “ Se califica como control concentrado de constitucionalidad de la ley a aquél que se reserva a un solo órgano- sea ante el Tribunal Supremo de Justicia, sea

tribunal especial cuya jerarquía y especialización cautelan debidamente la supremacía de la Norma Fundamental.

12.- La Libertad Sindical:

La Constitución Chilena adoptó un modelo cuestionable en cuanto a su recepción toda vez que la doctrina mayoritaria¹²⁶ reconoce que su contenido abarca la libertad de sindicación, la negociación colectiva y la huelga. En otras palabras, tiene un contenido orgánico y otro funcional¹²⁷. La fórmula empleada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, al referirse solo al derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley, y por ende a formar, afiliarse o desafiliarse a los sindicatos, dejó trunco este derecho, y ello explica que los otros dos capítulos que integran este derecho se contienen, en el numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el cual regula en forma restringida la negociación colectiva y la huelga.

La libertad sindical constituye en opinión de este autor, el núcleo fundamental del derecho del trabajo, y por ende, su consagración

una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo_ con exclusión de los demás tribunales". Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad en la república de Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, Talca, año 2008, p. 389 y sgtes.

¹²⁶ "La libertad sindical, es, en razón de su contenido, un derecho complejo o genérico, integrado por el conjunto de derechos y facultades que hacen reconocible el ejercicio del mismo y...es posible distinguir un doble plano: 1.- La libertad sindical individual y, 2.-la libertad sindical colectiva". Palomeque, Manuel - Alvarez De la Rosa, Manuel. Ob. Cit., p. 336.

¹²⁷ El contenido orgánico alude al derecho a formar un sindicato, afiliarse a uno constituido y autonomía para darse su reglamentación. El funcional alude al derecho a realizar todas las acciones provenientes de su representación, negociar colectivamente y ejercer el derecho a la huelga en su caso. En nuestro país, este derecho aparece desconectado en preceptos diferentes de la Constitución Política, y en exceso limitado en la faz funcional.

constitucional legítima la existencia de un estado democrático social de derecho. Es el único derecho fundamental específico, por cuanto pertenece solo al trabajador ciudadano, pero no es concebible que otro ciudadano lo ejerza, ya que en este caso se impregnaría y confundiría con el derecho de asociación, el cual no reviste la misma naturaleza que la libertad sindical.¹²⁸

Esta postura permite hacer un juicio crítico respecto del ordenamiento jurídico laboral de nuestro país, toda vez que, y destacadamente, la regulación del contrato ha sido la preocupación fundamental del legislador laboral de los últimos años, prevaleciendo una visión individualista, atomizada, que no contribuye a establecer relaciones laborales modernas, dada la escasa fuerza negociadora que posee un trabajador individualmente considerado. La opción anterior ha traído como consecuencia la desvalorización de la autonomía colectiva, fuente particularísima del derecho del trabajo, que es la llamada a proporcionar un instrumento más eficiente para dirimir pacíficamente los conflictos entre el capital y el trabajo, cuestión que en opinión de este autor debe ser corregida.

Sin embargo, la visión contractualista, traducible como modelo legitimador o hegemónico del sistema capitalista que impera sin

¹²⁸ “Los sindicatos son, así pues, *formaciones sociales con relevancia constitucional*, a los que el artículo 7 de la Constitución reconoce el carácter de organismos básicos del sistema político, de componentes básicos o instituciones esenciales del sistema constitucional español, por lo que se convierten funcionalmente en piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. Su función, por lo mismo, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquema del apoderamiento y de la representación del derecho privado, ya que no se trata únicamente de asociaciones privadas, representantes de sus afiliados”. Palomeque, Manuel - Álvarez De La Rosa, Manuel. “Derecho del Trabajo”, ob. Cit., pp. 316 y 317.

contrapeso en nuestro país, se proyecta en la función pacificadora que se refleja - como es lógico - en toda la estructura normativa del Derecho del Trabajo, al establecer límites al desarrollo de las figuras colectivas y organizativas de los trabajadores, lo que trae como consecuencia un orden regulatorio rígido, que hace dificultoso introducir los cambios que exige el gran dinamismo que enfrenta cualquier sistema económico, político y social¹²⁹, como es el caso de nuestro país. Estas reflexiones no son puramente teóricas, por cuanto se pueden perfectamente validar con algunas de las recientes leyes laborales que han entrado en vigencia en nuestro país¹³⁰, en cuanto se justifican precisamente como un aporte jurídico a la pacificación social.

En el contexto anterior, parece evidente que la razón social histórica del Derecho del Trabajo responde a la necesidad social de canalizar pacíficamente el conflicto político surgido entre los nuevos antagonistas

¹²⁹ En general tal cuestión no es nueva ni propia de la flexibilidad, sino que es un efecto regulador/legitimador del derecho y en particular del derecho del trabajo. Desde un análisis de derecho comparado e histórico, la principal y más notable manifestación de legislación laboral en materia colectiva, como expresión de la represión de la acción obrera, se dio en la legislación francesa, particularmente con la ley Le Chapelier de 1791 y sus leyes complementarias como el Código Penal de 1810, quienes como cuerpo normativo, prohibían todas las manifestaciones que hoy calificaríamos como manifestaciones de la libertad sindical, declarando inconstitucional los acuerdos entre trabajadores y patrones, al nivel de tipificar criminalmente conductas constitutivas de expresión de la autonomía colectiva. La efectividad represiva de tal modelo funcionó como normativa de exportación a países industrializados como Gran Bretaña, Dinamarca, España y Alemania.

Desde un punto de vista latinoamericano, la represión de la actividad sindical se hizo efectiva con especial dureza y no precisamente desde la ley. En este contexto, podemos recordar hitos de sangre como la matanza de Santa María de Iquique (1907 Chile); Río Blanco y Cananea (México, 1906-1907); la Patagonia Argentina (Argentina 1921) y los Huelguistas de United Fruits (Colombia 1928), entre otros.

¹³⁰ En el mensaje de la ley 20.087 se indica destacadamente que la configuración del proceso laboral constituye un instrumento de pacificación social en cuanto dicho proceso se considera un mecanismo privilegiado de solución eficiente y oportuna de conflicto en el ámbito laboral. Historia de la Ley Ley N° 20.087, pp.11 y ss.

colectivos del sistema económico, cumpliendo con la trascendental misión de imponer a la contradicción de intereses un cauce de circulación del capital y trabajo compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa liberal.¹³¹ Por lo demás es claro que el Derecho del Trabajo legaliza las relaciones de trabajo y sólo limita el poder patronal, no siendo su fin modificar la naturaleza de las relaciones de trabajo.¹³²

En la línea argumental anterior y a modo de justificación de la importancia de este derecho y su protección como instrumento legitimador del conflicto entre el capital y el trabajo, Palomeque y Alvarez nos dicen que “el Derecho es ciertamente una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales. A través de la norma jurídica se impone el cauce adecuado para la solución ordenada del conflicto (individual o colectivo), configurándose de este modo un sistema de seguridad y conservación de las relaciones sociales vigentes en un momento determinado. El conflicto de intereses es por ello una realidad social preformativa, que el Derecho viene precisamente a integrar. La conflictividad social es así canalizada jurídicamente de acuerdo con el cuadro de intereses y valores propios de la opción política que expresa la norma jurídica en cuestión, que no son naturalmente sino los del grupo o grupos sociales capaces de imponer, dentro de un sistema determinado (el juego de las mayorías parlamentarias en un sistema democrático) su voluntad organizativa. El conflicto social y la norma jurídica reguladora del mismo formarán parte

¹³¹Palomeque, Manuel: “Derecho del Trabajo e ideología”, Madrid, Editorial TECNOS, 2002, pp. 32-33.

¹³²García Ortega, Jesús, et al., Curso de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 29.

ya, una vez producida la institucionalización de aquél, de la misma realidad jurídica".¹³³

12.1.- Libertad Sindical y su contenido.

Descrito el escenario anterior, nos detendremos en la contradicción que se produce entre el colectivo de trabajadores y los dueños del capital, cuestión medular en la concepción y recepción de la libertad sindical en las normas jusfundamentales, lo que ha permitido tradicionalmente abordar este problema en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, rama que "busca traducir a términos jurídicos la conflictualidad básica del capital y el trabajo en los países de economía de mercado, para hacer posible la paz social transitoria o definitiva"¹³⁴, siendo la Libertad Sindical, en los términos de Sarthou, el "antiproducción cultural" de la Revolución Industrial, en tanto expresión del régimen, pero también negación, su antítesis dialéctica que determinará en el tiempo la síntesis de la constitucionalización social, expresándose esta como "la presa instrumental conquistada en la feroz contradicción entre el capital deshumanizado y salvaje del industrialismo y el trabajo subordinado jerarquizado para la lucha por el movimiento obrero y las ideologías"¹³⁵.

Sin embargo, esta contradicción no siempre asume un papel exento de reproche respecto de la postura que asumen los trabajadores para obtener un reconocimiento a sus demandas laborales, o en palabras más simples, en ocasiones la postura del colectivo se aleja de su justificación

¹³³Palomeque, Manuel - Álvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", ob. cit., p. 44.

¹³⁴ Sarthou, Helios: "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo", en Revista de Derecho Laboral de Uruguay, N° 123, Septiembre de 1981, p. 578 y sgtes.

¹³⁵ Sarthou, Helios: Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo I, "Rasgos Ontológicos Generales de la Libertad Sindical", Fundación de cultura universitaria, Montevideo-Uruguay, año2004, pág. 16.

ética, introduciendo elementos que se apartan completamente de las reivindicaciones laborales. En este sentido, Romagnoli precisa que “el conflicto ya no es, o lo es cada vez menos una manifestación de activo altruismo, como lo consideraba Pietro Calamandrei en los años cincuenta. Se ha convertido en un multiplicador de desigualdades justificadas sólo, o en su mayoría, por la proliferación de posiciones de trabajo –clave, cuya crucialidad en la organización del trabajo concede a sus ocupantes la oportunidad de dilatar desmedidamente la agresividad de sus huelgas”¹³⁶.

Es en este escenario social donde surge la libertad sindical, como el hijo no deseado de la actividad del capital. Aún cuando debe destacarse que ella ha enfrentado una notable evolución, de la misma manera como la sociedad se ha ido desembarazando del antiguo capitalismo industrial a uno muy reciente, de carácter financiero y de servicios o incluso a uno fundado en la llamada sociedad del conocimiento, lo que modifica la concepción original de trabajador, (no cabe duda que en los inicios del conflicto social - el trabajador- correspondía a un sujeto con escasa preparación y asociado al trabajo extenuante, cuestión que hoy en día es reemplazada por un trabajador que puede poseer formación universitaria e incluso un postgrado, dotándolo de una mayor capacidad negociadora para establecer las condiciones de trabajo con su empleador) y al mismo tiempo, impulsa la necesidad de adoptar estrategias organizativas distintas para lograr una mejoría en sus condiciones de vida. En este punto, si bien en una primera etapa la libertad sindical asumía un marcado carácter asociativo, y por tanto, asimilado al derecho de asociación, con reconocimiento constitucional; posteriormente se complementa con su carácter activo y no simplemente orgánico, apareciendo como

¹³⁶ Romagnoli, Umberto: “El Derecho, el trabajo y la Historia”, Madrid, España, año 1997, pp. 199-198.

consustancial al sindicato o colectivo de trabajadores, la posibilidad de negociar y con ello el paro, modelándose así el entendimiento y contenido actual de la libertad sindical (y al mismo tiempo proclamando su autonomía respecto del derecho de asociación).

El abandono a la visión puramente organizacional de la libertad sindical que predominó en nuestro país, se extiende ahora desde el sindicato a su acción natural esto es la negociación colectiva hasta abarcar la paralización como instrumento legítimo de los trabajadores, lo que recibe un sólido reconocimiento por la doctrina juslaboralista. En este plano, Ermida sostiene que la libertad sindical es una "libertad compleja, que no se reduce a un derecho sino que se compone de un haz de derechos concretos, y puede ser sistematizada en torno a no menos tres variables, a saber: la titularidad de la libertad sindical, su contenido y el sujeto pasivo de las mismas. Así, en atención a la titularidad de los diversos derechos sindicales, se distinguen una dimensión individual y una dimensión colectiva de la libertad sindical. Si se considera el contenido del mismo de estos derechos -y ésta es la variable principal a nuestros efectos en este momento-, pueden también percibirse unos derechos sindicales tradicionales, de tipo asociativo, como el derecho a afiliarse a un sindicato o el derecho de constituir, con otros, una nueva organización, y unos derechos al ejercicio de actividad sindical, derechos de actividad, tales como el de negociación colectiva, huelga, uso de cartelera y, en general, militancia y proselitismo. Y cuando se enfoca, en cambio, al sujeto pasivo de la libertad sindical, esto es, cuando se analiza ante quién se ejerce cada uno de los derechos sindicales, puede hablarse de libertad sindical ante el Estado, ante los empleadores y ante las propias organizaciones

sindicales”¹³⁷. Como se aprecia, para dicho autor la libertad sindical, comprende la sindicación, negociación y el paro de actividades, la cual se extiende a los funcionarios públicos.

De las consideraciones anteriores podemos concluir que el contenido de la libertad sindical está compuesta por un aspecto orgánico y uno funcional, abarcando la libertad para constituir sindicatos, dotarse de una reglamentación propia y realizar su actividad natural, esto es, llevar adelante procesos negociadores tendientes a obtener mejores condiciones de trabajo y retribución, incluyendo en esta faz de actividad, la posibilidad de paralización como medio de presión legítima, eso sí, con los resguardos necesarios tendientes a descartar situaciones de irracionalidad que motiven una visión sesgada (principalmente de su contraparte y organizaciones afines) de este especial mecanismo de autotutela.

En todo caso, es útil destacar, que el concepto mismo de la libertad sindical resulta muy influenciado por el derecho a constituir la organización obrera, y ello es patente en la doctrina. En este sentido Palomeque la conceptúa como “el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que le son atribuidas para la defensa de los intereses del trabajador asalariado”¹³⁸. En el plano nacional, Caamaño¹³⁹

¹³⁷ Ermida Uriarte, Oscar: “Libertad Sindical y Derecho de Asociación”. En “Algunos Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional”, Lima, año 1992, p. 63 y sgtes.

¹³⁸ Palomeque, Manuel - Álvarez de la Rosa Manuel. “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit., p. 320 y sgtes.

¹³⁹ El autor citado la define “Como el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones afiliarse o desafiliarse a ellas, o darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios , en particular, la negociación

propone un concepto que abarca la concepción moderna de libertad Sindical, en cuanto la resume como el derecho a constituir sindicatos, negociar colectivamente y a ejercer en su caso, el derecho al paro.

12.2.- El modelo regulatorio de la Libertad Sindical en Chile.

El movimiento obrero en nuestro país ha tenido una evolución de alcance centenario¹⁴⁰, ya que los trabajadores comenzaron su proceso reivindicativo mediante organizaciones sociales y políticas (1830-1920) con anterioridad de la aparición del mismo derecho del trabajo y, que posteriormente se estructuraron, (1920-1973) en un proceso dialéctico de cercenamiento e institucionalización bajo la forma jurídica de los sindicatos¹⁴¹, los cuales enfrentaron un duro quiebre, en términos fácticos y jurídicos, durante la dictadura militar que transmite sus consecuencia hasta nuestros días (1973-2013)¹⁴².

colectiva y el derecho a huelga". Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 30, año 2008, p. 265 y sgtes.

¹⁴⁰ En nuestro país, las primeras formas de organización obrera se producen en 1829, con la creación de la Sociedad de Artesanos de Santiago, y otra del mismo carácter un tiempo después en San Felipe. Cfr. Grez Toso, Sergio: "De la *regeneración del pueblo* a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)", vol. XIII, Colección Sociedad y Cultura, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Ediciones RIL, Santiago, 1998; Garcés, Mario - Milos, Pedro: "Taller Nueva Historia. Cuadernos de Historia Popular". Serie Historia del Movimiento Obrero Nº2, Centro de Estudios del Trabajo CETRA/CEAL, Santiago de Chile, 1983, p. 1 y sgtes.

¹⁴¹ Nos referimos a las Mutuales, Mancomunales, Sociedades de Resistencia y Cordones Industriales. Cfr. Rifo Melo, Mauricio: "La formación económica social y la organización de los trabajadores en Chile (1830-2008). Una Mirada desde el Materialismo Histórico", Seminario de título para optar al grado de Licenciado en Educación mención Historia y Geografía, Universidad de Concepción, año 2010.

¹⁴² El código de 1931 mantuvo su estructura básica hasta el 15 de junio de 1978. No obstante esto, la etapa previa a la imposición del Plan Laboral que va desde 1973 a 1978, se caracteriza por la prohibición de toda actividad sindical, incluida la negociación colectiva. Así a partir de 1973 el régimen militar impuso medidas

El escenario descrito da cuenta de un proceso dinámico de reclamo y manifestación social por parte de los trabajadores que nunca abandonaron la idea de obtener un espacio de libertad para que actúen sus organizaciones obreras y ello se aprecia en el período comprendido entre 1920 y 1973¹⁴³, aunque nunca fue limitada solo al derecho a que se reconozca la pura organización, ya que en ella iba implícita la función de negociar y paralizar como medio último para exigir las mejoras salariales y condiciones de trabajo. Este proceso culminó dramáticamente en el año 1973, sustituyéndose por uno en que se restringió la función sindical a la existencia de reconocer sindicatos, es decir a su faz orgánica y permitiendo limitadamente actividades de carácter asociativos, determinada por una visión formal que limita el derecho de negociación y aún más, el de huelga. Luego en una postura que ha dominado en los últimos años en nuestro país, se tiende a asegurar que la libertad sindical está correctamente recepcionada en el modelo regulatorio (constitución,

destinadas a desarticular el movimiento sindical, ya sea por vías de hecho como de derecho. Entre estas últimas podemos mencionar la disolución inmediata de la CUT, la prohibición de elecciones de dirigentes en las organizaciones sindicales, prorrogándose el mandato o debiendo asumir el cargo el trabajador más antiguo de la empresa. Las asambleas se limitan a meras reuniones de carácter informativo o relativas al manejo interno de la organización y de ellas debía informarse previamente a Carabineros. En particular el Decreto Ley 43 de 29 de septiembre de 1973, suspendió toda norma relativa a determinación o reajuste de sueldos, salarios y remuneraciones en general, es decir suspendió el derecho a negociar colectivamente. Así la dictación del Plan Laboral obedeció al cambio radical económico-social del país. Por tanto, la legislación laboral debía adecuarse a estos cambios, para ello se decretan una serie de normas que fijaron el nuevo marco legislativo laboral. Las principales son las siguientes: Decreto Ley 2.200 de 1978, sobre contrato de trabajo y de protección de los trabajadores. Decreto Ley 2.756 de 1979, sobre organizaciones sindicales y el Decreto Ley 2.758 de 1979, sobre negociación colectiva. A estos decretos les siguen dos leyes laborales, N°s 18.018 de 1981, que complementa al DL. 2.200, y 18.372 de 1984. Las normas señaladas son recopiladas en el Código del Trabajo de 1987 que hasta nuestros días, no obstante mínimas reformas, mantiene su estructura vertebral intacta.

¹⁴³ Barría, Jorge: "El movimiento obrero en Chile, síntesis histórico-social". Ediciones UTE, Santiago, 1971, p. 26 y sgtes.

leyes, etc.) y ello ha sido consagrado ciegamente por la jurisprudencia de nuestro país¹⁴⁴, sin embargo la fuerza de los hechos ha ido progresivamente colocando en la discusión de nuestros actores políticos, la necesidad de corregir esta percepción debido a las demandas sociales que pudieran generar serios problemas al funcionamiento de nuestro modelo económico y social. En estos últimos años se ha producido un consenso en los doctrinadores laboralista de nuestro país, de que es hora de consolidar la visión correcta de la libertad sindical, esto es, la comprensiva de organización, negociación y paro.

En la sociedad chilena, y como la mayoría de las sociedades americanas, la libertad sindical es recogida como una cláusula constitucional en la Carta Fundamental, y esta recepción se efectúa básicamente en nuestro país en dos preceptos, el artículo 19 N° 19 y el 19 N° 16, de la Carta Política. El primero consagra la libertad sindical en su aspecto orgánico, esto es, el derecho a sindicarse, la libertad de afiliación y desafiliación, el derecho a obtener una personalidad sin restricciones de la autoridad y proclama la autonomía para dotarse de una reglamentación propia, y más dudosamente la autonomía de acción. En una tradición bastante arraigada se ha entendido que el precepto 19 N° 16 de la Constitución alude a las garantías del derecho individual del trabajo. Sin embargo, en su contenido se recogen los dos aspectos omitidos en la regla anterior, esto es, la negociación colectiva (limitada eso sí al ámbito de la empresa) y también se alude a la Huelga, aún cuando en una fórmula muy insatisfactoria para quienes postulan un reconocimiento en términos positivos, ya que el texto comienza su redacción indicando

¹⁴⁴ En efecto, atendido el gran desarrollo de la normativa orgánica de los sindicatos, los pronunciamientos judiciales se circunscriben a casos de interpretación y aplicación de la reglas del Código del Trabajo, diluyéndose el carácter constitucional de la libertad sindical.

nominadamente que trabajadores no pueden decidir la paralización de ciertas actividades, entre las cuales están: los funcionarios del Estado y de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La fórmula constitucional respecto del derecho al paro, da cuenta por una parte, de la aversión del constituyente de facto frente a la huelga, y por otro lado, la complejidad que representa para nuestro ordenamiento jurídico el diseñar una garantía al ejercicio de este derecho, cuestión que obligatoriamente nos hace observar las soluciones que los países se han dado para ofrecer un esquema moderno, justo y eficiente¹⁴⁵.

¹⁴⁵ La realidad actual en el mundo occidental, que adoptan el modelo de producción capitalista, es que el derecho a huelga no aparece como una consagración expresa en todas las constituciones, pero si en tratados y acuerdos multilaterales entre las naciones, aunque solo mencionado. De esta forma los países han ensayado distintas fórmulas para regular la huelga, sobre todo en un aspecto crucial de la misma, esto es, si ella debe ser limitada o ilimitada en el tiempo. Naturalmente la opción de ilimitada no significa la paralización definitiva de la empresa, ya que pueden existir mecanismos disuasivos de la misma, como por ejemplo que la paralización no sea remunerada para el trabajador. En el caso chileno la paralización no tiene límite (solo para los casos en que se reconoce este derecho) actuando como freno el no pago de la remuneración y la posibilidad de reemplazo de trabajadores. Sobre este punto para el caso español se ha ensayado igualmente la creación de un órgano denominado Comité de Huelga, cuya función es administrar la huelga en todos sus aspectos. Éste órgano ha sido duramente criticado porque no consagra uno de los derechos fundamentales de la convivencia democrática. Rentero Jover, Jesús: "El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 65 y sgtes. A propósito del el modelo uruguayo Fernández Brignoni, Hugo- Moreira Rocca, Danubio: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos". Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

12.3.- La normativa internacional sobre libertad sindical.

A la protección constitucional de la libertad sindical, se une la normativa de los tratados internacionales¹⁴⁶, cuyo contenido y obligatoriedad (respecto de los derechos laborales, catalogados como económicos y sociales o de prestación) plantea el problema de su vinculación jerárquica con las normas chilenas (es decir, atribuir a los tratados rango constitucional, legal o suprallegal, pero de inferior jerarquía a la norma constitucional). Desde ya es preciso puntualizar que la función de los tratados internacionales relacionados con el derecho laboral debe ser abordado desde la óptica del llamado "bloque constitucional", que será objeto de un análisis más detallado en un párrafo posterior. Teniendo en cuenta el panorama anterior, destacadamente la libertad sindical en nuestro país se rige también por los Convenios N° 87, Convenio N° 98 y Convenio N° 135¹⁴⁷, los cuales se refieren a la libertad sindical en su aspecto orgánico, conteniendo el segundo de los nombrados, una breve referencia a la negociación colectiva, denotando o explicándose al mismo tiempo la fórmula empleada por el Constituyente chileno, esto es, separar las materias que contempla el contenido actual de la libertad sindical. A los Convenios se une la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales laborales de la OIT, del año 1998, la cuál coloca como primer principio, la libertad sindical, incluyendo la negociación colectiva, lo que origina una seria presión en la legislación interna de nuestro país, dada la obligación de adecuar las normas internas de los estados a las disposiciones que adopta la OIT. Comentario aparte ofrece la ausencia de la Huelga como

¹⁴⁶ Cfr. Gamonal Contreras: "El Derecho Colectivo Chileno Frente a los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT" en "Trabajo y derecho". Legal Publishing, Santiago, 2011.

¹⁴⁷ Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y la protección al derecho a sindicación. D.O. de 12 de 05 de 1999; Convenio N° 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. D.O. 12 de 05 de 1999; Convenio N° 135 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores. D.O. 12 de 05 de 1999.

materia a reglamentar por los Convenios, pero ello no significa que para el órgano internacional no sea un componente imprescindible de la libertad sindical. En este sentido Gernigón, Odero y Guido, señalan que la OIT, a pesar que no existe Convenio expreso sobre la Huelga, reconoce que es un derecho vital dentro de la libertad sindical, enfatizando que tiene la categoría de un derecho fundamental del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores, protegido en el ámbito internacional, siempre que su ejercicio revista un carácter pacífico y concluyen con un catálogo de un cuerpo de principios sobre el derecho a huelga¹⁴⁸. En relación a esta fuente internacional del derecho del trabajo, es necesario advertir, que ella está siendo utilizada como fundamento para sentenciar casos de conflictos laborales que conoce la judicatura chilena¹⁴⁹, y ello cumpliendo además el mandato obligatorio de la horizontalidad de las fuentes consagrado en el actual artículo 459 N° 5 del CT. Que describe los requisitos que debe cumplir la sentencia del juez del trabajo.

12.4.- El marco legal de la libertad sindical.

Finalmente, sin desconocer el valioso aporte de la jurisprudencia administrativa a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo que versan sobre la libertad sindical en nuestro país¹⁵⁰, se debe concluir este

¹⁴⁸ Estos autores mencionan dentro del cuerpo de principios, el reconocimiento con carácter general del derecho de huelga a los trabajadores del sector público y privado. Solamente es admisible hacer excepciones de este derecho a categorías muy específicas de trabajadores, como por ejemplo, las fuerzas armadas o servicios esenciales cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población. Gernigón, Bernard: et. al., "Principios de la OIT sobre el derecho a huelga", en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, N° 4, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, año 1998.

¹⁴⁹ Sentencia Corte Apelaciones de Santiago, 31 de marzo de 2008, ROL 1701-2007.

¹⁵⁰ Dirección del Trabajo ha emitido diversos pronunciamientos respecto del contenido de la libertad sindical en aspectos específicos, como por ejemplo.

marco regulatorio con el diseño contenido en el Código del Trabajo, respecto de los Sindicatos, la Negociación Colectiva y el derecho a Huelga, que se contemplan en los libros III y IV del citado cuerpo legal. En esta regulación de rango legal se contiene una normativa con énfasis en los aspectos orgánicos de los sindicatos, con una negociación limitada dada la categorización que la ley realiza distinguiendo entre la negociación colectiva reglada, negociación colectiva no-reglada y una tercera, que podemos denominar semi-reglada, las cuales no tienen una cobertura que legitimen estos mecanismos, que por lo demás están desarrolladas de forma tan extensa que parecieran constituir un serio límite al ejercicio de la libertad de negociación. Por lo demás se debe destacar que la Huelga sólo es un instrumento legítimo en una de las negociaciones (la reglada) descartándose de las otras dos restantes y en un claro reproche al sistema legal, se sujeta a una serie de etapas y formalidades que dificultan el ejercicio de dichos derechos. Esta fórmula legal ha originado una jurisprudencia muy restrictiva del contenido de la libertad sindical en Chile, centrando su actividad en la interpretación de esta reglamentación, sobre todo por el Máximo Tribunal¹⁵¹, abandonándose su carácter de derecho fundamental.

Dictamen N° 1185/016 del 10 de 03 de 2012; N° 3228/051 de 21 de 07 de 2010; N° 225/034 de 27 de 05 de 2011; N° 0368/008 de 20 de 01 de 2012.

¹⁵¹ Sobre la Huelga en general en Chile, Cfr. Varas Marchant, Karla- Gutiérrez Domínguez, José: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos", Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile; a propósito del escenario restrictivo Ugarte Cataldo, José Luis: "La Corte Suprema y derecho de huelga : aquí no, por favor". Estudios laborales en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No. 4, Santiago de Chile, 2009, p. 89 y sgtes; En particular sobre el criterio de la Corte Suprema sobre la aplicación del concepto de reemplazo de trabajadores, ver reciente fallo del 7 de 03 de 2013, ROL 4936-2012.

En esta misma línea argumental, y siguiendo una tradición muy arraigada en la cultura jurídica chilena, la fuente ley se ha transformado en la gran regla destinada a disciplinar las relaciones laborales en Chile, originando un estatuto que pudiera sugerir un gran avance, y que sin embargo, en los hechos afecta gravemente el ejercicio de la Libertad Sindical. En efecto, si observamos nuestra legislación laboral existe claramente una prevalencia de la heteronomía sobre la autonomía colectiva, expresión misma de la limitación a la actividad sindical, sobre-reglamentadora y con una fuerte intervención estatal¹⁵². Aún más, en nuestro país el tratamiento dado por la legislación en general es insuficiente y superficial al entender y definir el modelo colectivo de relaciones de trabajo solo en sus aspectos procedimentales y formales¹⁵³, esto es, como una mera facultad de organización por parte de los trabajadores, perdiendo el foco del conflicto como proyección de intereses antagónicos. En efecto, "lo que caracteriza a un organización sindical no es su estructura, ni sus posibilidades de organización, ni otras actividades

¹⁵² Cfr. Gamonal CONTRERAS, Sergio: "Perspectivas Futuras del Derecho Sindical Chileno. Desafíos de nuestro Derecho Sindical" en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997.

¹⁵³ Como lo señala Caamaño "Es así, que si se examina desde una perspectiva general la legislación de la época, es posible inferir que ella asumía una concepción restrictiva de las facultades inherentes a la noción de libertad sindical, lo que encontraba también un correlato en la visión de la doctrina juslaboralista tradicional chilena, y se traducía, en concreto, en una exclusión del ámbito funcional de la libertad sindical, es decir, el ejercicio de la actividad sindical en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, poniendo el acento, básicamente, en las facultades de constituir, organizar, afiliarse y desafiliarse de una organización sindical. Por lo anterior, desde este punto de vista, se tendía generalizadamente a asociar la libertad sindical de manera exclusiva con el derecho de sindicación¹³, lo que coincidía, a su vez, con la estructura normativa adoptada por nuestra Constitución Política de la República (CPR) y una lectura meramente formalista y no finalista de sus disposiciones, en razón de que el texto constitucional consagra separada- mente el derecho de sindicación (artículo 19 no 19) del derecho a negociar colectivamente (artículo 19 n° 16 inciso 5) y asume un reconocimiento negativo y limitado del derecho a huelga (artículo 19 no 16 inciso 6). Caamaño Rojo, Eduardo, Ob. cit., p. 272.

propias de personas jurídicas con o sin fines de lucro, sino la posibilidad de negociar colectivamente y de declarar la Huelga”¹⁵⁴, siendo estas últimas expresiones concretas de medidas de acción directa.

Por otra parte, si analizamos la regulación de las relaciones laborales en Chile nos damos cuenta que ella está dada por la tutela estatal al trabajador a través de normas de orden público que reglamentan el contenido del contrato de trabajo sin que las partes puedan alterar sus disposiciones, salvo para establecer mejores condiciones para el trabajador, siendo la principal fuente reguladora de las relaciones de trabajo, la ley, relegando a un segundo plano la autonomía colectiva. La ideología de este sistema respecto del derecho colectivo, recae en el hecho que “el mundo político no mira con buenos ojos el surgimiento de poderes intermedios, de naturaleza sindical. Existe pánico al conflicto, lo que redundo en el excesivo control de las elites políticas en el movimiento sindical”. Así, “el sistema reglamentarista es propio de democracias más formales que reales, en naciones más autoritarias que pluralistas, en las que el eventual respeto y fomento del sindicalismo va de la mano con la necesaria profundización del sistema democrático”.¹⁵⁵

La estructura de las relaciones de trabajo en nuestro modelo colectivo se encuentra limitado por el modelo ideológico de relaciones laborales que el régimen militar impuso hacia fines de la década del setenta, fundado en la desconfianza del poder normativo que pudiere reconocerse a los trabajadores y empresarios para determinar las condiciones salariales y de trabajo en general, lo que se implementó a

¹⁵⁴Gamonal Contreras, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”, Legal Publishing, año 2008, p. 51.

¹⁵⁵Gamonal Contreras, Sergio: “Derecho Colectivo del Trabajo”. Ob. Cit., p. 16.

través de un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país. Como lo señala Rojas Miño tal proceso, que se denominó “modernizaciones”, comprendió además del área laboral, el de educación, el de salud y el régimen previsional en el campo de la seguridad social, entre otras.

Siguiendo a la misma autora, tal manifestación se expresa en la regulación de la cobertura subjetiva de la negociación colectiva (número de trabajadores que ejercen el derecho)y en los niveles de la misma (posibilidad de extender el ámbito físico de la negociación, por ejemplo, involucrar varias empresa, o por rama de actividad)

En cuanto a la primera limitación, esto es, en referencia a la cobertura subjetiva, se limitó en cuanto al sector económico, permitiendo la negociación colectiva en el sector privado y en las empresas del Estado limitadamente. En esta misma línea, en cuanto a las categorías de trabajadores al interior de las empresas, se excluyó de la negociación colectiva a los cargos directivos de las empresas y, también, a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y a los contratados por obra o servicios y los trabajadores de temporada¹⁵⁶.

En relación a la segunda limitación, es decir, a los niveles de la negociación colectiva, se limitó a un único nivel de estructura, siendo tal la empresa, prohibiéndose en términos absolutos la negociación colectiva en niveles superiores. “¿Cuál es el objetivo de fijar heterónomamente este nivel de negociación, imponiéndolo, a la vez, como único nivel de la estructura? El objetivo explícito, manifestado por los autores del Plan

¹⁵⁶ Rojas Miño, Irene: “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el plan laboral” en Revista Ius et Praxis, N° 13 año 2010, p. 202 y sgtes.

Laboral, fue «someter el nivel de remuneraciones a la productividad del trabajo», tal como además se plantea en uno de los considerando de este Decreto Ley 30 y, además, «impedir la politización de la negociación colectiva»¹⁵⁷.

Esto se debe principalmente a que tal modelo de regulación se inspira en la idea neoliberal de que la negociación colectiva debe limitarse a ser un medio por el cual trabajadores negocian agrupados en grupos independientes o sindicatos, sus remuneraciones con el empleador sobre la base del valor que tiene sus aportes en las empresa, no siendo la negociación colectiva un mecanismo de redistribución de la riqueza, sino por el contrario, asegura la equivalencia entre remuneraciones y productividad, subordinándose el trabajo al capital, contribuyendo a generar una tasa de ganancia libre de interferencias laborales reforzando el patrón de acumulación derivado del modelo económico adoptado¹⁵⁸, “ignora el objetivo último de la negociación colectiva, que es el de democratizar las relaciones laborales”¹⁵⁹.

Por otro lado, en lo tocante a la organización propiamente tal al interior de la empresa, se produce un fenómeno de paralelismo y atomización laboral. El modelo normativo permite “el paralelismo sindical al interior de la entidad que sirve de base a la constitución de sindicatos, es decir, la empresa. Por una parte, se pueden constituir tantas organizaciones sindicales como se desee, en cuanto reúnan los quórum mínimos y, por la otra, no se reconoce derecho alguno al sindicato más representativo, criterio indispensable para lograr una autonomía que goce

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 203.

¹⁵⁸ Caamaño Rojo, Eduardo- Ugarte Cataldo, José Luis: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, *ob. Cit.*, p. 27.

¹⁵⁹ Rojas Miño, Irene. *Ob. cit.*, p. 212 y sgtes.

de legitimación entre los actores de las relaciones de trabajo. A la vez, se le reconoce espacio a los grupos de trabajadores representantes de fraccionados intereses laborales, lo que ha generado un espacio eficaz para las presiones empresariales tendientes a eliminar la organización sindical, asimismo para quitar eficiencia a la negociación colectiva o generar seudos acuerdos colectivos, como han sido los convenios colectivos suscritos por coaliciones de trabajadores”¹⁶⁰.

Finalmente, pero no menos importante, es el actual escenario negativo de la Huelga como derecho fundamental. Como se suele afirmar, no hay negociación colectiva sin la posibilidad de hacer ejercicio legítimo de mecanismos de protección que permitan la auto tutela de los intereses laborales por los mismos intervinientes en un proceso de negociación.

Al respecto, el Plan Laboral sólo reconoció a la Huelga como derecho en el marco del procedimiento de negociación colectiva reglada, limitando su ejercicio. En efecto, “el legislador chileno regula con detallismo el ejercicio de la Huelga, sometiéndolo a un régimen jurídico que podrían catalogarse, sin duda, como uno de los más intervencionistas en la tradición jurídica continental. Nuestro modelo legal de Huelga trasunta una evidente y mal disimulada agresividad con la tutela directa de los trabajadores”¹⁶¹.

Es más, tal concepción de la Huelga es propia de aquellos países de escasa sindicación y de poca tradición de diálogo social, que se

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 206.

¹⁶¹ Cfr. Caamaño, Eduardo- UGARTE, José Luis- Gamonal, Sergio: “Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)” Instituto de Estudios Laborales FIEL (Santiago, 2009), p. 46, disponible en <http://fielchile.org/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DE RECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf>[última consulta: 9 de mayo de 2013]

caracterizan por un fuerte aversión al conflicto colectivo, y una fuerte preeminencia tanto de la autonomía individual como de la injerencia estatal, representando el extremo dentro de este modelo reglamentario¹⁶².

Nuestro orden jurídico “trasunta una agresiva actitud con respecto de la Huelga, específicamente por parte del legislador, que responde, evidentemente, a la ideología dominante en los redactores de dicha regulación legal (...) pretendiendo negar el conflicto colectivo en la relaciones laborales, al que se acusaba, sin vacilaciones, de propio de doctrinas marxistas”¹⁶³. En palabras de JOSÉ PIÑERA “la idea básica fue sacar a este proceso de la arena del conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente- con gran satisfacción de los partidarios de la lucha de clases- y devolverlo a su función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo”¹⁶⁴.

13.5.- la deficiente regulación de la libertad sindical.

La configuración limitativa de aquella concepción de la libertad sindical en su “visión triangular del derecho colectivo del trabajo”¹⁶⁵, no puede ser compartida, puesto que el concepto mismo en cuestión no se limita solo a los aspecto individuales de su ejercicio, sino por el contrario, necesariamente debe enfocarse a la tutela y protección de intereses colectivos propios del desarrollo de la actividad sindical en su aspecto

¹⁶² Ibíd., p. 45 y sgtes.

¹⁶³Caamaño Rojo, Eduardo- Ugarte Cataldo, José Luis: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, ob. cit., p. 78.

¹⁶⁴Piñera, José: “La Revolución Laboral”, Editorial ZIG-ZAG, Santiago, 1990, p. 49.

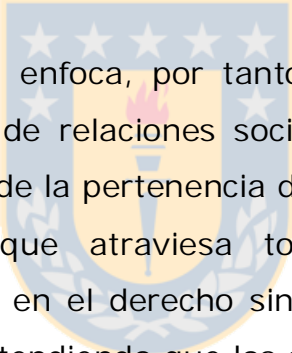
¹⁶⁵De la Cueva, Mario: “El humanismo jurídico de Mario de la Cueva”, p. 675 y sgtes., citado por Gamonal, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”. Ob. cit., p. 51.

utilitario funcional, vinculado específicamente al derecho de negociación colectiva y derecho a Huelga como derechos de naturaleza redistributiva y equitativa, pero contextualizados en el seno de una relación contradictoria entre el capital y el trabajo.

Aún más, una de las principales finalidades de la garantía de la libertad sindical es permitir a los empleadores y trabajadores unirse en organizaciones independientes de los poderes públicos, con capacidad para determinar, por medio de contratos y convenios colectivos llevados a cabo libremente, los salarios y otras condiciones de empleo, teniendo los sindicatos el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios de actuación, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores detentan el derecho a organizar libremente sus actividades y formular su propio programa de acción.

En efecto, La libertad sindical constituye uno de los ejes centrales de nuestra disciplina, qué duda cabe, e implica el reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, la importancia del diálogo y la necesidad de afinidad entre los diversos intereses sociales. En efecto, en cualquier sistema de derecho colectivo su conformación recae en el conflicto contrapuesto de las expectativas de empresarios y trabajadores y las soluciones propuestas para resolver tales antinomias. Como lo explica GAMONAL, el conflicto se refleja en que “los empresarios pueden legítimamente desear que el costo del trabajo les permita desarrollar su actividad, y los trabajadores legítimamente aspirar a mejorar sus

remuneraciones; los empresarios pueden desear encontrar el trabajador más adecuado para cada vacante y los trabajadores pueden tener interés en que haya un puesto de trabajo para cada desempleado; los empleadores pueden pretender legítimamente que el ordenamiento jurídico les permita la máxima movilidad de la fuerza de trabajo y los trabajadores pueden exigir, también legítimamente, tener una estabilidad mínima que les permita planificar su vida y la de su familia; los empresarios aspiran a poder planificar sus costos y riesgos anticipadamente y que la sociedad les garantice dicha planificación, y los trabajadores saben que sin el derecho de Huelga se encuentran indefensos y aspiran a que se les permita ocuparlo como medio de presión”¹⁶⁶.



La necesidad se enfoca, por tanto, en encuadrar el fenómeno del trabajo en las líneas de relaciones sociales no armónicas y en conflicto permanente derivado de la pertenencia de clases sociales diferenciadas. La conflictividad social que atraviesa todo el derecho del trabajo es especialmente notoria en el derecho sindical acostumbrado a medirse en términos de poder, entendiendo que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa¹⁶⁷.

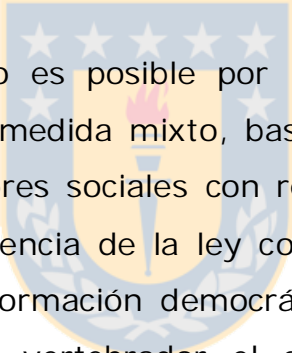
12.6.- La autonomía sindical y su contribución a las fuentes.

Esta forma de entender el Derecho del Trabajo permite atenuar las desigualdades de poder, constituyéndose y configurando su normatividad de manera dinámica en base a la interacción de empresarios y

¹⁶⁶ Gamonal, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”, Ob. Cit., pág. 56.

¹⁶⁷ Baylos Grau, Antonio: “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, p. 11.

trabajadores agrupados de preferencia en sindicatos, de manera que la regulación estatal sea de mínimos y de protección a la actividad sindical. Esto último solo es posible por la generación de un sistema de autonomía, en cierta medida mixto, basado principalmente en el rol que han de jugar los actores sociales con relativa independencia del Estado, desplazando la autonomía a la ley como fuente principal reguladora y potenciando una conformación democrática de las relaciones de trabajo, teniendo como eje vertebrador el ejercicio de libertad sindical y en especial la negociación colectiva "Corresponde a la autonomía colectiva (¿y si no a quien?) evitar que el derecho del trabajo se coloque a la cabeza para interiorizar y publicitar la filosofía de la flexibilidad"¹⁶⁸.



Esto último sólo es posible por la generación de un sistema de autonomía, en cierta medida mixto, basado principalmente en el rol que han de jugar los actores sociales con relativa independencia del Estado, desplazando la prevalencia de la ley como fuente principal reguladora y potenciando una conformación democrática de las relaciones de trabajo que tenga como eje vertebrador el ejercicio de libertad sindical, en especial la negociación colectiva, proscribiendo progresivamente el paternalismo estatal.

Ahora bien, ello no descarta la aplicación de las otras fuentes usuales que el Derecho del Trabajo utiliza para resolver los problemas o controversias que surgen en las relaciones individuales y colectivas de trabajo; pero dan cuenta de la necesidad de sustituir una fuente clásica (la ley), por otra disponible, como la autonomía colectiva y que de acuerdo a

¹⁶⁸ Romagnoli, Umberto: "Las transformaciones del derecho del trabajo", en "Experiencias de flexibilidad normativa", Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992, p. 27.

las reflexiones antes realizadas, entregaría un servicio más eficiente al conflicto.

La concreción de una mayor autonomía a los actores colectivos de las relaciones laborales, requiere un diseño que se refleje en la regulación de la libertad sindical, y que para estos autor debe comprender el reconocimiento constitucional, distinguiendo una garantía laboral en el plano individual y otra, que concentre la libertad sindical en su concepción moderna, esto es, la organización sindical, la negociación colectiva y el reconocimiento expreso del derecho a huelga, contribuyéndose de esta manera a la formulación de un principio constitucional laboral que pueda desarrollarse por una jurisprudencia, lo que sería coherente con el recientemente introducido Procedimiento de Tutela Laboral, que tiene por objeto precisamente cautelar el ejercicio de la libertad sindical. Asimismo, en el plano legal se puede ensayar un modelo regulatorio menos formalista, consagrando una primera parte enunciando principios y, luego implementar una normativa que plasme la protección del derecho como método necesario para proporcionar un escenario de igualdad en la solución de los conflictos colectivos. Paralelamente, la regulación de la ley debe armonizarse con los Convenios de la OIT, a que se hizo referencia en este trabajo, dejando al debate de todos los actores, el consensuar un mecanismo de ejercicio del derecho a huelga, teniendo en cuenta la experiencia de otras naciones que comparten ciertas características comunes y por supuesto, nuestra realidad.

13.- El bloque de constitucionalidad y su relación con los derechos de naturaleza laboral.

Dado el orden seguido en este trabajo, respecto de cuales son los derechos constitucionales y su proyección legal, una corriente constitucionalista agrega a la dignidad humana y el catálogo de derechos contemplados en el artículo 19 de la C.P., el denominado bloque de constitucionalidad. Para Nogueira esta noción debe entenderse como “el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto en el derecho convencional como en el derecho consuetudinario y los propios *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente”¹⁶⁹.

Como se puede advertir, esta noción enriquece notablemente el contenido de los derechos fundamentales en virtud de la modificación del año 1989 al precepto 5° de la C.P., al indicar que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, para agregar a renglón seguido – que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así las cosas, en virtud de esta regla, se haría necesario agregar a los derechos fundamentales antes estudiados, el contenido del llamado bloque de constitucionalidad, que estaría

¹⁶⁹ Nogueira Alcalá, Humberto: “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Librotecnia. Santiago de Chile, año 2007, p. 31.

constituido no solo por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y recepcionada por la C.P., sino también por dichos derechos contemplados en tratados internacionales o fuentes de derecho internacional.

Esta corriente se abre paso con mucho vigor, y por ello es útil que la doctrina laboral la tenga en cuenta a la hora de determinar si los derechos fundamentales que se proyectan a la legislación laboral deben estar limitados a su comprensión clásica o debe extenderse al llamado bloque de constitucionalidad. En todo caso esta postura favorable a la ampliación de los derechos fundamentales enfrenta serias objeciones, tal como se puede apreciar en la obra de Aldunate Lizama¹⁷⁰, quien describe el estado del debate respecto de esta materia.

Continuando con las reflexiones anteriores, y dado que las materias relacionadas con el trabajo se vinculan a la categoría constitucional de los llamados derechos sociales o de prestación; ello también produce una seria dificultad al tratar de incorporar la noción de bloque de constitucionalidad a los derechos de carácter laboral, puesto que calificar los derechos fundamentales laborales como derechos esenciales o humanos, tampoco es pacífico incluso en la doctrina laboral¹⁷¹. En todo caso no cabe duda que ello ya ha producido alguna reacción jurisprudencial y ella destacadamente es originada por la normativa que

¹⁷⁰ Eduardo Aldunate. "Derechos Fundamentales". Ob. cit., p. 338 y sgtes.

¹⁷¹ Para Babace, el bloque de constitucionalidad alude a "que el derecho de los derechos humanos está contenido en normas supranacionales que se imponen a los estados, porque constituyen orden público internacional en tanto establecen principios básicos de convivencia"... "las normas de derecho internacional, tanto convencionales como consuetudinarias, son de aplicación directa y automática, esto es sin necesidad de ningún procedimiento de internalización ni de transformación alguna". Héctor Babace, ob. Cit., p. 253.

emana de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual en muchas ocasiones desarrolla derechos de rango constitucional de los estados que la conforman, pudiendo ejemplificarse con los convenios N° 87 y 98 sobre libertad sindical los cuales están ratificados por nuestro país¹⁷².

En el escenario anterior, Barbagelata¹⁷³ manifiesta un evidente entusiasmo por la recepción del bloque de constitucionalidad en lo que el denomina “derechos humanos laborales”, aun cuando reconoce una cierta resistencia a su incorporación, estimando que ello es fruto de la inspiración neoliberal que obstaculiza cualquier interpretación que sirva para consolidar los derechos humanos laborales. Para este autor, el bloque “está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina, lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos. Por lo demás, son frecuentes los fallos sobre infracciones a la respectiva Constitución, dictados por tribunales especializados de varios países, que invocan únicamente principios como fundamento de sus decisiones. Así la jurisprudencia constitucional Alemana, se ha basado en el Principio del Estado Social, para salvar la falta de disposiciones concreta en materia de derechos sociales en la Lex Fundamentalis de Bon, sin perjuicio de lo cual, debe tenerse presente que la aptitud reconocida a los tribunales, por las leyes o las prácticas, para extraer y aplicar tales principios, puede variar en la práctica de los

¹⁷² El Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y protección del derecho a sindicación, en D.O. de 12 de mayo de 1999, y El Convenio N° 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva, en D.O. de 12 de mayo de 1999, ambos en virtud del Decreto promulgatorio N° 277.

¹⁷³ Barbagelata, Héctor Hugo: “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales” en “Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2009, pp. 223-224.

distintos sistemas". Este autor uruguayo, explica que si bien los tratados internacionales están sometidos a un régimen de aprobación por los órganos legislativos correspondientes, no por ello dejan de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes e incluso se le reconoce super-legalidad, ya sea en forma expresa o porque ello emana de la naturaleza de la materia que aborda el tratado. Así, concluye el mencionado doctrinador que los derechos humanos laborales, que integrarían el bloque de constitucionalidad de cada Estado, tienen vocación de plenamente ejecutables y además de crear obligaciones a los Estados, pueden producir efectos y ser invocados en los conflictos entre particulares.

Aplicando esta corriente al derecho del trabajo, y a modo ejemplar se impregnarían de contenido jus-fundamental, los convenios de la O.I.T. y la Declaración de la O.I.T. sobre Principios y Derechos Fundamentales del año 1998¹⁷⁴. Ahora bien, en zona legal laboral, la disposición del artículo 5 del C.T., refiere que las facultades que la ley reconoce al empleador no pueden prevalecer respecto de los derechos constitucionales del trabajador, sin formular distingo alguno si se refiere al catálogo del artículo 19 de la CP, aun cuando la doctrina laboral así lo entiende¹⁷⁵. En este escenario es perfectamente admisible la ampliación de los derechos fundamentales a la noción de bloque de constitucionalidad, aún cuando ello solo sería un instrumento para el juez del trabajo al conocer de

¹⁷⁴ "En esa oportunidad se reconoció el valor jurídico al preámbulo de la Declaración, pero quedó aclarado que era conveniente que las cláusulas de carácter netamente dispositivo fueran colocadas en esa parte del instrumento". Barbagelata, Héctor Hugo: "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista" Ob. Cit., p. 162.

¹⁷⁵ José Ugarte: "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol XX, N° 2, Valdivia, diciembre 2007, p.63.

conflicto de derechos que no sean de aquellos mencionados en el Procedimiento de Tutela Laboral, por cuanto este procedimiento está diseñado para casos específicos. A manera sintética, el autor ve perfectamente viable la aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad al derecho del trabajo por cuanto ello materializa la vigencia de un estado democrático social de derecho, lo que claramente ya no puede tener un carácter aspiracional y ello da cuenta la sostenida demanda social en nuestro país y que las instituciones de gobierno tratan de responder conforme a nuestros recursos.



IV.- La doble regulación de los derechos fundamentales. Efectos y consecuencias en el derecho chileno.

Descrita la vinculación constitucional y legal de los derechos fundamentales de carácter laboral en los capítulos anteriores es necesario examinar los efectos de dicho modelo, como también las consecuencias que se producen en la operatoria del sistema jurídico nacional y, destacadamente, en la manera en como los jueces del trabajo resuelven casos relacionados con conflictos de derechos constitucionales y que se suscitan entre empleadores y trabajadores.

En opinión del autor, una manera de abordar las consecuencias de la fórmula descrita es, proporcionar un catálogo que sirva de orientación al operador jurídico al relacionarse con los conflictos constitucionales y legales laborales, advirtiendo que ello representa una postura no exenta de objeciones, pero justificadas en el afán de proporcionar una metodología segura que permita obtener soluciones coherentes con nuestro sistema jurídico y al mismo tiempo que concretan la prevalencia y eficacia de los derechos constitucionales en la relación entre patrono y trabajador .

Fijado el escenario anterior, veamos el catálogo:

1. La supremacía o prevalencia constitucional.

1.1. El carácter vinculante de los derechos fundamentales.

Al enfrentar cualquier tipo de derecho de doble regulación como por ejemplo, la libertad de opinión del artículo 19 N° 12 de la C.P., y la

hipótesis legal de práctica antisindical consistente en aquella conducta en que por cualquier medio se entorpezca o se impida la libertad de opinión de los miembros del sindicato, contemplada en el artículo 291 letra b) del C.T.; la primera regla es la prevalencia del texto constitucional. Ello en virtud del principio de que las normas constitucionales vinculan a todos los poderes públicos. En este sentido, Palomeque¹⁷⁶ señala que “reiterándose así, en este plano de la tutela de los derechos constitucionales, la norma general, y de más amplio alcance, ya contenida en el artículo 9.1 C.E., de acuerdo con la cual, los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico “(principio de constitucionalidad)”. Volviendo al ejemplo, la prevalencia de la regla constitucional y por ende el predominio de su contenido, resulta justificado plenamente por la ausencia de contenido o condiciones de aplicación de la regla del C.T., en otras palabras no existe posibilidad alguna de mediar el contenido de la norma fundamental. En esta línea, no cabe duda del carácter normativo¹⁷⁷ que detenta el derecho a la libertad de opinión, contemplado en el citado artículo 19 N° 12 de la C.P. produciéndose la vinculación directa de su contenido y por ende puede ser invocado por el trabajador que estima vulnerada su autonomía a expresar, por ejemplo sus opiniones políticas, religiosas o culturales al interior de su trabajo.

En síntesis, el primer paso que debe seguir el operador jurídico, es tener en cuenta la aludida prevalencia, de lo contrario, de observar el

¹⁷⁶ Palomeque, Manuel - Alvarez de la Rosa, Manuel, “ Derecho del Trabajo”, ob.cit., p. 139.

¹⁷⁷ Para el TC, esta libertad alude a que “ Su contenido comprende las declaraciones sobre hechos y las meras opiniones independientes de su fundamentación, alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas, pudiendo incluso ser causal de justificación de imputaciones por afectación a la honra y el honor. Sentencia del TC, de fecha 23 de septiembre de 2010, Rol N° 1463.

conflicto desde la perspectiva del ejemplo de la regla de la práctica antisindical ya citada, es perfectamente posible, que la solución que se postuló contrarie al diseño y contenido del derecho fundamental¹⁷⁸.

En todo caso, es útil distinguir si esta situación se produce en el marco de una acción constitucional, o una acción sometida al conocimiento del juez del trabajo, debiendo a su vez en esta opción, distinguirse si el procedimiento utilizado es el de tutela laboral (Capítulo II, libro V, párrafo 6 Procedimiento de Tutela Laboral C.T.) o el procedimiento de aplicación general (Capítulo II, párrafo 3º, libro V del C.T.), ya que en el primero y en el último la Corte o el Juez laboral en su caso están obligados a resolver la contienda como un caso de conflictos de derechos constitucionales, no así en el segundo, en que el tribunal goza de una mayor libertad para enfrentar la controversia, como por ejemplo si la restricción o vulneración de la libertad de opinión fuese parte de los hechos que exhibe el empleador como justificación a un despido por la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del C.T. En este sentido Pérez Royo¹⁷⁹, señala “La constitución es norma jurídica y no simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso lo que caracteriza a la constitución del siglo XX, frente a la Constitución del siglo XIX, son las garantías constitucionales, es decir las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, con base en lo cual

¹⁷⁸ A modo ejemplar se puede señalar sentencia de unificación de jurisprudencia, del Máximo Tribunal, de 22 de diciembre de 2011, Rol N° 829-2011, en la cual se resuelve que “la concurrencia de prácticas antisindicales está determinada por la presencia de un elemento subjetivo, cual es, el ánimo específico de provocar un resultado lesivo en el derecho a la actividad sindical, en cualquiera de sus manifestaciones”. El requisito de subjetividad se opone abiertamente al derecho fundamental de la libertad sindical en cuanto impone exigencias que dificultan el ejercicio de dicho derecho.

¹⁷⁹ Pérez Royo, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2012, p. 67 y sgtes.

se va a ir afirmando progresivamente el control de constitucionalidad de los actos del legislador”.

Adicionalmente al principio de la vinculación directa, la supremacía constitucional se hace ineludible al constatar la postulada “eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁸⁰, en cuanto las normas constitucionales pueden ser esgrimidas por las partes del contrato de trabajo como reglas directamente aplicables para resolver los conflictos que pueden suscitarse entre empresarios y trabajadores. En este aspecto, la relación de trabajo vincula a dos sujetos privados, que permite la prevalencia o poder de uno y la sujeción del otro a dicho poder. Este escenario hace propicia la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Así, Melis¹⁸¹ señala “la empresa – como expresión del poder privado – constituye un escenario poco amistoso para el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, y los modelos de gestión empresarial, apuntan hacia una mayor implicación y adhesión del trabajador a los objetivos de la empresa, aumentando considerablemente la autoridad directiva en el seno de las relaciones laborales. La lógica empresarial determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y de la maximización de los beneficios, puede convertirse en un serio y poderoso obstáculo en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos”. La situación de poder descrita por el autor antes mencionado, no era una realidad sin control por las reglas legales-laborales; pero claramente eran insuficientes para obtener el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales. En síntesis, la tesis de la eficacia horizontal, surgida hace medio siglo en Alemania, a

¹⁸⁰ Valdés Dal-Ré, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, ob.cit., p. 46 y sgtes.

¹⁸¹ Melis Valencia, Cristian. Ob. Cit., p. 39.

propósito de una sentencia de un tribunal federal del trabajo¹⁸² ha constituido un aporte valioso para la dogmática jurídica laboral chilena y que ha tenido entusiasta acogida en la judicatura laboral de nuestro país¹⁸³.

1.2. El test de constitucionalidad.

Se concluye así, que hoy en día no es posible acometer un conflicto que surja entre empresarios y trabajadores, sin realizar primero un examen o test de constitucionalidad de la controversia, y ello no significa peyorizar la normativa de rango legal contenido en el C.T., ya que ella mantienen su vigor y vigencia. Desde este punto de vista, el test de constitucionalidad no implica necesariamente que el conflicto deba calificarse como una controversia que tiene como supuesto el desconocimiento de algunos de los derechos mencionados en el capítulo III de este trabajo, ya que por ejemplo, si el empleador decide desvincular al trabajador o ejercer la facultad del *jus-variandi* contemplado en el artículo 12 del C.T.¹⁸⁴ bien puede que alguna de esas decisiones afecten directamente el derecho fundamental del trabajador, y por ende, se impone que el caso sea sometido al prisma constitucional, pero en otros, dada la escasa conexión de la lesión con derecho fundamental con el ejercicio de dicha facultad empresarial, se impone sin contrapeso el examen de carácter legal. En

¹⁸² El Tribunal Federal del Trabajo, en su decisión de 18 de enero de 1955, acogió el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, adoptando la posición que sostenía H. Nipperdey.

¹⁸³ A modo ejemplar, Sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2009, RIT N° T-33-2009.

¹⁸⁴ "El *jus variandi patronal* es una alteración continuativa, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo... De los caracteres aludidos la unilateralidad es la nota que adjudica atipicidad al *jus variandi*. En efecto, rompe las bases conceptuales de la idea de contrato para acordar poderes jurídicos innovadores, a una sola de las voluntades del consenso". Sarthou, Helios: "Trabajo, derecho y sociedad", tomo II, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2004, p. 38.

buenas cuentas debe descartarse una cierta tendencia a calificar como constitucional cualquier controversia que surja entre trabajadores y empleador. Si bien es cierto que en el caso del despido, el artículo 489 del C.T., ubicado en el procedimiento de tutela de derechos constitucionales, es la vía más propicia para extender sin límites la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, al menos el catálogo reducido que admite dicho procedimiento, en un buen instrumento para poner las cosas en su lugar. En este mismo aspecto, la judicatura del trabajo¹⁸⁵ no ha dudado en calificar como despido vulneratorio de derechos constitucionales, la decisión de poner término al trabajo por la causal de necesidades de la empresa, la cual encubría una conducta discriminatoria, caso que antes de la reforma procesal laboral, era muy difícil de calificar como vulneración de algún derecho constitucional, y ello se ve facilitado por el alivio o atenuación probatoria que contempla el artículo 493 del C.T., a favor del trabajador.

En el examen de constitucionalidad que se postula en este trabajo, es imprescindible establecer cuales son los derechos constitucionales del empresario o del trabajador que se encuentran en conflicto, ya que debe recordarse que estos derechos no pueden ser absolutos en cuanto cada uno de los ciudadanos son titulares de los mismos y por ende son sujetos de protección y tutela por el ordenamiento jurídico. Luego, la determinación de la posible afectación a la dignidad o al contenido esencial del derecho constitucional que se estima amagado, es el punto de partida

¹⁸⁵ En Sentencia del juez del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT N° T-2-2009, se resolvió que el despido de una docente por necesidades de la empresa encubría una conducta discriminatoria en razón de una edad avanzada de la trabajadora.

de este examen en cuanto se delimita el límite de los límites¹⁸⁶. Dicho lo anterior, el análisis que a continuación debe efectuarse es si las limitaciones o restricciones que afectan el derecho constitucional de que se trata, son justificadas por el ordenamiento jurídico (sea de orden legal o reglamentario) o son carentes de razonabilidad o, simplemente arbitrarias¹⁸⁷, pero en ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial del derecho fundamental.

En definitiva, el operador jurídico que deba relacionarse con estos derechos de doble regulación, debe ampliar su caja de herramientas para la resolución de casos laborales, ya que el simple conocimiento del orden regulatorio legal laboral, es notoriamente insuficiente, y, porque no decirlo, superado por el actual estado de la teoría de los derechos fundamentales laborales.

1.3.- La mediación legal de los derechos fundamentales.

Por otra parte, los comentarios precedentes no excluyen el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y laboral existen marcadamente dos fórmulas de reglamentar los derechos fundamentales laborales, y que han sido objeto de numerosas reflexiones en este trabajo.

¹⁸⁶ "Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica". Sentencia Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987. Rol N° 43.

¹⁸⁷ La *arbitrariedad* es un estándar utilizado por la justicia constitucional chilena para resolver las contiendas que se plantean para su conocimiento, sea la proveniente de los tribunales ordinarios, incluida la Corte Suprema, sea la proveniente del Tribunal Constitucional. A modo ejemplar "Para que una resolución tenga el carácter de errónea o de arbitraria en grado de injustificable, es necesario que además de ser contradictoria con la razón se haya decretado de manera irregular o caprichosa". Sentencia de Corte Suprema de 30 de octubre de 1987, RDJ, tomo 84, sección 5ª, pag.262.

Así, existe un catálogo reducido (fundamentalmente los llamados derechos fundamentales laborales, específicos) entre los que se encuentran la libertad de trabajo del artículo 19 N° 16 y la libertad sindical del artículo 19 N° 19 y 16; más la prohibición de discriminación laboral¹⁸⁸ del artículo 19 N° 16, todos de la C.P. (aunque esta última puede adscribirse a la categoría de inespecíficos). Esta trilogía de derechos constitucionales ha sido desarrollada en el C.T., creándose un estatuto de orden legal que en la práctica, hacía innecesario, (al menos en el caso de nuestro país) relacionarse con el estatuto constitucional. Sin embargo, dado el progreso de la tesis constitucionalista es frecuente encontrar en estos tres casos, mención a los derechos fundamentales en las sentencias de la judicatura laboral¹⁸⁹.

Respecto de los otros casos de derechos fundamentales laborales, esto es los inespecíficos que se refieren en el capítulo III, esto es, la dignidad humana, la vida e integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos y la libertad de emitir opinión; a los

¹⁸⁸ Para este autor la prohibición de discriminación laboral, esto es, la referida en el artículo 19 N° 16 de la Carta Política, es de carácter específica, en cuanto se ha desarrollado un modelo antidiscriminatorio a consecuencia de la relación de trabajo, y ella se ha desarrollado profusamente en el C.T. los últimos años, lo que se valida con algunas de las recientes reformas a la codificación, citándose la prohibición de discriminación salarial, y la proscripción del acoso sexual y acoso laboral más recientemente.

¹⁸⁹ Por ejemplo en el caso sobre discriminación por origen étnico, el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en sentencia de 19 de marzo de 2011, RIT N° T-403-2010, se sostuvo " Que, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, razón por la cual se acogerá la denuncia a este respecto, con prescindencia de cualquier proporcionalidad y justificación", citando el fallo una serie de textos constitucionales y normas internacionales sobre derechos humanos.

que se debe sumar los derechos provenientes del bloque de constitucionalidad, todos los cuales no encuentran un desarrollo legal en el ámbito laboral, por tanto no cabe duda que prima el contenido constitucional, con la particularidad que al aplicar la solución jusfundamental, el conflicto tiene por causa las controversias entre las partes del vínculo laboral, asumiendo un amplio campo fáctico y que durante el tiempo irán configurando las orientaciones jurisprudenciales respecto de la operatoria de estos derechos. La prevalencia constitucional para los casos en que no existe mediación legal del derecho fundamental su puede validar al examinar varias sentencias dictadas por los tribunales del trabajo¹⁹⁰.

1.4.- Las antinomias entre la Constitución y la ley.

En la misma óptica de la prevalencia constitucional es necesario establecer si existe contradicción entre el texto constitucional que consagra el derecho fundamental y la regla de naturaleza legal¹⁹¹. Ello, porque la Constitución constituye un límite o método de control a la producción legislativa, por lo que de existir una antinomia en este sentido, la regla legal debe quedar sin aplicación, sea para el caso concreto que conoce el

¹⁹⁰ Sentencia Juzgado del Trabajo de Coronel, de 25 de enero de 2013, RIT N° T-1-2012. Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, de 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010; Sentencia segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2009, RIT N° T-33-2009.

¹⁹¹ "Ahora bien, ese legislador ya no dispone de un poder normativo ilimitado; el suyo es un poder vinculado a la Constitución. Y lo es por cuánto es ésta, la Constitución, la que prefigura el derecho, corresponde a la ley su configuración. Discernir cuáles son los márgenes de esa colaboración entre la ley y la Constitución equivale, precisamente, a interrogarse sobre el objeto de la mediación legislativa; en definitiva, sobre el alcance de la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales". Valdés Dal-Ré, Fernando. Ob. Cit., p. 59.

respectivo juez, o en los casos que el ordenamiento jurídico lo permite, derechamente se produce la derogación¹⁹².

El control de constitucionalidad se transforma también en un mecanismo de defensa frente a la desnaturalización legal del derecho del trabajo y en el caso de Chile, ello resulta claramente verificable en los casos de la libertad de trabajo, libertad sindical y prohibición de discriminación laboral, contemplada en los numerales 16 y 19 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. En relación al resto de los derechos constitucionales este control no se hace necesario ya que la ausencia de desarrollo legislativo permite aplicar sin más el contenido constitucional, como ya se dijo en comentarios anteriores de este trabajo. En Chile, el control de constitucionalidad de las disposiciones de rango legal puede ser ejercido en forma concentrada o difusa¹⁹³, en cuanto se contempla un tribunal especializado para resolver si una regla se ajusta o no a la Constitución; lo que no descarta que la judicatura común pueda resolver la prevalencia de una norma constitucional, aplicándola directamente. En sede laboral esto es muy nítido a la luz del nuevo procedimiento de tutela de derechos constitucionales numerosas veces mencionado en este trabajo, en el cual se le entrega competencia en forma expresa al juez del trabajo para resolver y pronunciarse respecto de casos de colisión de derechos constitucionales durante la vigencia del contrato de trabajo, y por ende

¹⁹² El control de constitucionalidad puede facultar al juez para no aplicar una regla dada su contradicción con la Norma Fundamental, pero no tiene el poder de derogarla. En el caso del control concentrado, diseñado en la C.P. Chilena, si se acoge un requerimiento de inconstitucionalidad, y el fallo se adopta por cierto quórum de los integrantes del Tribunal, la norma inconstitucional quedará derogada.

¹⁹³ El relación al control difuso de constitucionalidad por la judicatura laboral, esto no es discutido, dada la competencia entregada al juez del trabajo para conocer casos de vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Sobre esta materia, ver: Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad de la ley en las República de Chile". Ob. Cit., p. 389 y sgtes.

dicho juez podrá efectuar el examen de coherencia que debe existir entre la norma jusfundamental y la legislación del trabajo, optando en caso de contradicción por la aplicación directa de la Constitución. Esta fórmula ha enfrentado algunas críticas en la doctrina Chilena¹⁹⁴.

Hechas estas consideraciones es posible observar en la jurisprudencia nacional tanto del Tribunal Constitucional como de la judicatura del trabajo, algunos pronunciamientos respecto del control de Constitucionalidad. Así el T.C. chileno¹⁹⁵, ha expresado “que la Constitución Política de la República, en el N° 6 del inciso primero de su artículo 93, confiere a este tribunal constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulta contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso undécimo de la misma norma constitucional”. En este caso el tribunal se pronuncia respecto de la eventual constitucionalidad del inciso final del artículo 501 en relación con lo dispuesto en el precepto 478 letra b), ambos del C.T., por cuanto el primer precepto exige al juez del trabajo de incluir “una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes y el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación” (artículo 459 N° 3 y 4 del C.T.), lo que produjo la duda del juez del trabajo en cuanto si la regla impugnada contrariaba el mandato que emana del artículo 19 N° 3 de la

¹⁹⁴ Sobre este punto: Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. cit., p. 211 y sgtes; Ferrada, Juan- Walter, Rodolfo: “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento laboral”. Revista de Derecho, Valdivia, N° 24, 2011, p. 101 y sgtes.

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, 12 de noviembre de 2010, Rol N° 1514.

C.P., que consagra la exigencia que toda sentencia debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado - lo que implica que la sentencia debe contener la justificación y fundamentación indispensable para cumplir con el estándar de un proceso justo de naturaleza constitucional - a que tiene derecho todo litigante. El tribunal puntualiza que no existe la contradicción entre regla y la constitución, ya que la contradicción debe producirse en el caso concreto, cuestión que en el caso no se dio y por ende desestimó la inaplicabilidad.

En otro caso de contradicción entre un derecho fundamental y una regla de naturaleza laboral¹⁹⁶ el T.C. sostuvo que el artículo 26 bis del C.T. al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y espera que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, vulnera el derecho al descanso y por ende se afecta la libertad de trabajo y su protección, por lo que acoge el requerimiento y se declara la inaplicabilidad del precepto antes citado

Ahora en sede del trabajo, varios casos de aplicación directa de la Constitución se pueden apreciar en sentencias dictadas por jueces del trabajo en casos de tutela laboral tramitados conforme al procedimiento especializado del párrafo 6º del libro V del C.T.¹⁹⁷ Esto se repite más adelante.

¹⁹⁶Sentencia Tribunal Constitucional, de 26 de julio de 2011, Rol N° 1852-2010.

¹⁹⁷ La sentencia que se dicte en el procedimiento de Tutela Laboral, reglamentado en los artículos 485 y siguientes del C.T, impone como requisito "La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada". En este sentido, ver: Sentencia Juzgado del Trabajo La Serena, 10 de enero de 2013, RIT N° T-20-2012. Y Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010.

De esta forma, y a modo conclusivo, el examen del operador tendiente a determinar una probable contradicción entre una norma de rango legal laboral con una de naturaleza constitucional, deberá ser una ocupación normal al enfrentar este tipo de caos, y para ello, adicionalmente, reflexionamos si esa contradicción se hará valer en el juicio del trabajo respectivo o en su caso, iniciar un requerimiento para que se pronuncie el T.C. Ambas vías están disponibles en nuestro ordenamiento jurídico constitucional-laboral.

2.- La doble regulación y la vinculación con la teoría de las normas que distingue entre principios y reglas.

2.1. La influencia de Alexi y Dworkin.

Es claro que en nuestro país los derechos fundamentales laborales y su proyección en la legislación laboral ha traído como natural consecuencia una potente vinculación con la teoría de Robert Alexi que distingue las normas entre principios y reglas¹⁹⁸, la cual es el fruto del análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional Federal Alemán, como por ejemplo en el caso Lebach¹⁹⁹. Para el autor citado, la “distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho que pueden ser

¹⁹⁸Alexi, Robert: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, año 1993, pp. 86-87.

¹⁹⁹El caso “Lebach”, alude a una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el cual frente a un programa de televisión respecto de un caso de asesinato de una patrulla militar, uno de los sentenciados, acude a la protección constitucional por estimar que el programa vulnera sus derechos fundamentales, lo que se decide en su favor, acudiendo al método de ponderación. Citado por Alexi, Robert. Ob. cit., p. 96.

cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado²⁰⁰. Esta clasificación surge por la práctica del Tribunal Constitucional citado, en que en algunos casos sobre constitucionalidad concibe a los derechos fundamentales como principios, aun cuando ello es advertido por Alexi al desarrollar las objeciones en contra del concepto de principios²⁰¹.

Esta tesis se une a lo escrito por Dworkin²⁰² quien, desde el análisis de la jurisprudencia norteamericana explica que los jueces al resolver una contienda, se enfrentan a lo que él denomina los “casos difíciles”, esto es, que las reglas de derecho positivo no pueden ser aplicadas mediante el método de subsumir los hechos en la regla, para así obtener la solución jurídicamente correcta para el caso que deben sentenciar. La imposibilidad de subsumir tiene variadas causas y eso constituye “un caso difícil”, entre las que se encuentran la ausencia de una regla que pueda aplicarse a los hechos, o que exista más de una regla y es equivoco seleccionar alguna de ellas. Igualmente puede originarse un problema al establecer el sentido y alcance de una norma y, finalmente existir dudas acerca de la determinación de los hechos que deben servir a su vez de

²⁰⁰Alexi, Robert, Ob. Cit., páginas 86 y 87.

²⁰¹Ibídem, pág. 104.

²⁰²Dworkin, Ronald: “los Derechos en Serio”, Editorial Ariel S. A., año 1999 p. 147 y sgtes.

soporte para la selección de la norma aplicable. En todos estos casos las reglas, según Dworkin, son insuficientes para resolver y obtener la respuesta correcta. Desde este punto de vista la tesis de este autor es una frontal crítica al positivismo, aun cuando preciso es reconocer que ello no implica abrazarse a una posición jus-naturalista²⁰³. En opinión de dicho autor, donde los principios funcionan con el máximo de fuerza y poseen el mayor peso es en los casos difíciles, los cuales se presentan cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución. En la hipótesis, anterior, el juez –de acuerdo con esa teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. Desde esta perspectiva, naturalmente positivista, se supone, aparentemente, que una u otra de las partes, tenía un derecho pre-existente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente al caso que tenía entre manos. El argumento de Dworkin es que aún cuando ninguna norma establecida resuelva el caso es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, describir cuales son los derechos de las partes; caso en el cual el juez no ha creado un derecho que aplica retroactivamente, sino que decide en base a principios, los cuales operan de manera diversa a las normas (la expresión “norma” la usa como refiriéndose a una “regla”). En una expresión sintética formulada por Quintana Bravo²⁰⁴, se dice que los principios tienen que permitir una respuesta correcta en los casos en que las reglas no ofrecen una respuesta correcta. Así, según este autor, a “Alexy le interesa mostrar que la tesis de la única respuesta concreta depende de si

²⁰³Dworkin, Ronald. Ob. Cit., p. 65 y sgtes.

²⁰⁴ Quintana Bravo, Fernando: “Interpretación y argumentación jurídica”, Editorial Jurídica, año 2006, p. 311.

el discurso práctico, que es la perspectiva que asume, conduce efectivamente a una respuesta concreta para cada caso”.²⁰⁵

Las proposiciones antes expuestas no excluyen frondosas opiniones de la doctrina para explicar la tesis de Dworkin. Así, para Mikel Beltrán²⁰⁶, en la tesis de dicho autor no hay lugar para la creación del derecho por parte de los jueces, aún en el caso de hallarse estos ante un “caso difícil”, porque incluso con respecto a casos de esta índole el sistema establecido pese a su carencia explícita de resolución puede ser idóneamente interpretado, luego el sistema admite no sólo el derecho explícito, sino también un conjunto de principios fundamentales que son consistentes entre sí y también respecto de las reglas explícitas. En esta misma línea argumental, Lifante Vidal precisa que el juez dworkiniano se debe situar precisamente en la etapa postinterpretativa y su tarea consiste en resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico²⁰⁷. Es en este sentido en el que puede decirse que Dworkin adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Pero se trata del fenómeno jurídico visto no desde la perspectiva del legislador (como un conjunto de pautas que pretenden guiar la conducta de los ciudadanos), sino como el derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada para este caso, la única respuesta correcta. Los jueces deben descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no sólo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales aplicados en la historia institucional del Derecho en cuestión.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Beltrán, Mikel: “La noción de interpretación de Dworkin” en Revista Quadema de Pensament N°6, 1986, p. 57 y sgtes.

²⁰⁷ Lifante Vidal, Isabel: “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos”. Revista Jueces para la Democracia, N° 36, año 1999, p. 41 y sgtes.

Esta fórmula, que ha concitado el entusiasmo en nuestro país, requiere algunas reflexiones en cuanto a su aplicación a los casos laborales que se vinculan a vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. Así Dworkin indicaba que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Agrega, que la expresión principio la usa en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas, los cuales deben ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, los cuales deben distinguirse de las normas las cuales, tienen otras características.²⁰⁸ Se propone de esta forma un concepto de principio que se aparta de la definición clásica que se verá más adelante.

Para este autor, la distinción entre principios jurídicos y normas (reglas) jurídicas es una distinción lógica. En efecto, 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 se da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la solución. Además los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la

²⁰⁸Dworkin, Ronald, ob. Cit, p. 72.

dimensión del peso o importancia, y por ello cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esta decisión no puede haber una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que en otro será con frecuencia motivo de controversia. En el caso de las normas, estas no tienen la dimensión anterior, podemos decir que son o no son y, cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. Finalmente y a modo de concluir la complejidad del punto, la forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio y por ello, en muchos casos la distinción es difícil de hacer.

La distinción entre principios y reglas (normas en palabras de Dworkin) es una ocupación de la doctrina moderna. Así Atienza y Ruiz²⁰⁹ señalan, citando a Alexi²¹⁰, que la distinción entre principios y reglas es que los primeros son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En este escenario las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

²⁰⁹Atienza, Manuel - Ruiz Manero, Juan: "Sobre Principios y Reglas" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Nº 10, año 1991, p. 101 y sgtes.

²¹⁰Alexi, Robert: "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Nº 5, año 1988, pp. 143 y 144.

Atienza y Ruiz expresan²¹¹, que los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Así, en el caso de los principios existe una indeterminación tal, que ella no existe ni aún en forma genérica, lo que evidencia una diferencia radical, aun cuando se podría admitir casos de indeterminación en las reglas pero dentro de las propiedades que conforman el caso y que a su vez constituyen un conjunto cerrado.

Estas consideraciones se explican partiendo de la clasificación de principio en sentido estricto (en el sentido que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo o de una institución) y directrices o normas programáticas (normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines). Cabe precisar que esta clasificación no es la única y que los autores antes mencionados citan 8 acepciones de la expresión "principios", lo que hace concluir la frondosa proposición de definiciones que aporta la doctrina.

En relación a la clasificación de Principios y Reglas, Cianciardo²¹² señala que estas distinciones surgen de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido casi exclusivamente por proposiciones deónticas, dotadas de un supuesto de

²¹¹Atienza, Manuel - Ruiz, Juan. Ob. Cit., pp.101-120.

²¹²Cianciardo, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108, año 2003, p. 891 y sgtes.

hecho y una consecuencia jurídica, tal como lo había propuesto el positivismo dominante. Así, la práctica judicial mostraba que junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (a las que denominó reglas), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que llamó principios), de las que el positivismo no daba cuenta. Una potente corriente doctrinal²¹³ sugiere que la distinción estructural de las normas en Principios y Reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobretodo en el ámbito del derecho constitucional. De esta forma se constituye un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas jusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Naturalmente que establecer que es un principio y que es una regla es una operación que se realiza conforme a ciertos criterios. Así los principios y reglas son distintos en cuanto a su fuerza deóntica, el principio puede realizarse en mayor o menor medida (esto hizo decir a Alexi que los principios son “mandato de optimización”), es decir debe ser observado en la mayor medida posible, en cambio la regla ordena una conducta que no admite distintos niveles de cumplimiento, en otras palabras puede ser observada o no a secas, sin opciones. Por otro lado se aprecia más nítidamente la diferencia entre principio y regla en el momento de su aplicación. Cuando existen conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia entre una y otra y eso hace concluir la anulación de una de ellas. El conflicto entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo una cláusula de excepción, que elimina el conflicto, o bien declarando inválida al menos una de ellas (en esta hipótesis los criterios para excluir a una de las reglas

²¹³Donde destacan Sanchiz, Prieto; Dworkin, Ronald; Alexi, Robert; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan.

puede ser el criterio o principio de competencia o el de jerarquía). En cambio, en la colisión entre principios, el juez no juzga sobre la validez de uno u otro, en realidad no puede dejar de aplicar ninguno de los dos, por lo que su decisión discurrirá sobre la base de establecer una precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que dejó de aplicar, y en otras circunstancias, aplicará el principio que antes había postergado, luego no hay necesidad de declarar inválido alguno de los principios ni acudir a la cláusula de excepción. Como se puede advertir la aplicación de un principio para resolver una controversia reviste una gran flexibilidad para el operador.

Volviendo a la propuesta de estos conceptos, Alexi explica que al proponer que las normas están contenidas por principios y reglas, se expone un mecanismo teórico estructural que es la base de sustentación de los derechos fundamentales.²¹⁴ Esta distinción constituye el marco de una teoría normativa material de los derechos fundamentales. En opinión de este autor, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidas bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambas dicen lo que debe ser, ambas pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisividad y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, la distinción entre regla y principios es para esta tesis una distinción entre dos tipos de normas. Más adelante, señala que existirían dos tipos de normas jusfundamentales, principios y reglas. En tanto principios, tienen que ser concebidas las garantías y directamente estatuidas por las disposiciones jusfundamentales, las reglas surgen de la

²¹⁴Alexi, Robert, ob. Cit., p. 81 y sgtes.

determinación de condiciones de precedencia, como resultado de ponderaciones. Como en un modelo de este tipo las reglas dependen totalmente de los principios puede ser llamado “modelo puro de principios”.

2.2.- Los poderes empresariales como límite a los derechos fundamentales.

Las reflexiones antes descritas respecto del impacto que produjo la distinción en los Principios y Reglas, de los autores antes mencionados, en el caso de nuestro país, es fruto de la introducción de la modificación del artículo 5 del C.T., por medio de la Ley 19.759 del año 2001, en que se reafirma la titularidad de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa. Así se postula que estos derechos del trabajador enfrentan una realidad amenazante, la potencial limitación en su ejercicio, dada las potestades que el ordenamiento laboral le concede al empleador, y destacadamente dicho poder se expresa en el derecho constitucional de propiedad y de realizar libremente cualquier actividad económica consagrados en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Carta Fundamental, a lo que se une la subordinación, contemplada en la definición de contrato de trabajo contenida en el artículo 7 del C.T. y desde el punto de vista colectivo, la prohibición que dispone el artículo 306 del C.T., en cuanto no es susceptible de negociación aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma²¹⁵.

²¹⁵La limitación que se impone a los trabajadores en el sentido de excluir las materias relacionadas con la organización, administración y dirección de la empresa del ámbito de la negociación colectiva forma parte de la estructura jurídica del contrato de trabajo y patentiza la sumisión del trabajo al capital. Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro. Ob. Cit., p. 178.

El mandato del artículo 5 del C.T. no puede estimarse como un verdadero descubrimiento de la insuficiencia legislativa respecto de la eficacia de los derechos fundamentales laboral al interior de la empresa, ya que ello era objeto de una destacada jurisprudencia administrativa²¹⁶ que fue desarrollada también por la doctrina²¹⁷. La interesante convergencia entre la teoría anterior y la reforma del año 2001 al artículo 5 del C.T., junto con el desarrollo de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, es que para el caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador con los del empresario, en cuanto titulares sin prevalencia del uno respecto del otro; es que origina la necesidad de encontrar un método de resolución del conflicto, imponiéndose una fórmula disponible en el derecho constitucional, a lo menos desde mediados del siglo XX, esto es, el principio de ponderación o proporcionalidad²¹⁸. La ponderación excluye el método de subsumir propio de las reglas, y de ahí en adelante, la doctrina laboral²¹⁹ y la jurisprudencia sobre todo la que provenía de los casos de tutela laboral, acudieron sin reparos a la ponderación. Se consolida así en la práctica judicial laboral, la vinculación de la tesis de los principios y reglas a la

²¹⁶“La ciudadanía en la empresa en el derecho laboral chileno... Su desarrollo ha sido labor de una jurisprudencia administrativas tutelar, emanada de la Dirección del Trabajo”. Gamonal Contreras, Sergio: “Ciudadanía en la empresa”. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, p.25.

²¹⁷Como por ejemplo: Lizama, Luis - Ugarte, José: “Interpretación y derechos fundamentales en la empresa”, Editorial Conosur, Santiago, año 1988, p. 154 y sgtes.

²¹⁸“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado, de preferencia referido al caso concreto, un auxilio para resolver conflicto entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Prieto Sanchiz, Luis: “El juicio de ponderación constitucional” en Carbonell, Miguel (Editor): “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”. Quito, Ecuador, 2008, p. 99 y sgtes.

²¹⁹En este sentido ver: Gamonal, Sergio, “El procedimiento de tutela de derechos laborales”, Legal Publishing, Santiago, año 2010, p. 42.

solución de conflictos de derechos constitucionales que detenta, tanto el trabajador como el empleador.

Esto hace que, para este autor, una de las consecuencias respecto de la decisión de replicar derechos constitucionales es, precisamente, la incorporación de la distinción entre principios y reglas propuesta por Alexi, acudiéndose adicionalmente a los argumentos de Dworkin en cuanto a la imposibilidad de utilizar el método de subsumir - propio de las reglas - en las contiendas laborales que enfrenta al trabajador y al empresario en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

3.- La doble regulación y los problemas interpretativos originados en la concurrencia de fuentes.

3.1.- La elección del método interpretativo.

La interpretación de los derechos fundamentales, (incluyendo dentro de estos la distinción entre la dignidad, los derechos constitucionales referidos en el artículo 19 de la C.P., y el bloque de constitucionalidad) que se replican en la legislación laboral, hace surgir una interesante interrogante, esto es, como deben concurrir los métodos interpretativos de fuentes distintas sin desnaturalizar su contenido y aplicación. A modo ejemplar podemos ensayar la siguiente situación: El juez del trabajo, al conocer de una controversia respecto si se vulnera o no el derecho a la vida privada y honra del trabajador, el cual está recepcionado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental y replicado en el artículo 5 del C.T., sin que se efectúe la postulada mediación legislativa –sugiere de inmediato el problema de cual método interpretativo debe ocupar, la constitucional o la legal, solo la constitucional - y en ese caso que rol juega la interpretación legal. La respuesta no es fácil, y se complejiza aún más

si el derecho fundamental proviene del denominado bloque de constitucionalidad²²⁰, en cuyo caso, puede concurrir el método interpretativo de tratados internacionales sobre derechos humanos, originando adicionalmente, la discusión de la prevalencia normativa entre la Constitución y la fuente de derecho internacional²²¹.

El escenario anterior justifica analizar esta consecuencia lo que obliga a efectuar algunas precisiones sobre la interpretación en general, y conectándola en algunos casos a lo que ocurre en sede laboral.

Un interesante problema que debemos abordar, es si necesariamente deben interpretarse todas las normas o algunas son lo suficientemente claras, de tal modo que no ofrecen dificultad alguna en su aplicación. Sobre el punto existen dos tendencias: a) Una sostiene que las normas jurídicas claras no requieren ser interpretadas, sino únicamente deben

²²⁰ En relación a este problema se señala que “los principios y normas sobre derechos humanos fundamentales atinentes al trabajo y en general a las cuestiones sociales que integran el bloque de constitucionalidad, plantean algunos problemas especiales de interpretación, principalmente causados por su continuo crecimiento y la suma de disposiciones de fuente interna e internacional”. Barbagelata, Héctor Hugo: “Derecho del Trabajo”, tomo I, Fundación de cultura universitaria, Montevideo Uruguay, año 2002, p. 173.

²²¹ Sobre la materia, “No hay efectivamente un rigor respecto al contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Los instrumentos internacionales sobre el asunto son constantemente referidos y referenciados por los respectivos ordenamientos, desempeñando de esta manera, el importante y relevante papel de dibujar la forma y aproximar las expectativas de amplitud lo más próximo del campo de las realizaciones concretas, en que pese a las dificultades objetivas de cada país en la consecución del objeto cada vez más complejo y sofisticado de los Derechos Fundamentales”. Siqueira Neto, José: “Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales”. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo uruguay, año 2003, p.165; en una postura de prevalencia de la normativa internacional se encuentra Babace, señalando que “El derecho de los derechos humanos está contenido en normas supranacionales que se imponen a los estados...Se trata de jus cogens cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los estados de la comunidad internacional”, Babace, Héctor: “Ciudadanía social en el mercosur...”. Ob. Cit., p.253.

serlo las oscuras, para ser clarificadas mediante el proceso de interpretación. Esta tesis se sustenta en el aforismo expresado por Justiniano en el "Digesto" en cuanto "lo que es claro no se interpreta". Esta hipótesis puede encontrarse en el inciso primero del artículo 19 del C.C., en cuanto dispone "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"²²²; b) La otra propone que toda norma jurídica, para aplicarse debe ser interpretada. Para los que siguen esta tesis formulan como argumento los siguientes: b1) Para determinar si una norma es clara u oscura debe ser interpretada, ya que precisamente esa conclusión es fruto de un proceso interpretativo; b2) El lenguaje utilizado por las normas aluden a palabras que no tienen un significado preciso o unívoco, es más, la gran mayoría presenta problemas de ambigüedad. Un ejemplo puede esclarecer este punto. Así, la palabra "cabo", tiene varios significados, uno de ellos es un grado militar, otro, un trozo de cordel, o también puede aludir a una porción de territorio que se interna en el mar; b3) El ejemplo del artículo 19 del C.C. dado por la primera teoría, no es correcto, por cuanto éste no se refiere al tenor de la ley, sino a su sentido, expresando que cuando este sea claro, no debe desatenderse su tenor literal (es decir su letra) a pretexto de consultar su espíritu (su finalidad).

3.2.- La incertidumbre del método interpretativo.

La interpretación jurídica y en particular en el derecho del trabajo, es una materia arduamente discutida en la doctrina²²³, lo que será advertido en

²²² El texto aludido motiva una precisión, en cuanto lo que persigue el proceso interpretativo es establecer el sentido de la ley y no el de las palabras empleadas por la norma, aun cuando se debe reconocer que ese sentido se obtiene con las palabras utilizadas por el legislador, pero debe efectuarse la distinción.

²²³PláRodríguez expresa lo siguiente "No existe un sistema propio de interpretación del derecho del trabajo sino que cada fuente deberá ser interpretada según el método que – de acuerdo con la doctrina general del

esta investigación, pero se buscará establecer algunas bases para lograr una conclusión que esclarezca el que hacer por el operador que se enfrenta a este problema.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, interpretar es explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de los textos faltos de claridad²²⁴, lo que extendido a las disciplinas jurídicas ha hecho concluir que interpretar es determinar el sentido y alcance de una norma. Esta noción se ha impuesto sin un contrapeso en el ámbito jurídico y particularmente en el Derecho del Trabajo²²⁵. Sin embargo ésta tesis ha sido cuestionada y ello principalmente porque, la actividad del intérprete enfrenta una serie de problemas derivados no solo de identificar el sentido de una regla, sino que seleccionar cual es la regla que ha de resolver la situación y, adicionalmente, problemas de establecimientos de los hechos que servirán de base para la aplicación de la regla elegida. Como se advierte, estas situaciones dan cuenta de la estrecha conexión entre hechos, interpretación y norma aplicable. En todo caso, y a título de opinión conclusiva, los procesos de aplicación e interpretación no se refieren a operaciones distintas, ya que para seleccionar la norma ello

derecho – corresponde a esa fuente. Sin embargo, la observación no es totalmente acertada porque hay elementos que son comunes a todas esas fuentes”. Plá Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Ediciones Idea, Montevideo, año 2000, p. 179 y siguientes.

²²⁴ La real academia española, indica que interpretación es “acción y efecto de interpretar”, y esta última palabra significa “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente de un texto”. Este criterio goza de gran aceptación en nuestro país.

²²⁵Plá Rodríguez, la sindicó como “determinar el sentido que quiso darle a la regla de derecho”. Plá Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Ob. Cit., p. 179. En el ámbito legal de nuestro país, es decidir la terminología empleada por el DFL N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y previsión Social, al señalar que una de las facultades más relevantes de la Dirección del Trabajo, es “Artículo 1º, letra b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”.

requiere previamente la actividad interpretativa, en opinión de Kelsen, la aplicación de una norma, esto es, el tránsito desde la regla general al caso particular va acompañado de un proceso espiritual que es la interpretación y sobre ésta formula algunas precisiones²²⁶. No parece entenderlo así nuestro Máximo Tribunal, en cuanto indica que “la aplicación de la ley es una obligación de parte de los magistrados, por lo cual ignorar y no tenerla en consideración importa un ejercicio defectuoso de sus potestades. Es por lo anterior que en la situación de que se trata el recurso, es sólo una cuestión de aplicación de la ley, no de interpretación, puesto que ninguna duda existe en relación a lo ordenado por el legislador”²²⁷. Sin embargo, como ya se dijo, lo que debió ser objeto de reproche no es la aplicación sino derechamente la función interpretativa que no es compartida por nuestro más alto Tribunal de la República.

Para González, aludiendo a las posturas de Alf Ross, expresa que la interpretación debe acometer tres problemas: semánticos, sintácticos y lógicos. El primero se refiere a la ambigüedad de las palabras, las cuales pueden tener distintos ámbitos de referencia, el segundo alude a la

²²⁶“Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál es la correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible”. Kelsen, Hans: “Teoría pura del derecho”, Editorial Eudeba, Buenos Aires. Año 2009, p. 131.

²²⁷ Sentencia Corte Suprema, 13 de agosto de 2013, recurso de Queja, Rol N° 2399-2013. Voto de prevención.

conexión de las palabras utilizadas por la norma, y el tercero, alude a los problemas de inconsistencias, redundancias y presuposiciones²²⁸.

En este escenario, es útil citar a Dworkin, en cuanto postula que el proceso de selección de una norma, que luego ha de interpretarse, supone que un sistema jurídico está compuesto de reglas que permiten resolver todos los casos de conflicto que se presenten, cuestión que para dicho autor es ilusoria, en cuanto existen muchas zonas del sistema que simplemente no están reguladas, es decir el derecho positivo enfrenta insuficiencias, en cuyo caso se deberá acudir a soluciones extraídas de principios, los cuales permiten encontrar soluciones que el sistema de reglas no lo posibilita y que adicionalmente impide la creación de una regla elaborada por la discreción del juez y que luego aplica retroactivamente. Para este autor, el positivismo postula que “el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada o por que las que aparecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón) entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. En esta hipótesis, el juez puede eludir su obligación de resolver el asunto, por lo que lo resolverá ejerciendo su discreción, creando una norma que luego la aplica al caso cuyo material práctico era anterior a la regla creada por el juez”. Esta es una situación que no resulta admisible para Principios democráticos de creación del orden normativo, por lo cual Dworkin propone que en los casos que se indicaron, y que él los ha precisado como “casos difíciles”, la solución es la aplicación de un principio que constituye un estándar que ha de ser observado no

²²⁸González, Gabriela- González, María de Lourdes: “El juez en el pensamiento de Rawls y Alf Ross”; en el mismo sentido Ross, Alf: “Sobre el derecho y la justicia” en Revista de Filosofía de la Universitat de Valecia, pág 14. Disponible www.uv.es/mariaj/textos/ross.pdf , (visita 30/septiembre/2013).

porque favorezca o asegure una situación económica política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad²²⁹.

El método del aludido doctrinador se encuentra estrechamente ligado a la interpretación, en cuanto postula que la norma seleccionada para resolver un caso, puede estar fuera de las reglas de derecho positivo, las cuales operan como un estándar. Así el derecho es una práctica social que se integra con un conjunto de reglas y, valores que las reglas pretenden desarrollar, las cuales nunca abarcaran el total de situaciones de conflictos, por ello la interpretación "busca averiguar cuál es el sentido de la práctica social... ese sentido viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos"²³⁰.

A modo de síntesis, y efectuadas las reflexiones precedentes, actualmente Guastini²³¹, refiere que existen tres teorías, las cuales denomina modernas o que se disputan que ha de entenderse como interpretar en el ámbito jurídico, esto es "cognitiva" que consiste en verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente la autoridad legislativa); Una segunda, que llama "escéptica, la que consiste en una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión, todo texto según esta tesis, puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los

²²⁹ Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio". Ob. cit., p. 65 y sgtes.

²³⁰ *Ibidem*,

²³¹ Guastini, Riccardo: "Estudios sobre la interpretación jurídica". Traducida por Gascón, Mariana y Carbonell, Miguel. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1999, p. 13 y sgtes.

intérpretes; Finalmente, la tercera, que describe como “intermedia”, postula que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y a veces, una actividad de decisión discrecional. Esta teoría subraya la irreductible “textura abierta” (es decir la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales.

Las cuestiones antes planteadas respecto de la interpretación tienen especial relevancia en cuanto al entendimiento y aplicación de los derechos fundamentales y su recepción en el C.T., especialmente aquellos no mediados por el legislador laboral. Luego, fijar un método que permita asegurar el contenido y eficacia de dichos derechos, necesita hacerse cargo que la noción clásica de interpretación no es suficiente, y por otro lado que en el caso chileno, y sobre todo para el juez del trabajo que debe conocer de los conflictos de derechos constitucionales entre empresarios y trabajadores, resulta por ahora muy influyente la distinción entre principios y reglas, la cual como se dijo, requiere mayores reflexiones de la doctrina nacional. En este sentido en nuestro país, existen algunas advertencias respecto de la facilidad con que predomina la doctrina anterior en la judicatura actual²³². Por ejemplo, García Amado, expresa que Alexi no puede admitir que las cosas sean de tal manera, sino que tiene que retorcer la naturaleza de las normas y explicar en términos mucho más oscuros el razonar de los tribunales, pues, de no hacerlo así, tendríamos que desaparecer la diferencia entre reglas y principios y que

²³²Para Atria, “Ahora bien, es crucial notar que, vista así las cosas, la distinción entre reglas y principios supone una comprensión inaceptablemente tosca de las reglas. Dicha comprensión puede haber sido útil en 1967, cuando el paradigma era el positivismo hartiano de el Concepto de Derecho, pero hoy ya no es necesario detenerse aquí mucho”. Atria Lemaitre, Fernando: “Lo que importa sobre los principios”, en “Principios Jurídicos análisis y crítica”, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 69.

todas las normas de derechos fundamentales (y todas las del ordenamiento jurídico) tienen idéntica estructura básica: son enunciados normativos con un núcleo de significados y una zona de penumbra y rigen sin excepciones en lo referente al núcleo de significado y son interpretadas en su zona de penumbra; y dicha interpretación delimita con carácter general el alcance de la norma sin espacio para más ponderación que la simple valoración de las razones en pro de una u otra de las interpretaciones posibles”²³³. En este mismo sentido Atria señala “entender la razón por la cual el argumento de Dworkin fue tan influyente en entender por qué la misma distinción entre reglas y principios se ha consumado y hoy debe ser abandonada. En efecto, la idea de principios fue puesta en el centro de la discusión por ese artículo de Dworkin en 1967, pero cumplió su propósito de modo, que ya no tiene sentido seguir discutiendo en esos términos”²³⁴. En igual sentido, Eduardo Aldunate Lizana.²³⁵

3.3.- La interpretación constitucional.

Examinaremos los problemas que plantea la cuestión interpretativa en estudio respecto de los derechos fundamentales que se proyectan a la relación laboral. En primer término, es pacífico que nos enfrentamos a ciertos derechos de rango constitucional que amerita un método interpretativo, y que en nuestro país no se encuentra consensuado. En este punto Aldunate²³⁶ sostiene que “la interpretación de los preceptos sobre derechos fundamentales debe conciliar, para ser coherente, dos

²³³García Amado, Juan Antonio: “Principios y reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis parcial de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexi” en “Principios Jurídicos, análisis y crítica”, ob. Cit. Pág. 63.

²³⁴ Atria, Fernando: “Lo que importa sobre los principios”. ob. Cit., p. 65.

²³⁵ Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. Cit., p. 112.

²³⁶ Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. Cit., p. 108 y sgtes.

elementos básicos , una teoría de la constitución, con especial énfasis en el concepto y función de los derechos fundamentales dentro de ella, y una teoría general de la interpretación jurídica y de la interpretación constitucional en particular". Este autor enfatiza que actualmente debe abandonarse la idea de que interpretar es determinar el sentido de un término, sino que la actividad interpretativa pasa en algún momento, por una operación de asignación de sentido (significado) a los textos normativos. En sentido similar se pronuncia Bassa,²³⁷quién postula que la interpretación debe ser "suficientemente flexible para no perder su vigencia normativa, incorporando las transformaciones que ha experimentado de la realidad que regula...La interpretación constitucional es clave. La aplicación de todo método de interpretación constitucional se fundamenta en una teoría constitucional previa, muchas veces implícita, que resulta decisiva para el resultado de la interpretación. En efecto, la adopción de un determinado método no es una decisión neutra y avalorativa, sino que obedece a una finalidad determinada... Desde esta perspectiva, el originalismo utilizado por la doctrina constitucional chilena no es solo un método de interpretación sino que es un elemento de una teoría constitucional previa, subyacente a dicho método, que obedece a determinada concepción de la Carta en tanto norma jurídica, la Constitución como testamento".

Las opiniones anteriores están lejos de zanjar cuál es el método interpretativo que se debe utilizar al enfrentar los derechos

²³⁷ Bassa Mercado, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelski y Haberle" en Revista de Derechos Fundamentales, N°5, Universidad Viña del Mar, año 2011, pp. 39-40.

fundamentales. Nogueira²³⁸ afirma “el objeto de la interpretación constitucional es encontrar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar ese resultado de modo igualmente racional y controlable, creando de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de simple decisión por la decisión... que es un punto pacífico en materia de interpretación constitucional que los operadores pueden usar los diferentes métodos en forma combinada, sin que ninguno de ellos pueda ser eliminado ni absolutizado”.

En el plano comparado, Haberle, en una postura deliberativa y acorde con un estado constitucional, propone que “en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente, todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución. Hasta ahora la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menor *realiter*, un asunto de una sociedad cerrada, la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participan materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad”²³⁹

²³⁸Nogueira Alcalá, Humberto: “El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional” en Revista Ius et Praxis. Vol. 12. Nº 1, Talca, 2006, p. 95 y sgtes.

²³⁹ Haberle, Peter: “El estado constitucional “. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1993, p. 150 y siguientes.

Por lo anterior, y para efectos de proporcionar un camino relativamente seguro para el intérprete constitucional-laboral, creo útil acudir a una visión pedagógica del proceso interpretativo, la que en mi opinión es recogida con gran claridad por Zapata²⁴⁰, el que propone “ocho reglas de interpretación, que pueden servir de referencia a quién emprende la compleja tarea de encontrar el verdadero sentido de nuestro texto jurídico fundamental... Varios de los criterios que sugiero se vinculan con las reglas de interpretación de nuestro Código Civil; algunos han ido siendo formulados por la doctrina nacional y extranjera, y otros, en fin,

²⁴⁰Los criterios corresponden a los siguientes: *Primera Regla*: Las palabras de la Constitución, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo que resulte evidente que la Constitución las utiliza con significado distinto; *Segunda Regla*: Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; *Tercera Regla*: Para definir el sentido de un concepto, el intérprete podrá además, valerse de una definición legal calificada, de la opinión jurisprudencial autorizada y de los acuerdos expresos de la Comisión constituyente; *Cuarta Regla*: El sentido y alcance de una disposición, se fijará en atención al tenor de las palabras, guardándose la debida correspondencia y armonía con el contexto constitucional y considerando la finalidad del precepto; *Quinta Regla*: En la interpretación de un precepto podrá recurrirse, a título de elementos auxiliares, a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, a la jurisprudencia, a la opinión de la doctrina, a la historia constitucional y al Derecho Comparado. El valor que se le conceda en el caso concreto a cada uno de estos elementos de juicio, dependerá tanto de la autoridad y autenticidad intrínseca de la fuente, como del grado de correspondencia que exista entre la conclusión que deriva del examen de la fuente y la norma que se interpreta; *Sexta Regla*: No podrá interpretarse una disposición de modo que el resultado pugne con las Bases Fundamentales, afecte un derecho básico en su esencia o bien conduzca a la falta de solución efectiva de la cuestión; *Séptima Regla*: Los preceptos constitucionales que reconozcan derechos o establezcan garantías se interpretarán de la manera más amplia y plena posible, en tanto no se atente contra algún límite expreso, el derecho ajeno o el bien común, y, *Octava Regla*: Las normas constitucionales que regulan el establecimiento, organización, atribuciones y funcionamiento de los Poderes Públicos y las que limitan o restrinjan los derechos de las personas se interpretarán atendiendo al sentido estricto y expreso del precepto. Zapata Larraín, Patricio: “La interpretación constitucional”. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, N° 1, enero –abril, 1990, p. 168 y sgtes.

derivan de nuestra jurisprudencia. La originalidad de mi propuesta radica quizás, en haber recogido, ordenado y sistematizado estos diferentes principios de interpretación, dándole la forma de un canon". El orden y número de criterios propuesto por Zapata, permitirían obtener el verdadero significado de los textos sobre derechos fundamentales, resaltando que dicho autor formula algunas precisiones respecto del criterio originalista y finalista que también se postula como método hermenéutico constitucional.²⁴¹ En todo caso debe puntualizarse que más recientemente, Zapata ha defendido el método finalista al señalar que "Hay ciertos casos, sin embargo, en que la lectura finalista pone de relieve la existencia de una tensión mayor dentro del sistema constitucional. Son aquellas situaciones en que el tenor literal de un precepto aislado no admite ninguna lectura coherente o conciliable con las exigencias del resto del texto constitucional. ¿Qué hacer en estos casos? Mientras el literalista, apretando los dientes, se sentirá obligado a aplicar de todas maneras la norma disfuncional y el originalista irá presuroso a buscar en las actas de la Comisión Ortúzar alguna frase que le permita elegir, el finalista dirimirá la contradicción a favor de la integridad constitucional".²⁴² En esta misma línea, Guastini expresa que la interpretación constitucional debe ser evolutiva, esto es, que "al texto constitucional se le ha de atribuir un

²⁴¹ El método de interpretación constitucional "originalista", postula que la tarea del intérprete es descubrir la intención original del redactor de la norma constitucional. Es decir se busca reproducir la realidad en que el redactor crea la norma. Es una posición subjetiva, en cuanto el objetivo a lograr es el sentido pensado por el constituyente. A su vez, el método "finalista" propugna que el intérprete debe contextualizar la norma y ubicarla dentro del sistema constitucional, luego deberá establecer el papel o función que cumple el precepto dentro de dicho sistema. Así se logra descubrir la finalidad del precepto, y con esta finalidad se puede obtener el sentido auténtico del texto constitucional interpretado, independiente de la intención que tuvo o pudo tener el constituyente.

²⁴² Zapata Larraín, Patricio: "Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes." En "Anuario de Derecho Público". Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p.351.

significado diverso del histórico, diverso del que tenía en el momento de su creación, con la finalidad de adaptar el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales. Así, si cambian los valores socialmente difundidos, debe cambiar la interpretación de la misma”²⁴³

En concordancia a lo dicho por Zapata, y por la fuerza de las circunstancias, los métodos clásicos de interpretación de la ley son usualmente utilizados por el tribunal constitucional chileno. Así, el tribunal en sentencia de 9 de noviembre de 1981, Rol N° 5, señala que el método interpretativo aplicado a la Constitución debe realizarse conforme a los principios hermenéuticos de la ley. En fallo de 31 de enero de 1985, Rol N° 21, reconoce la aplicación del elemento gramatical por lo que el sentido puede obtenerse del tenor literal del precepto constitucional. En fin es perfectamente reconocible que el tribunal encargado del control de constitucionalidad acude sin mayores complejos a los métodos interpretativos concedidos en las reglas 19 al 24 del Código Civil, lo que no deja de sorprender dada la distinta jerarquía normativa de una y otra regla.

En este escenario, el intérprete debe tener en cuenta los criterios antes expuestos y que configuran al día de hoy, en el derecho chileno, que la interpretación constitucional está lejos de asentarse en un método relativamente consensuado, cuestión que se debe acometer para otorgar mayor protección y desarrollo a los preceptos jusfundamentales y en especial los que se proyectan a la relación de trabajo.

²⁴³Guastini, Riccardo: “Estudio sobre la interpretación jurídica”. Ob. Cit., p. 86.

3.4.- Interpretación y fuentes internacionales.

Adicionalmente, debe precisarse que el método de interpretación anterior difiere sustancialmente del método para desentrañar el contenido y alcance de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales. En esta materia respecto del bloque de constitucionalidad, Aldunate²⁴⁴ indica que “los derechos consagrados en tratados internacionales, por el contrario, representan una suerte de estándar que la comunidad internacional –o la de los respectivos Estados partes- acuerda imponer a los Estados, como obligaciones para los mismos, expresando de este modo no las particularidades de cada sistema, sino los elementos compartidos comunes, del ethos jurídico internacional imperante”. En esta línea debe necesariamente citarse la Convención de Viena sobre derecho de los tratados²⁴⁵, la cual contiene ciertas reglas interpretativas, que se ha admitido ampliarlas a los tratados de derechos humanos, como por ejemplo, que los tratados deben interpretarse de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que se atribuye a sus términos y al contexto de estos, y teniendo en cuenta los objetivos y propósitos al tratado, e incluso a los trabajos preparatorios. Este escenario no descarta el surgimiento de

²⁴⁴Eduardo Aldunate, Ob. Cit, p. 124.

²⁴⁵La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, fue adoptada en la ciudad de Viena, Austria, el 21 de marzo de 1986. Y en el Capítulo III, sobre observancia, aplicación e interpretación de los tratados, se expresa que los tratados deben ser cumplidos de buena fe. Asimismo, se indica que “un estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado”. Además se contiene reglas de interpretación, entre las que debe mencionarse, que el tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, y que en la interpretación debe incluirse su preámbulo y anexos, e incluso toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

una categoría propia de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos²⁴⁶.

Desde un punto de vista de la doctrina del trabajo, Barbagelata²⁴⁷ señala ciertos criterios a que debe ajustarse la interpretación del Bloque de Constitucionalidad referido al ámbito del trabajo. Así indica que estos pueden sistematizarse en los siguientes: a) El principio de complementariedad e interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, que implica un mandato para el intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos – en el caso, los atinentes a los derechos humanos laborales- cualquiera que sea su fuente, como un todo indisoluble; b) Primacía de la disposición más favorable a la persona humana el cual permite que en el proceso interpretativo de estos tratados debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; c) El principio de progresividad, el que se manifiesta en su número, su extensión, garantías, su reconocimiento internacional y creación de garantías supranacionales, en otras palabras, se debe lograr una aplicación evolutiva y expansiva de las normas que componen el bloque de constitucionalidad; y d) El principio de irreversibilidad, esto es, la imposibilidad jurídica de que se reduzca la protección ya acordada a los trabajadores por normas anteriores. Este viene a ser una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador que puede reputarse un principio del Derecho del

²⁴⁶“Se sostiene que los tratados de derechos humanos son un tipo especial de tratados internacionales, no son tratados multilaterales concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos inspirado en el beneficio mutuo de los Estados contratantes, su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente al propio Estado de cada individuo como frente a los demás”. Babace, Héctor: “La ciudadanía social del mercosur...”, Ob. Cit, p. 254.

²⁴⁷Barbagelata, Héctor Hugo “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales”, ob. Cit., p. 240 y siguientes.

Trabajo. Este principio en nuestro país correspondería a la versión de la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa, que forma parte del principio protector²⁴⁸.

Efectuada estas consideraciones, debe recordarse que el Bloque de Constitucionalidad también se integra por los principios implícitos y normas de jus-cogens, lo que naturalmente plantea interrogantes respecto de su significado, lo que en todo caso excede las posibilidades de este trabajo, pero es útil dejarlo en claro, a fin de abordar estos problemas dado el progreso e influencia que va ejerciendo estas normas en los derechos internos de cada país.

3.7.- El método interpretativo de la ley laboral.

En el caso de la interpretación legal laboral de estos derechos fundamentales o los que provienen del bloque de constitucionalidad, la interpretación reviste algunas particularidades.

A modo inicial se debe enfatizar la vigencia y vinculación del método interpretativo contenido en los artículos 19 al 24 del Código Civil, esto es, el gramatical, histórico, lógico y sistemático. En general, la interpretación de la ley laboral admite sin obstáculos la aplicación de los criterios antes enunciados y a veces se ha postulado la prevalencia del método gramatical, pero tal prevalencia no es correcta²⁴⁹, debiendo utilizarse los cuatro elementos de lo contrario no se cumple con dicho método legal. En

²⁴⁸“La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se aplica”. Plá Rodríguez, Américo: “Los principios del derecho del trabajo”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, año 1998, p. 108.

²⁴⁹ Ducci Claro, Carlos: “La interpretación judicial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 92 y 93.

todo caso, la existencia de un método interpretativo legal laboral fue arduamente debatido, imponiéndose una negativa y ello se ve reflejado en el C.T., el cual no contiene reglas sobre la interpretación de la ley laboral²⁵⁰. En efecto, la posibilidad de incorporar reglas interpretativas fue objeto de algún debate, y es así como en el proceso de discusión de la Ley N° 19.250²⁵¹, en Sesión Ordinaria del Senado, se abordó la necesidad y conveniencia de aprobar un inciso final incluido en el artículo 2 del C.T., el cual tenía el siguiente contenido “la legislación del trabajo y las normas laborales de origen contractual o emanadas de fallos arbitrales, en caso de ambigüedad o duda se interpretarán del modo que resulte más favorable al trabajador”. El debate fue arduo y es posible resumir algunas afirmaciones de los senadores de la época²⁵². En sentido contrario a incluir el texto, el senador Sergio Diez señala que incluir una favorable norma que otorga una interpretación a una de las partes del contrato, implica desconocer la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que se le concede a todos los ciudadanos. Agrega, que se introducen principios ajenos a los de interpretación que se contienen en el C.C. y que por lo demás el artículo 24 de dicho cuerpo legal civil, resguarda a los trabajadores en cuanto expresa que los pasajes oscuros o contradictorios de la ley se interpretarán del modo más conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Finalmente precisa que el texto propuesto en el C.T. se contradice y deja sin aplicación otras reglas de interpretación, como el sentido obvio de las

²⁵⁰El C.T. de nuestro país no contiene reglas interpretativas aplicables a la legislación laboral, lo que ha llevado a la aplicación de las normas 19 al 24 del C.C., dado el carácter supletorio, con fundamento en el artículo 4 del texto legal antes citado.

²⁵¹D.O. de 30 de Septiembre de 1993.

²⁵²Discusión del proyecto de ley en Sesión Ordinaria del Senado, respecto de las reformas que debían introducirse en el C.T. una vez restablecida la democracia en nuestro país, con el primer parlamento elegido en el año 1990.

palabras y la historia fidedigna de la ley, proponiendo incluso que la modificación sería inconstitucional.

En sentido opuesto, el senador Hernán Vodanovic sostuvo que la modificación consagra uno de los principios generales del derecho laboral, el cual se encuentra indisolublemente ligado a la necesidad de corregir en el plano jurídico, la desigualdad de hecho que existe entre empresarios y trabajadores. Tampoco existe una vulneración al principio de igualdad ante la ley, ya que lo prohibido por la Constitución, es la discriminación arbitraria, lo que no sería el caso. Finalmente precisa, que la regla interpretativa que se pretende introducir en el artículo 2 del C.T., no sustituye las normas del C.C., sino que constituye un criterio auxiliar, complementario y así se haría constar en la historia de la ley.

Finalmente el texto fue rechazado por lo que no existe regla interpretativa vigente en el C.T.

Efectuadas las reflexiones anteriores, es útil destacar que pese a la negativa a incluir una regla interpretativa que imponga el criterio más favorable para el trabajador, la doctrina y jurisprudencia laboral ha aceptado la función interpretativa de la regla "in dubio pro operario"²⁵³. En la jurisprudencia del trabajo, son numerosas las sentencias que acuden a principios del derecho del trabajo en su función interpretativa²⁵⁴ aún cuando se debe reconocer que muchas veces, la judicatura menciona el principio como fórmula general sin mayor desarrollo que justifique el rol

²⁵³ Es el criterio según el cual en caso que una norma se pueda entender de varias maneras se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador". Plá Rodríguez, Américo: "Los principios del derecho del trabajo" Ob. Cit., pp. 83-84.

²⁵⁴A modo ejemplar, en un juicio de despido, se admite la función interpretativa del principio de la primacía de la realidad en fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de marzo de 2011, Rol N° 2.474-2010.

interpretativo²⁵⁵ . Sobre este punto, Pla Rodríguez²⁵⁶, señala que en cuanto a los principios en la interpretación de las normas laborales, debe accederse a los llamados principios jurídicos del derecho del trabajo, esto es, el principio protector, la irrenunciabilidad de los derechos, continuidad, la primacía de la realidad, la razonabilidad y la buena-fe, a lo que deben agregarse las reglas, “in dubio pro-operario, la norma más favorable y el de la condición más beneficiosa. Así, se reafirma la función interpretativa que estos principios cumplen en la disciplina laboral.

Para Palomeque, las normas jurídicas son desde luego, vinculantes, pero raras veces claras, y además existen lagunas o insuficiencias normativas. De ahí que la aplicación del derecho compara dos operaciones lógicas, una referida a la determinación de la norma o normas que pueden dar respuesta al problema planteado (indagación de la norma aplicable) y otra, la que se emprende para dar sentido a las normas en presencia. La interpretación destinada a encontrar una solución jurídica ha de ser, sin duda, motivada y argumental²⁵⁷. Las expresiones del gran jurista español permiten demostrar la ausencia de una teoría interpretativa de estos derechos fundamentales de proyección legal, por cuanto confunde la aplicación e interpretación como cuestiones separadas, y claramente se adscribe a una visión clásica de la interpretación, aunque debe reconocerse como se demostró con la sentencia de nuestro Máximo

²⁵⁵ En sentencia Corte Suprema, 13 de marzo de 2012, Rol N° 6.682-2011, se alude al carácter tutelar y el principio de irrenunciabilidad de los derechos recogidos por el C.T., sin explicar su contenido. En igual sentido, Sentencia de Corte Suprema, de 23 de febrero de 2012, Rol N° 1.151-2012, se refiere al principio de la primacía de la realidad y el principio pro-operario sin explicitar su alcance.

²⁵⁶Pla Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Tomo 1, Volumen 1: “Introducción al derecho del Trabajo”, Edición Idea, Montevideo-Uruguay, año 2000, pp. 179 y 180.

²⁵⁷Palomeque, Manuel - Alvarez De La Rosa, Manuel: “Derecho del Trabajo”, Ob. Cit., p.307.

Tribunal, que ello sigue siendo utilizado por nuestros tribunales del trabajo o los tribunales superiores cuando conocen de los conflictos sobre derechos de doble regulación, constitucional y legal.

Como corolario de lo antes expuesto es útil señalar que la interpretación en sede laboral, en coherencia con su noción clásica, se ha ocupado de algunos problemas que resultan de dicha actividad, esto es, la retroactividad o irretroactividad de la interpretación auténtica, la calificación de una ley si es o no interpretativa, la existencia de órganos especializados que tienen función interpretativa y casos específicos de interpretación auténtica, fundamentalmente justificada por la permanente producción legislativa en materias del trabajo.

En primer término se ha planteado una interesante discusión, acerca si la ley interpretativa posee o no, efectos retroactivos. Para la tesis mayoritaria, la ley interpretativa no posee efecto retroactivo. No se trata de una nueva norma y solo busca el entendimiento de la ley original, pero lo cierto es que esto es una pura ficción, y en los hechos se está aplicando un texto a una época precedente a su dictación, aun cuando limitado a determinar el sentido y alcance de una regla pretérita. Por lo anterior, para la tesis minoritaria la ley interpretativa es retroactiva y ello conlleva su natural rechazo por cuanto pudiere encubrir la aplicación de reglas del juego distintas a las que existían durante la ley que se interpreta.

Igualmente es útil tener presente que muchas veces no es fácil calificar una ley como norma interpretativa, por cuanto aunque se indique en el texto que sí lo es, al examinar el contenido puede concluir que es una ley distinta y que no busca interpretar sino regular situaciones

nuevas. Este problema se resolverá mediante un proceso de calificación de la misma, por mucho que se la nomine como ley interpretativa. Esta calificación es fundamental para establecer la vigencia del nuevo texto, por cuanto si se concluye que es interpretativa, ella regirá desde la regla interpretada. De lo contrario y si nada dice el texto, se estará a las reglas del artículo 8 del C.C., esto es, que rige desde la publicación en el diario oficial. Sobre este punto el Máximo Tribunal ha emitido algunos pronunciamientos en cuanto a calificar una ley como interpretativa.²⁵⁸

En cuanto a la interpretación auténtica, esto es, la fórmula disponible por el legislador, se pueden encontrar algunos casos de leyes interpretativas laborales.²⁵⁹

²⁵⁸ Sentencia R.D.J. tomo 47, sección 1ª, pág. 215; Sentencia R.D.J. tomo 56, sección 1º, pág. 262. Sentencia RDJ tomo 61 sección 1ª pág. 429; Sentencia RDJ tomo 67 sección 1ª pág. 46.

²⁵⁹ Así, la Ley 19.945 de 25 de mayo de 2004, interpreta el artículo 1º del C.T. y señaló: “declárese interpretado el inciso cuarto del artículo 1º del C.T. en el siguiente sentido: El inciso cuarto del artículo 1º del C.T. en cuanto señala “que los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías archiveros o conservadores se regirán por las normas de éste Código”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que la totalidad del estatuto laboral, en todas sus manifestaciones y expresiones, que emana del Código del Trabajo y leyes complementarias, resulte aplicable a los trabajadores que laboran en los oficios de notarías, archivadores o conservadores”. Este texto pretendía dilucidar si los trabajadores de estos órganos regulados en el C.O.T., podían o no invocar el principio de la continuidad, o ejercer derechos de naturaleza colectiva, como por ejemplo constituir sindicato. Otro ejemplo de interpretación auténtica, lo constituye la ley 20.194 de 7 de julio de 2007, que interpreta el inciso tercero del artículo 162 del Código del Trabajo, precisando su sentido y alcance al disponer “declárese interpretado el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo en cuanto señala que “Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador comunica al trabajador que ha

En relación a la interpretación judicial. Esta es realizada por el juez, quien realiza el proceso interpretativo aplicando los criterios señalados al inicio de este capítulo. La interpretación judicial se plasma principalmente en la sentencia, aun cuando es perfectamente procedente que la actividad interpretativa se realice desde la primera resolución que se dicte en el juicio del trabajo, como ocurriría por ejemplo si el juez debe declarar o no la caducidad de una acción propuesta en una demanda, dando cumplimiento al artículo 447 inciso segundo del C.T. La interpretación judicial no vincula al juez para interpretar de la misma forma como lo hizo en un caso anterior por aplicación del principio contenido en el artículo 3° del C.C., en cuanto éste dispone que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” conocido como el efecto relativo de las sentencias judiciales, salvo el caso de algunas sentencias que producen un efecto absoluto y vinculante como ocurre con aquella que declara que un hijo tiene la condición de tal respecto de un cierto padre. Sin embargo, lo normal será que el juez mantenga su tesis interpretativa, salvo la natural influencia que ejerce la doctrina y jurisprudencia.

Destacadamente, el derecho del trabajo nacional otorga gran valor al precedente judicial, lo que se ve confirmado de manera reciente por la introducción del llamado recurso de unificación de jurisprudencia, regulado en los artículos 483 y siguientes del C.T. Este recurso procede “cuando

pagado las cotizaciones morosas , con las formalidades indicadas en el inciso sexto de dicha disposición legal, sin perjuicio del plazo de prescripción señalado en el inciso tercero del artículo 480 del mismo Código (actualmente el precepto corresponde al 510 del C.T.), el que sólo se considerará para los efectos de la interposición de la demanda” . Como se puede concluir, hoy por hoy, la sanción de la ineficacia del despido por no pago de cotizaciones previsionales, no tiene límite y debe aplicarse por la judicatura laboral sin restricciones.

respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales Superiores de Justicia". Lo anterior no significa que los problemas de interpretación del derecho del trabajo son todos conocidos por el Máximo Tribunal, por cuanto los Juzgados del Trabajo y las Cortes de Apelaciones en forma permanente realizan dicha actividad jurisdiccional; pero destacamos la función uniformadora de la interpretación laboral que el nuevo juicio oral del trabajo entrega a la Corte Suprema.²⁶⁰

²⁶⁰ A modo ejemplar es útil citar algunas sentencias que se pronuncian sobre materias controvertidas, que han sido objetos de distintas posiciones interpretativas, a) Sentencia de Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, dictada el 16 de junio de 2011, Rol 10120-2010, en que se resuelve si es aplicable la sanción de la nulidad del despido en los casos en que la relación laboral se establece en la sentencia respectiva. El máximo tribunal señaló "que ha sido la sentencia definitiva la que en mérito de la prueba rendida en el proceso, tuvo por establecido que la vinculación habida entre las partes que de naturaleza laboral. En consecuencia no es posible concluir que el demandado incumpliera la obligación prevista en el inciso quinto del artículo 162 del C.T. y, consecuentemente aplicarle la sanción del inciso séptimo de la misma norma legal, porque no ha efectuado retención de suma alguna por este concepto, sin perjuicio que deba enterar las cotizaciones previsionales por todo el período que duró el vínculo contractual". b) Sentencia de Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, dictada el 14 de julio de 2009, Rol N° 2886-2009, en que la Corte se pronuncia si es o no aplicable a los contratos de trabajo suscritos en el marco de una prestación de servicios de agenciamiento de naves, (vínculo civil entre el empleador y un tercero), la causal de terminación del contrato contemplado en el artículo 159 N° 5 del C. T. esto es, la conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato. El máximo tribunal, al respecto dictaminó "la tendencia en nuestra legislación laboral es la estabilidad en el empleo, la que se traduce, entre otras manifestaciones en la regulación de contratos de trabajo de naturaleza indefinida, convención ingénita a dicho sistema de estabilidad y que presupone la permanencia en la vinculación a celebrarse entre empleador y trabajador, excluyendo naturalmente la temporalidad en la prestación de los servicios. Tales contratos, en su finalización, deben circunscribirse a las causales preestablecida por el legislador, las cuales recogen, en general, situaciones excepcionales y que deben acreditarse fehacientemente por quien las invoca, incluso tratándose de las necesidades de la empresa, establecidas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Indudablemente, la interpretación armónica consecucional es la improcedencia de la causal prevista en el artículo 159 N° 5 del Código del

Se concluye de esta manera la improcedencia de calificar como contratación temporal una de naturaleza indefinida.

3.8.- La actividad interpretativa de la Administración.

La interpretación administrativa se contiene en las resoluciones y dictámenes de algunos Órganos de la Administración del Estado que poseen facultades interpretativas en materia laboral, entre las cuales se debe citar destacadamente la Dirección del Trabajo, a través de los llamados "Dictámenes"²⁶¹. Si bien la interpretación administrativa es ejercida por otras instituciones como la Contraloría General de la República o la Superintendencia de Seguridad Social, o incluso el Servicio de Salud en cuanto actúa en el ámbito de la higiene y seguridad en el trabajo; es la Dirección del Trabajo, sin duda alguna, la que realiza la más prolífica y trascendente tarea interpretativa administrativa laboral.

Trabajo, en relación con los contratos de naturaleza indefinida, por cuanto la esencia de éstos excluye el elemento temporal en la prestación de los servicios como antecedente a considerar para su legítima y válida terminación, el empleador asume el denominado "riesgo de la empresa", es decir, el empresario, al crear una organización de medios personales, materiales o inmateriales, con finalidades de diversa índole, genera también ciertas contingencias, de las cuales resulta responsable en determinadas condiciones, en consecuencia, en caso de término de la relación laboral, son de su cargo las indemnizaciones pertinentes cuando ellas correspondan".

²⁶¹"El Dictamen es un acto administrativo de efecto general... y estos son aquellos cuyos efectos involucran un número amplio e indeterminado de personas...Pero el contenido del Dictamen es normativo pues fija el sentido y alcance de las leyes del trabajo. Desde este ángulo hemos de ver en el Dictamen una fuente de derecho, de origen estatal, en tanto emana de un organismo que integra la administración del estado, de gran importancia frente a un derecho en permanente cambio y mutación en donde los principios doctrinales y los emanados de esta jurisprudencia administrativa lo enriquecen". Novoa Fuenzalida, Patricio: "La fiscalización administrativa de la legislación laboral y la Dirección del Trabajo", en "Estudios en homenaje al profesor William Thayer", Publicación de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, año 1998, pp. 197-198.

La interpretación administrativa que corresponde a la Dirección del Trabajo tiene sus fundamentos en el artículo 505 del C.T. y los artículos 1 y 5 del D.F.L. N° 2 de 1967, y ella presenta como característica, el que es vinculante para la Dirección; no obliga a los tribunales y tiene un carácter científico, en cuanto la interpretación se mantiene mientras no se advierte en un nuevo dictamen que la interpretación sostenida se sustituye por la contenida en un nuevo Dictamen. La actividad interpretativa goza de gran prestigio en la doctrina y jurisprudencia judicial, y normalmente se emiten muy cercanamente a la publicación de leyes laborales.²⁶² La

²⁶² A modo ejemplar, se pueden citar dos dictámenes sobre problemas interpretativos de la ley laboral: a) Dictamen contenido en Ordinario N° 1133/36 de 2005, sobre el sentido y alcance de la ley 20.005, dictado con fecha 21 de marzo de 2006. Este dictamen se pronuncia casi inmediatamente después de publicada la ley y se refiere al entendimiento de diversas normas que modificó o introdujo la ley 20005 de 18 de marzo de 2006 en el C. T. Así, la interpretación administrativa señala que “ la represión del acoso sexual tiene su fundamento en el respeto y promoción de los derechos fundamentales de la persona afectada en el trabajo”, más adelante precisa que “el acoso sexual corresponde en lo fundamental a una conducta ilícita que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador afectado tales como la integridad física y psíquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos derivados de la dignidad de la persona, cuestión, por lo demás, expresamente protegido en la nueva redacción del artículo 2 del C.T. al señalar que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad humana”; b) Dictamen contenido en el Ordinario N° 2763/049 de 08 de julio de 2011, que fija el sentido y alcance del inciso 3° del artículo 4° del Código del Trabajo agregado por el artículo único de la ley 20510. Este dictamen resuelve el problema que sugiere la dictación de la Ley 20.510 de 28 de abril de 2011, cuyo artículo único agregó un nuevo inciso final al artículo 4° del C.T., en relación a la continuidad de la relación laboral de los dependientes de notarías, archiveros o conservadores, ante el cambio del dominio, posesión o mera tenencia del respectivo oficio. Por lo anterior la Dirección estimó necesario fijar el sentido y alcance de la norma legal actualmente vigente. El pronunciamiento administrativo agrega, “en síntesis, que el nuevo dueño debe, en virtud del mandato contenido en las disposiciones anteriormente citadas, no tan sólo mantener las relaciones laborales existentes con el antiguo dueño y las condiciones de trabajo y de remuneraciones con él convenidas, sino también asumir el pago de las diversas prestaciones que aquél hubiere quedado adeudando a los dependientes por cualquier concepto. La conclusión anteriormente enunciada, debe entenderse sin perjuicio de a facultad

interpretación administrativa emanada de la Dirección del Trabajo posee dos características cuya ausencia es notable en su homóloga judicial, esto es, que la doctrina que se consagra no cambia hasta que el propio intérprete fundamenta el cambio de opinión, y en segundo lugar, el carácter vinculante para el propio órgano que la realiza. De esta forma se asegura su carácter científico. Se debe puntualizar que ella no obliga a los particulares, pero si el Dictamen es requerido por algún particular, bien pudiere esgrimirse en su contra el acto propio, en cuanto el contenido del Dictamen no le fuere favorable.

3.10.- A modo conclusivo, y dada la dispersión metodológica respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, y particularmente en el caso de los derechos de doble regulación, no mediados por el legislador, se hace aconsejable, que el proceso intelectual del intérprete, en virtud del cual le asigna un significado al texto que analiza, tenga en cuenta los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional Chileno, destacándose el método finalista, lo que no implica descartar totalmente el originalismo, por cuanto su gran falencia, sin duda alguna, está vinculada al origen no democrático de la Constitución de 1980.

que asiste al nuevo titular, en conformidad a las normas del derecho común, de ejercer las acciones judiciales que correspondan en contra del empleador anterior para los efectos de obtener el reembolso de lo que haya debido pagar”.

V.- La interpretación de los derechos de doble regulación, constitucional y legal.

1.- La colisión de métodos.

Habiendo descrito las consecuencias más relevantes de la doble regulación de los derechos fundamentales tanto en la Constitución como en la ley, en este caso, en el C.T., el análisis se centrará ahora a proponer un esquema teórico que permita abordar los problemas interpretativos que necesariamente surgen al converger la norma constitucional y legal, incluyendo en la primera, tanto la dignidad, el catálogo de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 de la C.P. aunque reducidos a los casos mencionados en el capítulo III de este trabajo, como también los derechos provenientes del bloque de constitucionalidad. En todo caso debe precisarse y como ya se dijo en el capítulo precedente, que los derechos fundamentales admiten una metodología interpretativa según sea si provienen de los derechos constitucionales positivizados en la Constitución o si provienen de tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La importancia de este análisis se puede validar con el Derecho Fundamental a la Libertad Sindical²⁶³, recepcionado en el artículo 19 N° 19 y 16 de la C.P. (esto es entendiéndole en una forma orgánica y funcional,

²⁶³La doctrina laboral no es concordante en calificar la Libertad Sindical como derecho humano, o derecho económico social, lo cual puede influir en su grado de realización en cada comunidad nacional. En relación a este punto se ha sostenido" Se arguye que los derechos económicos y sociales adolecen de inespecificidad jurídica. Al demandar la acción interventora del Estado y no sólo la abstención para respetar la libertad individual que constituye una prestación específica, verificable y sancionable, los derechos económicos y sociales serían en extremo genéricos, universales y por ende, jurídicamente inespecíficos, sin acción concreta para exigir su cumplimiento ni contraparte determinada obligada a ello". López, Diego: "El derecho del trabajo: su crítica y su revitalización." en "Derechos Fundamentales. Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida", Ob. Cit., p. 149.

abarcando la constitución del sindicato, la negociación colectiva y la huelga), derecho que bien puede ser calificado como derecho humano, por lo que si se invoca la norma internacional proveniente de los convenios 87 y 98 de la O.I.T. sobre libertad sindical y negociación colectiva²⁶⁴ , nos encontraremos que en nuestro país, la interpretación de dichas normas debe referirse al denominado bloque de constitucionalidad y no a la interpretación estrictamente constitucional del artículo 19 N° 19 y 16 de la C.P. Así, parece evidente que es necesario abordar estos problemas²⁶⁵.

Otro aspecto que influirá, además de los dichos en los capítulos precedentes de este trabajo, es que las proposiciones que se harán están centrados en los casos de derechos fundamentales laborales que se denominan in-específicos, los cuales son replicados en el C.T., (debemos precisar que no todos, como ocurre con el derecho a la vida e integridad física y psíquica, y la igualdad ante la ley en la perspectiva laboral)) sin que exista mediación legal que desarrolle el contenido de dichos derechos, fijando algunas condiciones de aplicación de los mismos²⁶⁶.

²⁶⁴ El Convenio N° 87 de la OIT. año 1948, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación fue incorporado el 01 de febrero de 1999. A su vez, el Convenio N° 98 de la OIT, año 1949, sobre libertad sindical y negociación colectiva, fue incorporado a nuestra legislación interna el 01 de febrero de 1999.

²⁶⁵ La doctrina en general está de acuerdo en que una de las formas en manifestarse el particularismo del derecho laboral se da precisamente en materia de fuentes...Dando una particular significación a esa circunstancia, se suele hacer una clasificación de las fuentes del derecho del trabajo, distinguiendo las generales o comunes con otras disciplinas jurídicas y las peculiares o específicas...En ese entendido, lo más apropiado parece ser atender a la jerarquía de las normas y habida cuenta del mayor peso específico de los principios y disposiciones constitucionales, distinguirlos de las demás fuentes, para luego tratar de éstas y examinar globalmente el problema de la interpretación". Barbagelata, Héctor-Hugo, "Derecho del trabajo", ob. Cit., p. 132.

²⁶⁶ La decisión del legislador laboral chileno de mencionar disposiciones constitucionales en el C.T, sin desarrollar su contenido normativo genera el

Es cierto que el problema de colisión del método interpretativo (dado los diferentes criterios que sustentan cada una) no surge solo del caso anterior, sino también se puede dar respecto de los derechos fundamentales específicos (libertad de trabajo, libertad sindical, prohibición de discriminación laboral) , o incluso los que provienen de bloque de constitucionalidad, pero en cuanto ellos son mediados por el legislador laboral, el interés en la determinación del método interpretativo pierde trascendencia, sin perjuicio de la importancia de la cuestión dada la vinculación directa de los derechos fundamentales y la explicada eficacia horizontal de los mismos²⁶⁷.

De esta forma la clasificación de derechos fundamentales laborales formulada por Palomeque²⁶⁸ que lo distingue entre específicos e inespecíficos resulta de gran importancia, por cuanto en los de carácter específicos, la mediación legal permitirá que su entendimiento se fije primero por el método interpretativo contenido en la ley (dada la mediación legal del derecho constitucional), caso en el cual las reglas sobre el elemento gramatical, histórico, lógico y sistemático deberán ser usadas de consuno, toda vez que hoy es insostenible postular una

problema de estimarlo una regla o un principio constitucional, lo que obligará al juez a realizar las precisiones necesarias para aplicarlas en un caso concreto.

²⁶⁷La eficacia horizontal ha sido varias veces aludida en este trabajo. En Chile, Gamonal, señala " Durante el transcurso del siglo XX esta eficacia vertical fue complementada con una eficacia horizontal que implica, en principio, la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales entre particulares. Así se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia constitucional chilenas en base al principio de vinculación directa que consagra expresamente la Constitución ", Sergio Gamonal Contreras, "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos", Ob. Cit., p. 20.

²⁶⁸Palomeque, Manuel - Alvarez De La Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", ob. Cit., p. 118 y siguientes.

prevalencia del método gramatical, por mucho que las sentencias laborales parecieran mantener una cierta prevalencia de dicho elemento²⁶⁹.

Al continuar con este proceso, el operador deberá incluir especialmente la regla "in dubio pro-operario"²⁷⁰ toda vez que el sentido de la ley laboral debe aprehenderse en coherencia con ese principio, el cual goza de una gran aceptación doctrinaria²⁷¹ en sede laboral. En todo caso la función interpretativa que se le atribuye a los principios, no excluye los otros del ordenamiento jurídico laboral (protector, irrenunciabilidad de los derechos, continuidad, primacía de la realidad, buena fe y razonabilidad, por nombrar los que gozan de más aceptación), pero destacadamente el pro-operario ha sido utilizado en forma prevalente.

A modo conclusivo el proceso interpretativo de cláusulas laborales no puede descartar la regla pro-operario, dado que ella materializa todo el estatuto protector y de orden público del derecho del trabajo²⁷².

²⁶⁹Por ejemplo, en Sentencia de Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol N° 8609-2011, se sostuvo lo siguiente "Además hay otras dos razones que fortalecen la conclusión anterior, la historia fidedigna del establecimiento de la norma y el principio pro-operario... junto a otros derechos fundamentales, carácter normado del que deriva el criterio pro-operario conforme al cual ha de rechazarse la interpretación inicua, en la especie, que del despido en la época prohibida sin invocar causal legal durante la época prohibida no derive la consecuencia de la indemnización especial del artículo 87 del Estatuto Docente".

²⁷⁰Sarthou, Helios: "Trabajo, Derecho y Sociedad", Ob. Cit., p. 129, y Plá Rodríguez: "Los Principios del Derecho del Trabajo", Ob. Cit., p. 85 y sgtes.

²⁷¹Ibidem.

²⁷²Para Guzmán, el derecho del trabajo se define "como el conjunto de preceptos de orden público regulador de las relaciones jurídicas que tienen por causa el trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, con el objeto de garantizar a quién lo ejecuta su pleno desarrollo como persona humana, y a la comunidad la efectiva integración del individuo en el cuerpo social y la regularización de los conflictos entre los sujetos de esas relaciones". Guzmán, Rafael: "Nueva didáctica del derecho del trabajo", Melvin 12 edición, Caracas, año 2001, p. 9 y sgtes.

Una vez desentrañado el sentido de la regla laboral, se hace necesario someterla al test de constitucionalidad de la solución obtenida. Este test se puede realizar en dos niveles; " a nivel de intérprete operativo de la constitución (órgano de control de constitucionalidad), y a nivel del interprete operativo de la ley (órgano jurisdiccional, órgano administrativo)"²⁷³. Se trata de la denominada "interpretación conforme"²⁷⁴ la que naturalmente no está exenta de crítica, pero por ahora goza de buena salud en el derecho nacional. De acuerdo a esta técnica, y dada la eficacia normativa de la Carta Fundamental, el intérprete legal debe cuidar que su resultado no contraríe las disposiciones del derecho fundamental, evitando las contradicciones, y en coherencia o armonía con el estatuto constitucional. Guastini²⁷⁵ señala que "frente a un texto legislativo que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales está en conflicto con un principio constitucional mientras que la otra no, el juez constitucional elige comúnmente esta segunda interpretación descartando la primera y el principio constitucional en cuestión se esgrime, precisamente, como argumento para justificar la interpretación previamente elegida". En la misma línea, el exministro del Tribunal Constitucional de nuestro país, Viera-Gallo indica que " La Constitución es un todo constituido por un entramado de reglas y principios: cada disposición constitucional adquiere su verdadero sentido en relación con la Constitución como un todo. La finalidad de la Carta Fundamental debe estar referida a un texto objetivo cuyo significado evoluciona con el

²⁷³En el caso Chileno, ello correspondería al T.C, órgano especial de control de constitucionalidad. Los tribunales ordinarios al efectuar el control "difuso" y, la Dirección del Trabajo al emitir un Dictamen para determinar el sentido de alguna norma laboral.

²⁷⁴Viera Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales". Ob. Cit., p.119.

²⁷⁵Guastini, Riccardo: "Teoría e ideología de la interpretación constitucional", año 2008. ob. Cit., p. 189.

desarrollo de la sociedad y su cultura. Por su parte, la norma legal pretende reglar un conjunto de relaciones sociales en coherencia con la Constitución a lo largo del tiempo. La ley siempre tiene un propósito que debe ser concordante con el sentido del texto constitucional”²⁷⁶

En esta óptica, SILVA IRARRAZABAL,²⁷⁷ comentando un caso resuelto por las justicia norteamericana, señala que “ Marshall postula que la interpretación conforme a la Constitución es la adecuada expresión de la supremacía constitucional en la protección judicial de los derechos fundamentales. El efecto horizontal de los derechos fundamentales significa que la Constitución sirve como criterio vinculante de interpretación del derecho aplicable”.

Si la interpretación del texto legal laboral, mediador de la disposición constitucional resulta “conforme” al estatuto fundamental, ello ratificaría que el proceso interpretativo se ha efectuado correctamente. Pero puede ocurrir que el resultado sea al revés, esto es, que la interpretación lleva a la conclusión que la regla de rango legal esta en contradicción con la norma jusfundamental. Esta cuestión ha sido arduamente debatida en la doctrina y aparentemente las posibilidades se mueven en que el juez del trabajo prescinda de aplicar el texto legal, resolviendo la controversia con la aplicación directa del mandato constitucional, o bien deba obtenerse un pronunciamiento previo del tribunal constitucional respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma legal. Sobre este punto se efectuaron los comentarios pertinentes

²⁷⁶ Viera-Gallo Quesney, José: “Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable”. Ob. Cit., p. 14.

²⁷⁷ Silva Irarrázabal, Luis: “Supremacía constitucional y tutela laboral”. Revista de Derecho. Valdivia, Vol. XXIV. Nº 1. Julio 2011, p. 31 y sgtes.

sobre el control difuso o concentrado de constitucionalidad²⁷⁸. Una solución que compartimos se indica por Aldunate²⁷⁹ al expresar “lo que entrega la Constitución al tribunal constitucional es la facultad de declarar inaplicable un precepto legal a un caso, por ser inconstitucional su aplicación. Por lo tanto, esta facultad apunta a descargar, al órgano de la instancia, del problema de la antinomia. Dicho de otra forma, el recurso de inaplicabilidad implica la posibilidad de un pronunciamiento anticipado que sustrae de las facultades del órgano jurisdiccional la consideración del precepto legal que ha sido declarado inconstitucional. No es por tanto, una forma de resolver la antinomia en la instancia, sino de impedirla. Por lo tanto, no puede entenderse que el recurso de inaplicabilidad prive el órgano jurisdiccional de una facultad ajena a éste (o a la jurisdicción como atributo, habría que decir con mayor propiedad), cual es la de pronunciarse sobre la antinomia cuando ella se produce. Menos aún puede estimarse que la consagración del recurso de inaplicabilidad dispense al juez de la instancia de su deber de cumplir cabalmente con el artículo 6° y dar primacía a la Constitución por sobre las normas que la contravenga. Si, al hacerlo, el juez aplica mal el derecho, queda abierto el camino de recursos ordinarios y extraordinarios, incluyendo casación de su criterio jurídico al resolver la antinomia entre Constitución y ley. Por lo demás nuestro ordenamiento jurídico ya acoge procedimientos destinados a hacer valer, en sede distinta al Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales cuando han sido lesionados por una sentencia judicial (recurso de nulidad en el proceso penal)”.

²⁷⁸ En nuestro país, el control de constitucionalidad de los textos legales puede resultar de la actividad del Tribunal Constitucional (control concentrado) o también de la actividad de la judicatura común y especial en virtud de los principios de la vinculación directa y eficacia horizontal de los derechos fundamentales (control difuso).

²⁷⁹Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., pp. 203-204.

De esta manera, se ha expuesto una solución posible respecto del problema de elección del método interpretativo de derechos de doble regulación, constitucional y legal, pero circunscrito al caso de los derechos fundamentales laborales específicos, o aquellos in-específicos que se encuentran mediados por la ley laboral, como ocurre con el derecho a la vida e integridad física y síquica, que se encuentra desarrollado en el CT., a través de la obligación de seguridad que forma parte del contenido del contrato de trabajo. Igualmente ocurre con la prohibición de discriminación, que abordada desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, se trataría de un derecho fundamental in-específico, pero si nos centramos en la prohibición de discriminación laboral contemplada en el artículo 19 N° 16 de la Carta Política, ella constituiría un derecho fundamental específico, pero en todo caso hay que enfatizar que en ambos casos, el derecho fundamental ésta claramente mediado por el estatuto legal, e incluso es una de las materias que más fuertemente se han desarrollado en la legislación laboral los últimos años.²⁸⁰

2.- La interpretación de los derechos fundamentales inespecíficos.

Analizado el caso de los derechos fundamentales específicos, corresponde analizar el método interpretativo que habrá de seguirse en el caso de los derechos fundamentales inespecíficos, y especialmente aquellos que si bien se replican casi en los mismos términos que se describen en la Carta Fundamental, ellos no son mediados por la ley, como ocurre con los mencionados derechos de libertad de trabajo, libertad sindical y prohibición de discriminación laboral.

²⁸⁰A partir de los criterios de discriminación que menciona el artículo 2 del C.T, se han ido incorporando varias reformas que han reforzado la prohibición de discriminación laboral, entre las que se pueden citar la prohibición de acoso sexual (artículo 2 del C.T) el acoso laboral (artículo 2 del C.T.) y la prohibición de discriminación salarial entre varones y mujeres(artículo 62 bis, del C.T.).

Sobre este punto debe efectuarse una advertencia, por cuanto en el caso de los derechos constitucionales susceptibles de tutela por el procedimiento contenido en los artículos 485 y siguientes del C.T., se constata una concurrencia de derechos fundamentales laborales específicos como inespecíficos, e incluso derechos de rango legal, como ocurre con la garantía de indemnidad, las prácticas antisindicales, las prácticas desleales en la negociación colectiva²⁸¹ y los dos casos de prohibición de discriminación que corresponden a la mediación de los derechos constitucionales contemplados en el artículo 19 N° 2 y 19 N° 16 de la C.P.²⁸²

En otras palabras concurren diversos derechos tanto de naturaleza constitucional como de rango legal. En este escenario se advierte entonces, que el método interpretativo que se propone ahora, es el que corresponde a los derechos fundamentales inespecíficos, y que no se encuentran mediados por el C.T. En esta situación se encuentra la vida privada, intimidad y honra, la inviolabilidad de toda comunicación privada, la libertad de conciencia y la libertad de expresión (se excluye el derecho a la vida e integridad física y psíquica y la igualdad ante la ley, que si bien son derechos fundamentales in-específicos, ellos se encuentran mediados

²⁸¹Los derechos de rango legal admiten la solución de subsumir, dada las condiciones de aplicación que ostentan las reglas que lo consagran, aunque es preciso reconocer la estrecha conexión entre la garantía de indemnidad con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, el caso de las prácticas antisindicales y desleales, con el derecho a la libertad sindical.

²⁸²El procedimiento de tutela laboral contemplado en el tantas veces citado artículo 485 y siguientes del C.T. es admitido para conocer restringidamente los casos de: a) Actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del C.T., con excepción de las distinciones o preferencias que se produzcan en las ofertas de empleo o procesos de selección de personal, y b) El caso del despido discriminatorio calificado como grave por resolución fundada del juez del trabajo.

largamente en el C.T., como en el cual se deberá comenzar con el método interpretativo legal, luego hacer el control de constitucionalidad).

Para acertar en la determinación del contenido del derecho fundamental, no cabe duda que el método a emplear es el que proporciona el derecho constitucional, y en especial el método interpretativo constitucional. Esta primera fase excluye las reglas de la interpretación de la ley, por cuanto al ser replicado el derecho constitucional, los términos empleados corresponden casi exactamente a los que utilizan las normas jusfundamentales.

Así por ejemplo, si existe una cierta oscuridad respecto del contenido del derecho a la vida privada o intimidad, y un trabajador estima lesionado dicho derecho por la acción del empleador dentro del contexto de la relación laboral, la interpretación constitucional se impone sin contrapeso, por cuanto, si bien el artículo 5 del C.T. alude a este derecho en la siguiente fórmula "la intimidad, la vida privada o la honra de estos", como se aprecia, replica casi en los mismos términos la regla constitucional y en esta situación no cabe duda que no hay mediación, y por ende predomina el entendimiento constitucional del derecho, más aún si nos encontramos ante un procedimiento de "tutela laboral"²⁸³. Luego, no hay posibilidad de sugerir una primera etapa de interpretación legal. A modo conclusivo, en la hipótesis en análisis se produce una alteración en el método interpretativo y ello justifica estas reflexiones.

²⁸³El procedimiento de tutela viene a constituir el subsidio procesal para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva al trabajador que ha sido vulnerado en sus derechos constitucionales. Ello explica la incompatibilidad con la acción de protección, si es que ésta se inició antes, según lo resuelve expresamente el artículo 485 inciso final del C.T. Sobre este punto ver: Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro, "Conflicto de derechos constitucionales...". Ob. Cit., p. 188 y sgtes.

Adicionalmente, en este caso, no se divisa posibilidad alguna de admitir la función interpretativa de la regla "in-dubio pro-operario", o de algún otro principio propio del derecho del trabajo (como la irrenunciabilidad de los derechos o la primacía de la realidad). Ello porque los derechos fundamentales laborales inespecíficos corresponden al trabajador en cuanto ciudadano, caso en el cual la calidad de trabajador no tiene trascendencia alguna, dado el trato igualitario que se postula a todas las personas en cuanto destinatarios de la protección constitucional²⁸⁴.

Esta particularidad ocasionará un efecto inquietante en la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales laborales inespecíficos, en cuanto será el juez del trabajo, quien hará esa función, recordando que normalmente esta actividad, por su importancia en la vida social de un país, normalmente queda radicada en los tribunales superiores de justicia, en este caso las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En suma, se originará una jurisprudencia constitucional emanada de un tribunal que ocupa la jerarquía más baja en la pirámide típica del Poder Judicial. Así, la facultad entregada al juez del trabajo ha consagrado un control difuso de constitucionalidad lo que se ve agravado por el carácter de única instancia que reviste el procedimiento del trabajo, y por ende, esta conclusión se extiende al juicio de tutela laboral tantas veces mencionado. Particularmente influye en esta realidad jurisprudencial, la circunstancia que el control de la sentencia en única

²⁸⁴ Sobre este punto Sagardoy señala: "Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos". Sagardoy Bengoechea, José: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo", ob. Cit., p.13.

instancia está dado por la competencia que entrega el recurso de nulidad laboral contemplado en los artículos 477 y siguientes del C.T.²⁸⁵ . Este recurso descansa sobre causales, de agravios muy precisos, constitutivos de vicios tanto en la tramitación como en la sentencia, lo que dificulta y restringe el control de la Corte respectiva respecto del fondo de la cuestión resuelta por el juez del trabajo. Este diseño de control de lo resuelto por un juez de grado inferior, puede ser morigerado por la causal de nulidad contemplada en el artículo 477 inciso primero del C.T., esto es, la posibilidad de impugnar la sentencia, o el procedimiento, sea total o parcial, por infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales²⁸⁶. Al respecto existen numerosos pronunciamientos respecto de esta causal²⁸⁷ y especialmente en relación a la vulneración del derecho constitucional de un proceso racional y justo²⁸⁸, como se puede

²⁸⁵La jurisprudencia emanada de las Corte de Apelaciones del país respecto del ámbito de control de la sentencia del juez del trabajo es notablemente restringida, y para ello se acude al argumento de que el recurso de nulidad es derecho estricto. Así se puede apreciar en sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, de 30/ septiembre / 2013, en la se señala” el recurso de nulidad es un medio de impugnación de carácter extraordinario y de derecho estricto, que debe ajustarse cabalmente a la normativa que lo regula, por lo que su procedencia está limitada, en primer término, por la naturaleza de las resoluciones impugnables; en segundo lugar, por las causales expresamente establecidas en la ley; y, finalmente, por las formalidades que debe cumplir el escrito respectivo”. Esta postura no es correcta y los argumentos se pueden ver en el capítulo, *El recurso de nulidad y la errada calificación como un recurso de derecho estricto*, de Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro: “El recurso de nulidad laboral”. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°229-230, año 2011, p. 121 y sgtes.

²⁸⁶ El proceso laboral chileno contempla la hipótesis de infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales, como causal de nulidad de la sentencia dictada por el juez del trabajo, y esta infracción se puede producir durante el curso del juicio o en la sentencia misma.

²⁸⁷ A vía ejemplar se puede citar sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de julio de 2008, Rol N° 4-2008, en que se acoge la causal, y sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 17 de junio de 2011, Rol N° 113-2011, en que se rechaza la causal de infracción sustancial de garantías constitucionales.

²⁸⁸ En este punto, la Corte Suprema ha acogido recursos de queja respecto de inadmisibilidad de recursos fundado en un rigor formal incompatible con la tutela

apreciar en varias sentencias de máximo tribunal, al conocer de procesos del trabajo. Si bien, en estos últimos casos, el derecho constitucional se refiere a la tutela judicial, algunos autores también lo mencionan como derecho fundamental inespecífico del trabajador²⁸⁹.

3.- La acción de la jurisprudencia.

Una materia estrechamente, vinculada a las reflexiones anteriores, está constituida por la práctica judicial de los jueces laborales en cuanto, al relacionarse con casos de vulneración de derechos fundamentales laborales inespecíficos (particularmente los que se incluyen en el artículo 485 del C.T., esto es, derecho a la vida, la integridad física y psíquica, vida privada y honra del trabajador, la inviolabilidad de toda comunicación privada, libertad de conciencia y libertad de expresión) proceden a determinar primeramente si existen reglas aplicables al caso.²⁹⁰ En la hipótesis de los derechos antes mencionados, al parecer la aplicación de reglas solo sería posible en el caso que se invoque como derecho constitucional vulnerado, la vida e integridad psíquica y física, por cuanto

judicial. Así, en sentencia de 10 de octubre de 2010, Rol N° 6985-2010, se sostuvo “es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso 5° del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador, la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en que, a lo menos, lo conforman el derecho a ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido”.

²⁸⁹Sagardoy Bengoechea, Juan: “Los derechos fundamentales en el trabajo”. Ob. Cit., p.16.

²⁹⁰En la sentencia dictada por el Juez del Trabajo de Copiapó, de 15 de septiembre de 2008, RIT N° T-1-2008, conocida como el caso “ Cronos ”, el juez señala “ Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por la vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma.”

dicho derecho fundamental está claramente mediado por un numeroso elenco de reglas en el C.T., y también en la ley 16.744 sobre accidentes del trabajo²⁹¹. Luego, si el juez concluye que no existen reglas, pasa a resolver la controversia aplicando la “ponderación”²⁹², estimando que existe una antinomia de derechos fundamentales, los cuales importan en esta caso, principios o valores, siguiendo de esta forma las posturas de Alexi y Dworkin, antes descritas²⁹³. Esta postura se ve facilitada por las expresiones utilizadas por el artículo 485 del C.T., en cuanto su tenor literal emplea las expresiones “justificación suficiente”, “arbitrariedad” y “proporcionalidad” lo que implicaría la consagración positiva del método de ponderación y además vinculante para el juez laboral, quien no podría eludir el incumplimiento de dicho método, so pena de incurrir en una infracción legal manifiesta o ajustar ese reproche a la causal de nulidad de la sentencia por infracción sustancial de derechos constitucionales antes mencionada. En esta misma línea argumental debe puntualizarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral, según lo expresan Mella y Domínguez²⁹⁴, han acogido como correcto el proceso antes descrito, según

²⁹¹D.O. 7 de junio de 1968. Esta ley contiene un sistema de seguro social en el empleo que busca entregar una cobertura médica, hospitalaria y rehabilitadora a los trabajadores que sufran un accidente del trabajo, entendiéndose por tal “ toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte”. De esta forma su conexión con la integridad física y psíquica del trabajador es ostensible.

²⁹²“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios de un mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutivas puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Prieto Sanchiz, Luis: “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Miguel Carbonell (Editor), Quito-Ecuador, año 2008, p. 99 y sgtes.

²⁹³ Ver citas en este trabajo a las obras de Alexi y Dworkin, N° 198, 200, 202 y 208.

²⁹⁴Mella, Patricio- Domínguez, Álvaro: “Conflicto de derechos constitucionales...”. Ob. Cit., p.194.

se aprecia al examinar el estado actual de esta materia. En todo caso y a modo de advertencia, existe una fundada crítica respecto de la aplicación de la ponderación en relación al conflicto de derechos institucionales de competencia del juez del trabajo, así, Ferrada y Walter²⁹⁵ señalan que “En concreto la tesis que se sostiene aquí es que el nuevo procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador, pero al contrario de lo afirmado por la doctrina mayoritaria nacional, no por oposición de los derechos fundamentales de ambos, sino como controversia específica entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido la controversia no se resolvería por la ponderación entre dos derechos fundamentales, sino como un análisis más complejo de las reglas específicas que regulan estas facultades y derechos en nuestro ordenamiento jurídico”. En sentido similar Silva Irarrázabal²⁹⁶ agrega que en los casos de tutela laboral, el juez debe acreditar dos cosas, la ilegalidad de la actuación del empleador, y por otra, la lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Para la prueba del primer aspecto, el juez del trabajo debe necesariamente acudir a la ley, en cambio para la segunda condición, la jurisprudencia demuestra que normalmente la lesión de un derecho fundamental se corresponde con la infracción de un deber legal por parte del empleador. Para este autor no se recogería la ponderación en la regla del artículo 485 del C.T., al referirse a la insuficiente justificación, la arbitrariedad o disposiciones y la afectación al contenido esencial, ya que estas hipótesis solo serían la tipificación del ilícito laboral y ello será o no el resultado del análisis de la

²⁹⁵ Ferrada Borquez, Juan -Walter Díaz, Rodolfo: “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV. N° 2. Diciembre 2011., p.92.

²⁹⁶ Silva Irarrázabal, Luis: “Supremacía constitucional y tutela laboral”. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV. N°1. Julio 2011, p. 31 y sgtes.

conducta del empleador como titular de ciertas facultades que la ley le reconoce, destacadamente en los preceptos 7 y 306 del C.T.

Estas objeciones, lejos de constituir un obstáculo a la proyección y eficacia de los derechos fundamentales del trabajador durante la vigencia y extinción del contrato de trabajo, constituyen un aporte al esclarecimiento de cuestiones trascendentes para la doctrina jusfundamental laboral, y especialmente en lo relacionado con la competencia del juez del trabajo para establecer el contenido de los derechos constitucionales en la controversia entre el capital y al trabajo. En todo caso, y como ya se dijo, en la actualidad domina ampliamente la primera postura, que podemos llamar "laboral", pero lentamente se ha ido abriendo una lectura constitucional a esta temática.

4.- La interpretación de las normas provenientes del bloque de constitucionalidad.

A modo conclusivo de este capítulo, y respecto del problema hermenéutico, es preciso efectuar algunas consideraciones respecto de la interpretación cuando concurren normas sobre derechos fundamentales provenientes del denominado bloque de constitucionalidad, cuyo contenido y efecto vinculante es objeto de gran debate.²⁹⁷ En todo caso y para los efectos de este trabajo, Barbagelata,²⁹⁸ estima que dicho bloque, está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es

²⁹⁷ En relación al carácter vinculante del bloque de constitucionalidad, Barbagelata, sostiene que "Las disposiciones y principios de los instrumentos internacionales, sin perder tal condición – y sin dejar de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes para ello -, se incorporan plenamente al ordenamiento nacional y en la mayoría de los casos, se les reconoce superlegalidad, expresamente o como consecuencia de su naturaleza". Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo...". Ob. cit., p.225.

²⁹⁸ Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales". Ob. Cit., p.223.

decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina; lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos. A lo anterior se debe agregar lo dicho en el capítulo anterior respecto de la normativa internacional sobre derechos humanos²⁹⁹. Por otra parte, es inconcuso que dentro de la normativa internacional que comprende el bloque de constitucionalidad debe incluirse a los principios y convenios que emanan de la actividad de la Organización Internacional del Trabajo³⁰⁰

En este escenario, no cabe duda que algunos derechos fundamentales laborales han constituido una ocupación especial de la OIT, y entre ellos se debe mencionar especialmente aquellos que se ocupan de la libertad sindical y la prohibición de discriminación. Esto es fácilmente comprobable con la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de la OIT del año 1998, la cual incluye dentro de los derechos que deben asegurarse en el ámbito internacional, precisamente los dos anteriores³⁰¹.

²⁹⁹Ver cita N° 242.

³⁰⁰“Los convenios internacionales del trabajo emanados de la Conferencia Internacional del trabajo y debidamente ratificados constituyen la categoría de las normas internacionales del trabajo por excelencia...que si bien, los convenios ratificados operan como leyes, hay que situarlos en un rango superior en la escala jerárquica de las normas, o, más precisamente, que poseen una mayor dureza por relación a las leyes ordinarias de origen interno”. Barbagelata, Héctor Hugo: “Derecho del Trabajo”, Ob. Cit., pp.140-141.

³⁰¹ La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (órgano máximo de la OIT) en Ginebra, el 18 de junio de 1998, y entre sus considerandos se menciona “que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales”, para luego declarar que el catálogo de esos derechos corresponden a : 1.- La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. 2.- La eliminación

Para los efectos de proporcionar alguna orientación respecto de cuales sería el catálogo de estos derechos, de naturaleza laboral, sea que provengan de la OIT o de otra fuente internacional, se sostiene que ellos corresponden en " términos generales y a la luz de los textos constitucionales e internacionales correspondientes, parece posible admitir que poseen este carácter, prácticamente todas las disposiciones de fondo dirigidas a la protección del trabajador y concretamente, además de las constitucionales del respectivo país, las concernientes, de los instrumentos internacionales de que abarcan en su conjunto los derechos humanos ³⁰², entre éstos se pueden citar en nuestro país, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, los cuales contienen cláusulas laborales.³⁰³ Como ya se dijo, dentro de las normas constitutivas del bloque de constitucionalidad se deben incluir las provenientes de los Convenios de la OIT, que en el caso chileno corresponden a los diversos instrumentos ratificados por Chile, dentro de los cuales deben destacarse aquellos que se estiman fundamentales, entre los que se debe citar, de acuerdo a las fechas de su ratificación, los siguientes: Convenio N° 29, sobre el trabajo forzoso; Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la

de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. 3.- La abolición efectiva del trabajo infantil, y finalmente, 4.- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y la ocupación.

³⁰²Barbagelata, "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales". Ob. Cit, p. 236

³⁰³El Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1966, y ratificado el 10 de febrero de 1972, junto con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 10 de agosto de 1990. Para la revisión de las cláusulas laborales en comento recomendamos Nash Rojas, Claudio: "Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno", p. 27 y sgtes. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> (última revisión 09 de octubre de 2013).

protección del derecho a sindicación; Convenio N° 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva; Convenio N° 100, sobre igualdad de remuneración; Convenio N° 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio N° 138, sobre la edad mínima y, Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. La nómina anterior, para el caso de nuestro país, puede ser objeto de alguna crítica. En este aspecto, PláRodríguez propone una lista más o menos amplia, distinguiendo derechos laborales que corresponden a una dimensión individual y otra colectiva, aun cuando refiere que N. Válticos circunscribe las materias internacionales del trabajo a tres categorías de derechos fundamentales; la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación en el empleo y la profesión.³⁰⁴ Al parecer esta indeterminación doctrinaria puede conspirar contra la eficacia de esta normativa en el ámbito interno, pero preciso es puntualizar, que el CT, en el artículo 459 N° 5, ha dado un poderoso impulso a esta fuente en cuanto señala que los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, deben ser parte de las fuentes que puede utilizar el juez del trabajo al conocer de una controversia laboral, y particularmente si se refiere a un caso en que se alega la vulneración de un derecho fundamental.-³⁰⁵

³⁰⁴Plá Rodríguez, Américo. Revista Debate laboral. Roma-San José Costa Rica, año 1990, Montevideo, p.11.

³⁰⁵ Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un presente griego del nuevo juicio oral del trabajo". Revista del Colegio de Abogados, Concepción. N° 15, año 16, enero 2011. ob. cit., p. 34., expresa "ahora el nuevo juicio oral del trabajo impuso como regla ineludible que las sentencias laborales deben contener en relación a las fuentes: los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda(artículo 459 n°5 del C.T)".

La situación antes descrita, lo que obligará al juez del trabajo efectuar las distinciones respecto del método interpretativo a utilizar, permiten concluir que en la hipótesis de un conflicto de derechos fundamentales, emanados del bloque de constitucionalidad – y en particular si se trata de tratados internacionales o Principios y Convenios de la OIT - cuya aplicación es motivo de la controversia, debe necesariamente acudir a criterios interpretativos propios de estas fuentes, entre los cuales se puede citar: El principios de complementariedad o interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, el principio “pro homines” o la primacía de la disposición más favorable a la persona humana, y el principio de progresividad entre otros. En relación al primero se ha dicho que “ En su formulación actual, el criterio de complementariedad se asocia con la idea de interdependencia de las normas sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, para configurar un mandato al intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos- en el caso, los atinentes a los derechos humanos laborales- cualquiera que sea su fuente, como un todo indisoluble.”³⁰⁶ Un tema de interés se relaciona con la obligatoriedad de la aplicación de las reglas interpretativas contenidas en la Convención de Viena. Harris y Campusano,³⁰⁷ expresan que “ todas las normas contenidas en el acápite sobre interpretación de los tratados se han basado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y contienen la esencia de los principios fundamentales que han asumido la categoría de reglas de derecho internacional en esta materia. Estas deben ser aplicadas a los tratados, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, no pudiendo ser consideradas solo textos doctrinarios o guías de conducta”

³⁰⁶Barbagelata, “El particularismo...”. ob. cit., p. 240.

³⁰⁷Harris, Jaime – Campusano, Enrique: “El juez nacional y la interpretación de los tratados internacionales, en “Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 1992., p.260.

Particularmente, en relación a la interpretación de la normativa de la OIT, un autor estima necesario puntualizar que " en otros extremos de la Constitución de la OIT que interesa resaltar, tienen que ver con la idea de que las normas laborales deben ser interpretadas en el contexto de los derechos fundamentales generales"³⁰⁸

Finalmente es útil tener presente que en el caso de derechos fundamentales provenientes del bloque de constitucionalidad, y que estén mediados por el legislador interno, como ocurre en Chile con la libertad sindical, (incluyendo la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga) la prohibición de discriminación laboral y la libertad de trabajo, ello requiere primeramente establecer el contenido de esas normas mediante el uso de la interpretación legal, admitiendo la función interpretativa de los principios de derecho del trabajo, especialmente la regla " in dubio pro-operario ", para luego contrastarla con la normativa que emana del bloque, y que ella no sea contrariada por la interpretación de rango legal, como se dijo en el párrafo 2º de este capítulo.

³⁰⁸Barbagelatta, Héctor Hugo. "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista ". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Año 2009, p. 161.

Bibliografía.

Libros y Revistas.

Aguilar, Gonzalo - Contreras, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 13, N° 1, Talca, 2007.

Alexi, Robert: "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". N° 5, año 1988.

Alexi, Robert: "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alexi, Robert: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional, México, año 2009.

Aldunate, Eduardo: "Derechos Fundamentales". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Álvez Marín, Amaya: "El postnatal parental creado por la ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad". Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: "Sobre Principios y Reglas" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". N° 10, año 1991.

Atria, Fernando: "Entre la soberanía y lo político", en "Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.

Ayala Corao, Carlos: "El derecho humano a la libertad de expresión" en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6, N° 1, Talca, 2000.

Babace, Héctor: "Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos." Anuario del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2004.

Banda Vergara, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa". Revista de Derecho, Vol. N° 13, Valdivia, diciembre 2002.

Barbagelata, Héctor Hugo. "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista ". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Año 2009.

Barbagelata, Héctor Hugo: "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales" en "Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2009.

Barría, Jorge: "El movimiento obrero en Chile, síntesis histórico-social". Ediciones UTE, Santiago, 1971.

Bassa, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle" en Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Viña del Mar, 2011.

Baylos Grau, Antonio: "Sindicalismo y Derecho Sindical", Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Beltrán, Mikel: "La noción de interpretación de Dworkin" en Revista Quadema de Pensament, N°6.

Bulnes Aldunate, Luz: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 28, Santiago de Chile, año 1980.

Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 30, Valparaíso, 2008.

Caamaño Rojo, Eduardo – Ugarte Cataldo, José Luís: "Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Cea Egaña, José: "Los derechos a la intimidad y la honra en Chile" en Ius et praxis. Universidad de Talca, vol. 6, n°2, Talca, 2000.

Cea Egaña, José: "Derecho Constitucional Chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2004, t. II.

Cianciardo, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108, año 2003.

"Comisión de Estudio: Informe con proposiciones e ideas precisas de 16 de agosto de 1978", reproducido en Revista Chilena de Derecho, N°1-6, Santiago de Chile, 1981.

Diez, José Luis: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXXI, 2º semestre, año 2008.

Ermida Uriarte, Oscar: "Libertad Sindical y Derecho de Asociación ". En "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional ". Asociación Laboral para el desarrollo, Lima, 1992, p. 63.

Evans De la Cuadra, Enrique: "Los derechos constitucionales". Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición, Santiago, 1999.

Eyzaguirre, Jaime: "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile". Editorial Universitaria, 10º edición, 2004.

Fernández Brignoni, Hugo- Moreira Rocca, Danubio: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos". Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

Ferrada Borquez, Juan - Walter Díaz, Rodolfo: "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV. N° 2. Diciembre 2011.

Ferrada Bórquez, Juan: "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Buenas intenciones malos instrumentos (Juzgado de Letra del trabajo de Copiapó)" en Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Diciembre de 2008.

Gamonal Contreras, Sergio: "Perspectivas Futuras del Derecho Sindical Chileno. Desafíos de nuestro Derecho Sindical" en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997.

Gamonal Contreras: "El Derecho Colectivo Chileno Frente a los Convenios N°s. 87 y 98 de la OIT" en "Trabajo y derecho". Legal Publishing, Santiago, 2011.

Gamonal Contreras, Sergio: "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos" Editorial fundación de cultura universitaria, año 2004.

Gamonal Contreras, Sergio: "Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena". Anuario de Derecho del trabajo y Seguridad Social. N° 3. Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa. Sociedad Chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004.

Gamonal, Sergio- Ugarte, José: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en "Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social". Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012.

Garcés, Mario - Milos, Pedro: "Taller Nueva Historia. Cuadernos de Historia Popular". Serie Historia del Movimiento Obrero N°2, Centro de Estudios del Trabajo CETRA/CEAL, Santiago de Chile, 1983.

García Ortega, Jesús, et al., Curso de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Gauché Marchetti, Ximena: "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, año 2011.

Gernigón, Bernard: et. al., "Principios de la OIT sobre el derecho a huelga", en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, N° 4, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, año 1998.

Grez Toso, Sergio: "De la *regeneración del pueblo* a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)", vol. XIII, Colección Sociedad y Cultura, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Ediciones RIL, Santiago, 1998.

Guastini, Riccardo: "Estudios sobre la interpretación jurídica ". Traducida por Gascón, Mariana - Carbonell, Miguel. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1999.

Haberle, Peter: "El estado constitucional ". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1993.

Harris, Jaime – Campusano, Enrique: "El juez nacional y la interpretación de los tratados internacionales, Artículo libro "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

Huepe, Fabián: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°227-228 (1-2), Concepción, 2010.

Javillier, Jean Claude: "Derecho del Trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007.

Julio Estrada, Alexei: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000.

"La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT". Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición, Ginebra.

"Libertad sindical y relaciones de trabajo", Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30a reunión, Ginebra, 1947.

Lifante Vidal, Isabel: "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos". Revista Jueces para la Democracia, N° 36, año 1999.

Lizama Portal, Luis: "derecho del Trabajo". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

Lizama Portal, Luis: "Derecho a la intimidad de los trabajadores y Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)". En "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida", Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. N° 3, Santiago de Chile, 2004.

López, Diego: "Los derechos fundamentales en el trabajo" en Temas Laborales. Dirección del trabajo N°22(año 9), Santiago de Chile, 2004.

Mangarelli, Cristina: "Acoso laboral, concepto y prevención". En "Derecho Laboral", Fundación de Cultura Universitaria. tomo L-N° 225, 2007.

Mangarelli, Cristina: "Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo". Memorias VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Legis S.A., Colombia, 2010.

Martínez Estrada, Eduardo: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución política de 1980". En Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida". Santiago. Año 2004 N° 3.

Maturana Toledo, Carlos: "La libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia" en European Public Law Series, edición especial de la European Review of Public Law , vol. B, Londres, 2009.

Melis Valencia, Christian: "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Editorial Abeledo Perrot, Santiago, año 2010.

Mella Cabrera, Patricio: "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la ley N° 19.759 publicada en el D.O. del 05.10.2001". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°208, año 2000.

Mella Cabrera, Patricio: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 215-216, año LXXII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004.

Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un precedente griego del nuevo juicio oral del trabajo". En Revista del Colegio de Abogados de Chile, Regional Concepción, N° 15, Concepción, 2011.

Mella, Patricio- Domínguez, Álvaro: "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial" en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, Valparaíso, 2012, semestre II.

Molina, Hernán: "Derecho Constitucional". Editorial Legal Publishing, 11ª edición, Santiago de Chile, 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto: "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y, la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno" Revista Ius et praxis Vol. 12, N° 2, Talca, 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto: "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional" en Revista Ius et Praxis. Vol. 12. N° 1, Talca. 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto: "Derechos fundamentales y garantías constitucionales". Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2007.

Palavecino Cáceres, Claudio: "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, volumen 1, N° 1, Santiago, año 2010.

Palomeque, Manuel: "Derecho del Trabajo e ideología", Madrid, Editorial TECNOS, 2002.

Palomeque López, Manuel- Álvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces, 18va edición. Madrid, España, 2010.

Peces-Barba Martínez, Guillermo: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en Anuario de Derechos Humanos, Editorial Universidad Complutense, N°5, Madrid, 1988-1989.

Pérez Royo, Javier: "Curso de Derecho Constitucional" Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2012.

Piñera, José: "La Revolución Laboral", Editorial ZIG-ZAG, Santiago, 1990.

Quezada Meléndez, José: "La competencia", Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1985.

Plá Rodríguez, Américo, Revista Debate laboral. Roma-San José Costa Rica, Montevideo, 1999.

Quintana Bravo, Fernando: "Interpretación y argumentación jurídica". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Quispe, Carlos: "La interpretación constitucional". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, N°13, Madrid, 2011.

Rentero Jover, Jesús: "El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

Rifo Melo, Mauricio: "La formación económica social y la organización de los trabajadores en Chile (1830-2008). Una Mirada desde el Materialismo Histórico", Seminario de título para optar al grado de Licenciado en Educación mención Historia y Geografía, Universidad de Concepción, año 2010.

Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad en la república de Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, Talca, año 2008.

Rojas Miño, Irene: "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el plan laboral" en Revista Ius et Praxis, N° 13 año 2010.

Rojas Rivero, Gloria: "La libertad de expresión del trabajador". Editorial Trotta S.A., Madrid, 1991.

Romagnoli, Umberto: "la desregulación y la fuentes del derecho". Cuadernos de Relaciones Laborales. N°1. Editorial Complutense. Madrid, 1992.

Romagnoli, Umberto: "Las transformaciones del derecho del trabajo", en "Experiencias de flexibilidad normativa", Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992.

Romagnoli, Umberto: "El Derecho, el trabajo y la Historia", Madrid, España, año 1997.

Ruiz Tagle, Pablo: "La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales". En "Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

Sarthou, Helios: "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo", en Revista de Derecho Laboral de Uruguay, N° 123, Septiembre de 1981.

Sarthou, Helios: "Rasgos Ontológicos Generales de la Libertad Sindical", AA.VV. Buen Lozano, Néstor – Morgado de Valenzuela, Emilio (coords.): "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social", Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1997.

Sarthou, Helios: "Trabajo, derecho y sociedad", tomo II, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2004.

Sagardoy Bengoechea, Juan: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi S.A, Navarra, año 2005.

Silva Bascuñán, Alejandro: "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tomo XI, 2ª edición, 2006, p. 241.

Silva Irrarrázabal, Luis: "Supremacía constitucional y tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV. Nº1. Julio 2011.

Terrile, Ricardo: "Interpretación judicial de la Constitución nacional". Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001, tomo I, p. 220.

Thayer, William- Novoa, Patricio: "Manual de Derecho del Trabajo". Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago de Chile, t. I.

Tosto, Gabriel: "A partir del concepto de dignidad en el contrato de trabajo. Lo íntimo, lo privado y lo público". Revista Actualidad Jurídica Laboral. Vol. 143. Año VI, 2010.

Toyama Miyagusuku, Jorge: "Instituciones del Derecho Laboral".

En: [http:// es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku](http://es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku) (última visita 29/07/13).

Ugarte, José Luis: "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol XX, Nº 2, Valdivia, diciembre 2007.

Ugarte, José Luis: "La Corte Suprema y derecho de huelga : aquí no, por favor". Estudios laborales en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No. 4, Santiago de Chile, 2009.

Ugarte, José Luis: "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Editorial Legal Publishing, 3ª edición, Santiago de Chile, 2010.

Valdés Dal-Re, Fernando: "Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo". Sociedad Internacional del derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Montevideo, año 2003.

Varas Marchant, Karla- Gutiérrez Domínguez, José: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos", Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

Viera-Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable" en "Cuadernos del Tribunal Constitucional", n° 46, Santiago de Chile, 2011.

Villavicencio, Alfredo: "Constitución y Libertad Sindical", en Neves, Javier (director): "Trabajo y Constitución". Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1989.

Zapata Larraín, Patricio: "La interpretación constitucional". Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, N° 1, enero –abril, 1990.

Zapata Larraín, Patricio: "Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. " En "Anuario de Derecho Público," Universidad Diego Portales", 1999.

Páginas web.

Biblioteca del Congreso Nacional./http/www.bcn.cl.

Caamaño, Eduardo- Ugarte, José Luis- Gamonal, Sergio: "Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)" Instituto de Estudios Laborales FIEL (Santiago, 2009), p. 46, disponible en <http://fielchile.org/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DERECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf (última consulta: 9 de mayo de 2013)

Ugarte, Luis: "El Derecho Fundamental de Huelga en Chile" Disponible en http://www.sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11:el-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3:informacion-de-utilidad (última revisión 7/10/2013).

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales



“LOS DERECHOS LABORALES DE DOBLE REGULACIÓN.
CONSTITUCIONAL Y LEGAL”

○
“ESTUDIO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE REGULAR
EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y EN LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA ALGUNOS DERECHOS LABORALES”

Patricio Mella Cabrera

Tesis para optar al Grado
de Magíster en Derecho

Concepción
2013



Esta tesis ha sido elaborada con la
Dirección del Profesor Jesús Escandón Alomar.

Índice

Índice	2
Abreviaturas	4
I.- Consideraciones preliminares	6
1.- El constitucionalismo	6
2.- La constitucionalización del derecho laboral	8
3.- Legalización o laboralización de los derechos constitucionales....	11
4.- Conclusión	14
II.- Los derechos laborales y su recepción en el C.P.	16
1.- La reforma constitucional del año 1971	16
2.- La Constitución Política de 1980	18
3.- Crítica al modelo constitucional de 1980	23
III.- Los derechos constitucionales y su descenso a la legislación laboral.	25
1.- La réplica legal de los derechos constitucionales.....	25
2.- La ciudadanía laboral.....	26
3.- La reforma al Código del Trabajo en el año 2001	28
4.- La dignidad del trabajador	30
5.- El derecho a la vida e integridad física y psíquica.....	36
6.- La igualdad ante la ley.....	39
7.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia	50
8.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.	53
9.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos	57
10.- La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.....	61
11.- La Libertad de Trabajo	67
12.- La Libertad Sindical:.....	72
12.1.- Libertad Sindical y su contenido	76
12.2.- El modelo regulatorio de la Libertad Sindical en Chile	80

12.3.- La normativa internacional sobre libertad sindical.....	84
12.4.- El marco legal de la libertad sindical.	85
13.5.- la deficiente regulación de la libertad sindical.....	92
12.6.- La autonomía sindical y su contribución a las fuentes.	94
13.- El bloque de constitucionalidad y su relación con los derechos de naturaleza laboral.....	97
IV.- La doble regulación de los derechos fundamentales. Efectos y consecuencias en el derecho chileno.....	102
1. La supremacía o prevalencia constitucional.	102
1.1. El carácter vinculante de los derechos fundamentales.....	102
1.2. El test de constitucionalidad.....	106
1.3.- La mediación legal de los derechos fundamentales.	108
1.4.- Las antinomias entre la Constitución y la ley.	110
2.- La doble regulación y la vinculación con la teoría de las normas que distingue entre principios y reglas.....	114
2.1. La influencia de Alexi y Dworkin.....	114
2.2.- Los poderes empresariales como límite a los derechos fundamentales.	123
3.- La doble regulación y los problemas interpretativos originados en la concurrencia de fuentes.	125
3.1.- La elección del método interpretativo.	125
3.2.- La incertidumbre del método interpretativo.	127
3.3.- La interpretación constitucional.	133
3.4.- Interpretación y fuentes internacionales.	139
3.7.- El método interpretativo de la ley laboral.....	141
3.8.- La actividad interpretativa de la Administración.....	149
V.- La interpretación de los derechos de dobleregulación, constitucional y legal.....	152
1.- La colisión de métodos.	152
2.- La interpretación de los derechos fundamentales inespecíficos.....	159
3.- La acción de la jurisprudencia.....	164
4.- La interpretación de las normas provenientes del bloque de constitucionalidad.....	167

Abreviaturas.

art., arts.	artículo, artículos
CC.	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
C. de T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
CP.	Código Penal
CPC.	Código de Procedimiento Civil
COT.	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley
DL.	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS.	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
F. del M.	Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc. incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia

sgtes.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
v.	ver o véase
vol.	Volumen



I.- Consideraciones preliminares.

1.- El constitucionalismo.

El derecho del trabajo al igual que otras disciplinas jurídicas ha recibido en estas últimas décadas, la influencia constitucionalista, que en opinión de la doctrina mayoritaria comienza con la vigencia de las llamadas "Constituciones Modernas"¹, esto es, las que abandonan la tesis programática o no ejecutable² de sus disposiciones, sino que ellas deben ser una realidad exigible por los ciudadanos. Si bien se cita como paradigma de esta clase de Constituciones, la Alemana de Weimar³ del

¹ "Probablemente la historia de la constitucionalización de los derechos fundamentales laborales, en todas sus complejas facetas y sinuosas vicisitudes, está aún por escribir, habiéndose destinado más esfuerzo a narrar, con un cierto tono épico, el punto de partida (Querétaro y Weimar) que las fases intermedias entre aquél y la actualidad de nuestros días... La historia del constitucionalismo puede ser descrita como la historia de una progresiva ampliación de los derechos fundamentales...La consagración de aquellos derechos, los denominados derechos sociales en su doble vertiente de derechos de libertad colectiva y de prestación, es el resultado histórico de una profunda ruptura del modelo constitucional hasta entonces imperante." Valdés Dal-Re, Fernando: "Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo". Sociedad Internacional del derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Montevideo, año 2003, p. 46 y sgtes.

² "Los derechos constitucionales pueden resultar operativos (auto-ejecutivos) o programáticos. Los primeros son aquellos directamente ejecutables, es decir que no requieren o necesitan una norma que los complemente. Los programáticos formulan una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que debe reglamentarse el derecho programático, podría llegar a sostenerse que ellas valen solo como un programa de acción". Terrile, Ricardo: "Interpretación judicial de la Constitución nacional". Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001, tomo I, p. 220.

³ "Si bien la Constitución de Weimar no tiene el contenido específico de la Constitución de Querétaro, consagra principios generales (artículo162) como el principio protector –el principio base del Derecho del Trabajo– y la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva. Fue la segunda Constitución en el mundo y la primera europea en incorporar derechos y principios laborales en la

año 1919, debe recordarse que ya en América, en el año 1917 se dictó la Constitución Mexicana de Querétaro⁴. Estos cuerpos fundamentales postulaban la eficacia y exigibilidad de los derechos constitucionales, constituyendo la Norma Fundamental un cuerpo de garantías del ejercicio y disfrute de esos derechos, consagrando al mismo tiempo la inclusión de derechos sociales (trabajo, salud, habitación, educación) los cuales también podían ser exigibles por los ciudadanos, configurándose de esta forma un nuevo Estado Democrático y Social de Derecho⁵ que reclamaba la sociedad de post guerra de los años 50 del siglo pasado.

más alta jerarquía de la normativa estatal". Toyama Miyagusuku, Jorge: "Instituciones del Derecho Laboral".

En: [http:// es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku](http://es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku) (última visita 29/07/13).

⁴ La Constitución de Querétaro se aprueba durante el mandato del Presidente Venustiano Carranza, durante el proceso revolucionario que se inicia con la caída de Porfirio Díaz (1910) y culmina, aunque sin consenso de los historiadores, con la muerte del presidente aludido (1920). Así, el 5 de febrero de 1917, en la ciudad de Querétaro, México, se promulga la "Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos", y puede calificarse como la primera Constitución social del mundo. En el ámbito laboral, se consagra la libertad de trabajo y la propiedad del producto del trabajo, la justa retribución, se reconoce la prevalencia de los derechos civiles y políticos respecto del contrato de trabajo, e incluso contiene un título denominado "Del trabajo y la previsión social", donde se desarrolla la duración de la jornada máxima que alcanza a 8 horas diarias, normas sobre protección de la maternidad, salario mínimo, derecho a participación en las utilidades, el derecho a formar sindicatos y el reconocimiento del derecho a huelga, entre otros. Como se puede apreciar, la frondosidad de las normas constitucionales sobre temas sociales perfilan este cuerpo normativo como un paradigma del naciente estado social y democrático de derecho.

⁵ El término de estado democrático y social de derecho, no es cuestión pacífica en el constitucionalismo, para un autor, se puede conceptuar como el modelo de organización social en que " la democracia exige con carácter fundamental el Estado social, un organismo que se asemeja al estado de derecho, pero que no se limita como éste a conservar lo mío y lo tuyo, mientras que confía su formación al juego del poder y la casualidad, sino que pone como objeto de su previsión una justa distribución de cargas y privilegios en su totalidad sobre la base de la igualdad de todos ". Agrega, que dentro de una democracia, el contenido de la noción de estado social puede entenderse desde dos perspectivas. La primera y más difundida es la que lo asimila a Estado de Bienestar, es decir un Estado que, a nivel constitucional, consagra derechos económicos-sociales, y a nivel

2.- La constitucionalización del derecho laboral.

El escenario anterior generó un gran impulso al constitucionalismo, el cual se proyectó en las distintas disciplinas jurídicas. Particularmente en el derecho penal y civil, al cual se agregaron entre otros, el Derecho del Trabajo. Debe recordarse que el nacimiento de esta parcela jurídica, se ubica a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, primeramente formando parte del derecho civil, hasta desprenderse completamente con la primera codificación laboral del año 1931⁶, que es el corolario a la dictación de leyes aisladas y los 7 cuerpos legales aprobados por el Congreso Nacional, fruto de la presión ejercida por los militares en el llamado "ruido de sables" del año 1924⁷.

administrativo provee una serie de prestaciones a los ciudadanos principalmente en el ámbito de la seguridad social. Ejemplos clásicos de tal concepción son la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución Española de 1978. La segunda acepción no se vincula a la idea de prestaciones asistenciales, sino al perfeccionamiento del Estado Liberal de Derecho. Así entendida el deber del Estado será de intervenir en el ordenamiento jurídico a fin de establecer condiciones que compense la debilidad relativa de algunos frente al poder social de otros. La regulación y reforzamiento de los derechos de sindicación y huelga y los derechos irrenunciables a favor de los trabajadores constituirían típicos ejemplos de tal regulación.

Respecto de esta última concepción el autor en comento afirma que ella posee la ventaja de remitirse a una determinada configuración del ordenamiento jurídico, independiente de los recursos que el Estado posea. Así, sería un paso en la evolución del Estado de Derecho y no una desviación del mismo. Aldunate, Eduardo: "Derechos Fundamentales". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p. 68 y sgtes.

⁶ D.O. de 28 de Mayo de 1931, no obstante entró en vigencia 6 meses después. Se trata de una compilación de leyes entre las se debe citar; la N°2.951 de 1915, de sillas en establecimientos comerciales; N°3.321 de 1917, sobre descanso dominical; N° 3.915 de 1923, sobre peso máximo de sacos de carguío; N° 4.053 de 1924, sobre contrato de trabajo; N°4.055, de 1924, sobre accidentes del trabajo; DL N° 442, de 1925, sobre protección a la maternidad obrera y salas cunas, entre otras. Este Código distinguía una reglamentación diferente entre empleados y obreros, criterio posteriormente abandonado, utilizándose ahora la expresión "trabajadores".

⁷ Se conoce como tal a la fuerte presión que ejerció la oficialidad del ejército sobre el Congreso Nacional el 08 de Septiembre de 1924, exigiendo la aprobación de 7 leyes laborales. Ella fue una muestra del descontento de la

De esta forma, las distintas ramas del derecho comienzan a reclamar el lugar que estimaban, les correspondía, en el contenido de estas nuevas constituciones, introduciéndose cláusulas que consagraban derechos de esas respectivas parcelas jurídicas originando la corriente conocida como "Constitucionalización de los derechos".⁸

Actualmente y a fin de abordar el contenido de este trabajo, la constitucionalización que alcanzó también a las materias laborales, no se

oficialidad frente a la preocupación del Congreso por aumentar su dieta parlamentaria, en desmedro de legislar sobre las imperiosas necesidades laborales y sociales; pero sus antecedentes se remontan a muchos años de descontento social enmarcados en diversos movimientos obreros y civiles que buscaban reivindicar derechos primordialmente laborales. Eyzaguirre, Jaime: "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile". Editorial Universitaria, 10º edición, 2004, p. 204 y 205.

⁸ La Constitucionalización del Derecho se refiere al proceso mediante el cual las Cartas fundamentales dejan de ser simples textos programáticos, adquiriendo fuerza normativa vinculante. En relación a ello Cea indica que "tal constitucionalización encierra otra implicancia, seguramente más novedosa, aunque difícil de aceptar por nuestra tradicional sumisión a la ley...Nos referimos al rasgo, hoy casi universal y pacíficamente sustentado, de la aplicación, directa o indirecta, de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin necesidad que las disposiciones legales mediaten, según la tesis de la ley como pantalla, esa ejecución de los preceptos supremos". Cea, José: "Derecho Constitucional Chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2004, t. II, p.69; asimismo Huepe, Fabián: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°227-228 (1-2), Concepción, 2010, pp.173-175. En el derecho del trabajo, la constitucionalización se manifiesta con la inclusión de cláusulas laborales en la Carta Fundamental y ello se produce históricamente con posterioridad a la recepción de los derechos civiles y políticos (En nuestro país este proceso se inicia tardíamente con la reforma a la Constitución del año 1925, mediante la ley N° 17.398, del año 1971), completándose de ese modo el reconocimiento de la ciudadanía social plena al más alto nivel jerárquico en los ordenamientos nacionales. Babace, Héctor: "Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos." Anuario del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N°3, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 255.

produjo temporalmente en la misma época de México o Alemania, toda vez que la Constitución del 1925 dictada durante el período en que gobernó el presidente Arturo Alessandri Palma, no incluyó estrictamente disposiciones laborales⁹. Es posteriormente, mediante la reforma constitucional del año 1971, a través de la Ley N°17.398¹⁰ del año 1971, y producto de la negociación que llevó adelante la Unidad Popular y la Democracia Cristiana, movimientos políticos que suscribieron el llamado Estatuto de Garantías Democráticas, que permitió el ascenso al poder del presidente Salvador Allende, cuando se produce la verdadera constitucionalización del derecho laboral chileno¹¹, al introducir en la Carta Política, el derecho al trabajo y la justa remuneración, el derecho de los trabajadores a participar en los beneficios de su actividad, la libertad de trabajo, la libertad sindical y la huelga; que bien pueden estimarse como parte del núcleo básico de los derechos de los trabajadores en una sociedad liberal que adopta el modelo económico de producción capitalista¹².

⁹ D.O. de 18 de septiembre de 1925. Dicha Carta Fundamental contenía en el Capítulo III, las denominadas "Garantías Constitucionales", que recibieron el incipiente catálogo de derechos sociales o de prestación, entre los que se encuentran mencionados: El derecho a la educación, (N° 7) la imposibilidad de prohibir cualquier clase de trabajo, (N° 4) y la protección del trabajo, la industria y a las obras de previsión social (N°14) entre otros.

¹⁰ D.O. de 09 de enero de 1971. Esta Ley fue conocida como el Estatuto de Garantías Democráticas, en cuanto fijaba un marco constitucional que debía ser respetado tanto por el conglomerado político que había triunfado en la elección parlamentaria, como por el partido que apoyó la ratificación de Salvador Allende como Presidente de la República.

¹¹ En efecto, la comentada Ley N°17.398 efectúa diversas reformas constitucionales de relevancia, siendo fundamentales a nuestro análisis las del artículo 10, correspondiente a las Garantías Constitucionales, donde incorpora en el numeral 14 el Derecho al Trabajo y en el numeral 16 el Derecho a la Seguridad Social.

¹² Sin perjuicio de lo señalado debemos recordar que el modelo liberal capitalista puro se muestra diametralmente opuesto a lo propugnado por el derecho laboral, lo que se evidencia con la falta de normativa laboral en la Constitución de 1925. En efecto "las garantías constitucionales, versión jurídica positiva de los derechos

Como es lógico, la ascensión de derechos de naturaleza laboral a la constitución no puede ser frondosa, incluyéndose solo aquellos que se estiman indispensables en relación al trabajo humano, cuya conexión con la dignidad de las personas, es hoy ampliamente reconocida en todas las constituciones democráticas.

3.- Legalización o laboralización de los derechos constitucionales.

Sin embargo, constatando la realidad actual de nuestro país, se ha ido configurando una cierta tendencia, que este autor estima de interés, esto es, que si bien la constitucionalización pudiere ser la aspiración de una máxima garantía para el ejercicio y disfrute de los derechos laborales de rango constitucional; en estos últimos años, al parecer, este reconocimiento requiere una técnica adicional, cual es, replicar casi en los mismos términos, los derechos constitucionales, pero ahora en la ley. Así, se produce un fenómeno inverso al de constitucionalización, que puede calificarse de "legalización o laboralización de los derechos constitucionales"¹³, haciendo presente desde ya, que esta realidad se

fundamentales son, antes que todo, las prerrogativas que el Estado Liberal acuerda para proteger al comerciante y al burgués de la invasión estatal. Se trata, en ese sentido, de derechos individuales" En Ugarte, José Luis: "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Editorial Legal Publishing, 3ª edición, Santiago de Chile, 2010, p. 7.

¹³ Esta hipótesis de regulación permite acuñar la expresión "laboralización de los derechos constitucionales", en cuanto al replicarlos casi textualmente desde la Constitución al C.T., presenta la dificultad de adaptar su contenido a los principios, características y fuentes propias del derecho del trabajo, adicionalmente surge la necesidad de la protección y eficacia de dichos derechos y que no se transformen en meramente programáticos. Mella Cabrera, Patricio: "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la ley N° 19.759 publicada en el D.O. del 05.10.2001". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°208, año 2000, pág.25. En este mismo sentido Sagardoy señala que "la importancia de la laboralización de los derechos fundamentales tiene su razón de

proyecta más allá de los derechos típicamente laborales, como la libertad de trabajo o la libertad sindical, extendiéndose a los otros derechos que pertenecen propiamente a todos los ciudadanos y no solo a los trabajadores, citándose entre estos, el derecho a la vida e integridad física y psíquica, la igualdad, honra, libertad de opinión y religiosa, etc. El fenómeno anterior ha constituido la base del gran desarrollo de la llamada "teoría de los derechos fundamentales laborales" y aquella que los distingue entre derechos fundamentales específicos e inespecíficos¹⁴.

Si bien algún lector puede rebatir fácilmente esta aparente novedad, afirmando que es perfectamente lógico que los cuerpos legales desarrollen el contenido de los derechos constitucionales contemplados en la Carta Política, dada la postulada intermediación que debe hacer la ley respecto de la Constitución - y además por el carácter sintético y resumido de sus disposiciones - ello en mi opinión no es suficiente, toda vez que con las recientes reformas procesales llevadas a cabo en nuestro país, se ha entregado a los jueces de grado inferior, que dan inicio a la pirámide o

ser en la propia esencia del contrato de trabajo... La relevancia de la persona del trabajador, que lleva aparejada la limitación de los poderes del empresario." Sagardoy Bengoechea, Juan: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi S.A, Navarra, año 2005, p. 25.

¹⁴ Es Palomeque quien difunde esta clasificación que tendría un gran impacto en la doctrina y jurisprudencia laboral. Para este autor al describir los que denomina "derechos constitucionales laborales inespecíficos " señala que al lado de ciertos derechos constitucionales, cuyo origen específico o razón de ser, se encuentra en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente sus ejercicio fuera de las mismas, mencionando el derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc., existen otros, 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)siendo titulares de ellos en razón de ser ciudadanos, mencionando un catálogo que comienza con el derecho a la igualdad y no discriminación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, y así hasta culminar con el derecho a la educación. Palomeque López, Manuel- Alvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces, 18va edición. Madrid, España, 2010, pp. 119 Y 120.

jerarquía del Poder Judicial, la potestad de aplicar directamente la normativa constitucional. Si bien se podría retrucar que el principio de la vinculación directa o inmediata de los preceptos constitucionales y su eficacia horizontal,¹⁵ ya tenían cierta data en nuestro país, la reforma del contenido de las sentencias en el juicio penal, de familia y finalmente laboral,¹⁶ obliga al juez a fundar y justificar sus decisiones entre otras fuentes, en la constitución, lo que inmediatamente lo conducirá a determinar cómo aplicar textos de doble regulación, en los que , normalmente, las disposiciones constitucionales deben interpretarse conforme a ciertos criterios interpretativos distintos a la interpretación de

¹⁵ La teoría de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales encuentra su origen en un trabajo de Hans Carl Nipperdey, en Alemania, en el año 1950, quien postula la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado como proveniente directamente de la Constitución sin necesidad de mediación legislativa. Esta teoría se la denomina "Drittwirkung der Grundrechte" y encontró su reconocimiento en una sentencia del Tribunal Federal del Trabajo, al pronunciarse expresamente en favor del precepto constitucional de la igualdad salarial de hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral. Esta tesis, que predomina en nuestro país, enfrenta serias objeciones, y destacadamente pueden citarse dos: Una, que la eficacia horizontal anula la autonomía privada, y terminaría por destruir el derecho privado, al hacerlo por completo innecesario, pues los jueces podrían basar sus decisiones directamente en el texto constitucional prescindiendo de las prescripciones legales existentes (conclusión que se puede extender al derecho del trabajo de rango legal) y la segunda, es que esta doctrina en la práctica retira importantes ámbitos de la configuración social de las manos del legislador democrático, en cuanto serán los jueces quienes finalmente configurarían el modelo social y jurídico aceptado, es decir, se puede generar un verdadero "Estado Judicial". Julio Estrada, Alexei: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000, p.95 y sgte.

¹⁶ "Así, siguiendo un camino irreversible, iniciada por las reformas al proceso penal y de familia (Código procesal Penal, artículo 342, letra b) y ley sobre Juzgados de familia N° 19.968, artículo 66 N° 5) ahora el nuevo juicio oral del trabajo impuso como regla ineludible que las sentencias laborales deben contener en relación a las fuentes "Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes..." Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un precedente griego del nuevo juicio oral del trabajo". En Revista del Colegio de Abogados de Chile, Regional Concepción, N° 15, Concepción, 2011, p. 34.

las leyes (en cuyo caso imperan sin restricción las reglas de los artículos 19 al 24 del Código Civil Chileno)¹⁷.

4.- Conclusión.

Efectuadas las consideraciones precedentes, examinemos ahora la regulación legal y constitucional de los derechos laborales, afirmando desde ya que conforme al estado actual de la teoría de los derechos fundamentales laborales, y las variadas reformas introducidas en los últimos años al C.T.¹⁸ , la doble regulación supera los llamados derechos

¹⁷ Recordemos que según la doctrina tradicional dichos preceptos consagran los criterios de interpretación clásicos, gramatical, histórico, lógico y sistemático, propuestos por Savigny; para la interpretación de la Constitución dichos criterios resultan insuficientes, y la doctrina nacional ha propuesto dos concepciones diversas de interpretación: el Originalismo, que atiende a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente (como el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Constitución), y el Evolucionismo, que interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la misma. Al respecto recomendamos Bassa, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle" en Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Viña del Mar, 2011, pp. 15-42; Quispe, Carlos: "La interpretación constitucional". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, N°13, Madrid, 2011; En el ámbito legal laboral el CT. no contempla reglas sobre interpretación, por lo tanto la doctrina como jurisprudencia laboral reconocen la aplicación supletoria de los criterios interpretativos contenidos en el CC., esto es, gramatical, lógico, sistemático e histórico; aunque destacadamente en el método gramatical se ha acudido al principio pro-operario, que postula en que los distintos sentidos de una norma del trabajo se debe optar por aquella que favorezca al trabajador.

¹⁸ Desde el año 2000 a la fecha se han publicado más de una veintena de leyes en el ámbito laboral, entre las que destaca la Ley N°19.759 de 05/11/2011 que modifica modalidades de contratación, derecho a sindicación y derechos del trabajador; Ley N°20.005 de 18/03/2005 que tipifica acoso sexual; Ley N°20.022 de 30/05/2005 que crea Juzgados Laborales y de Cobranza Laboral y Previsional; Ley N°20.087 de 03/01/2006 que sustituye el procedimiento laboral del Libro V CT; Ley N°20.255 de 17/03/2008 que establece Reforma Previsional; Ley N°20.611 de 08/08/2012 en materia de protección de las remuneraciones, entre otras.

laborales constitucionales típicos, extendiéndolos a otros del catálogo del artículo 19 de la C.P., surgiendo el concepto “derechos fundamentales inespecíficos”.¹⁹ Sin duda alguna contribuye a este desarrollo el progreso del constitucionalismo en cuanto propone que el diseño de los derechos fundamentales no puede limitarse a los denominados derechos de libertad, indispensables en una etapa histórica marcada por grandes guerras y pérdida de vidas humanas, sino que ahora, ha surgido el tiempo de los derechos sociales, dado que no es posible profundizar el modelo democrático occidental sino se resuelven las brechas de desigualdad existentes en las sociedades modernas.



¹⁹ La distinción entre derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos ya descrita por Palomeque tiene por objetivo destacar la falta de concreción y eficacia de los segundos, los cuales habían sido desatendidos por el legislador, y en la práctica el poder prevalente del empresario en la relación de trabajo, constituía un factor de ineficacia de dichos derechos. El autor los define como “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, trabajadores”. Ver cit. (14).

II.- Los derechos laborales y su recepción en el C.P.

1.- La reforma constitucional del año 1971.

En nuestro país y como ya se indicó, destacadamente la recepción de derechos de naturaleza laboral recogidos por la Carta Política se concreta en la reforma constitucional del año 1971,²⁰ consagrándose el derecho al trabajo, la libertad de trabajo, la justa remuneración y participación en los beneficios de la actividad que realiza el trabajador, la libertad sindical y la huelga. Si bien no se menciona la negociación colectiva, la doctrina laboral es prácticamente uniforme en señalar que la libertad sindical la comprende²¹. Igualmente se consagró el derecho al trabajo, lo que implicaba la obligación del Estado Chileno a proporcionar a sus connacionales una labor efectiva a fin de concretar este nuevo estado

²⁰ El artículo 10 de la Constitución de 1925 substituye la referencia a la Libertad de Industria en su numeral 14° por lo siguiente:

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.

Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

²¹ En Palomeque, Manuel- Álvarez de la Rosa, Manuel: “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit., pp.336-346; Villavicencio, Alfredo: “Constitución y Libertad Sindical”, en Neves, Javier (director): “Trabajo y Constitución”. Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1989, p.180; Caamaño Rojo, Eduardo – Ugarte Cataldo, José Luís: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico”. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 14-15; Thayer, William- Novoa, Patricio: “Manual de Derecho del Trabajo”. Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago de Chile, t. I, pp.119-120.

democrático y social de derecho. Adicionalmente surge también como derecho autónomo, la libertad de trabajo y la huelga, mencionándose la Seguridad Social, la cual actualmente se ha desprendido del Derecho del Trabajo, normándose actualmente en el artículo 19 N° 18 de la Constitución del año 1980, actualmente vigente²². También debe destacarse que junto al reconocimiento del derecho al trabajo de todo ciudadano, se indicó que el trabajador tendrá derecho a una “remuneración suficiente acorde con la dignidad humana”, cuestión que no se replicó en la Constitución de 1980, lo que no ha sido óbice para generar en nuestro país un serio debate entre trabajadores, empresarios y gobierno, postulándose la necesidad de un ingreso mínimo garantizado, el cual permanentemente se busca aumentar por los trabajadores. Adicionalmente se incluye una “justa participación en los beneficios que de su actividad provengan”, derecho que claramente ha permanecido sin contenido sustancial para los trabajadores de nuestro país, toda vez que tanto la participación en la gestión empresarial o respecto a las utilidades que obtienen los empleadores, ha sido una cuestión negada sistemáticamente por el empresariado nacional.

Este modelo constitucional, intentado en una circunstancia histórica que trajo aparejado el quiebre constitucional, sustituyendo una orientación estatista por una de libre mercado, originó como natural consecuencia un brusco cambio en nuestra tradición constitucional, imponiéndose durante

²²D.O. de 24 de octubre de 1980. En nuestro país existe un arduo debate acerca de sobrevivencia de la Constitución de 1980, ello en razón de las numerosas reformas introducidas. Así, Cristi, señala que la Constitución actual no corresponde a la original de 1980, toda vez que el titular o sujeto del poder constituyente es distinto al que aprobó el texto de 1980. Cristi, Renato: “El pensamiento político de Jaime Guzmán”. LOM ediciones, Santiago de Chile, 2000, p.147. En sentido contrario, ver: Atria, Fernando: “Entre la soberanía y lo político”, en “Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009, p. 157y sgtes.

el gobierno militar de la época (1973-1990), la Constitución Política de 1980²³, la cual quita la potencia constitucional que entregó la modificación del año 1971, peyorizando los derechos constitucionales laborales, y suprimiendo derechamente algunos de sus contenidos fundamentales²⁴.

2.- La Constitución Política de 1980.

Dicha Carta Política, que rige actualmente, sufrió durante los años venideros, diversas modificaciones, sin que estas alcanzaran a las cláusulas constitucionales laborales. De esta forma, el contenido laboral contemplado en los artículos 19 N° 16 y 19, no ha experimentado cambios, y sin duda alguna, su reglamentación es coherente al nuevo modelo económico y político que pretendían los gobernantes de facto de esa época.



²³ En efecto, la Constitución de 1925, predecesora de la actual, cesó en su vigencia el 11 de septiembre de 1973 con el DL N°1 de la Junta de Gobierno, que atribuye a la Junta “el mando supremo de la nación”. Con fecha 16 de noviembre de 1973, mediante DL N°128, se precisa el alcance de dicha frase, señalando que la Junta de Gobierno, desde el 11 de septiembre de 1973 había asumido el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”. Ver Molina, Hernán: “Derecho Constitucional”. Editorial Legal Publishing, 11^a edición, Santiago de Chile, 2011, p. 27 y sgtes.

²⁴ El ejemplo más patente al respecto lo encontramos respecto al Derecho a Huelga, que sólo aparece expresado en la Carta Fundamental con un contenido negativo, es decir, expresando prohibiciones y restricciones en cuanto al mismo. En ese sentido Cea señala que “La Constitución de 1925, después de ser reformada con el estatuto de garantías de 1971, optó por reconocer la huelga con el carácter de derecho y no de un mero hecho o circunstancia inevitable. Para esto el poder constituyente se atuvo a los tratados internacionales que reconocen a la huelga como una facultad legítima de los trabajadores. Pero en la Constitución de 1980 se cambió de criterio, buscando comprimir la huelga lo más posible...En la Comisión de Estudio se planteó que la huelga fuera considerada un simple hecho sin regulación jurídica...”. Cea, José Luis. Ob. cit., p. 438.

Así, se consagra la libertad de trabajo, eliminándose la referencia al derecho al trabajo,²⁵ derecho de libertad que tiene un contenido múltiple, abarcando la libre elección del empleo, la libre contratación y imposibilidad de establecer trabajos prohibidos, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Esta redacción no implica que las partes de la relación laboral disfruten de autonomía para fijar el contenido obligatorio del contrato de trabajo, ya que ella está limitada por el orden público laboral bajo la fórmula de mínimos inderogables; esto es, remuneración mínima, jornada máxima de 45 horas semanales, descansos, feriado anual, etc., los que se desarrollan en el C.T. Esta lectura de la constitución resulta de la aplicación armónica del 19 N° 16 de la Carta Política, en cuanto el texto expresa como regla en el inciso primero, “la protección del trabajo”.

También se incluye la justa retribución, sustituyendo la expresión “justa remuneración” que empleaba la modificación constitucional 1971, transformando la norma en una textura abierta, sujeta a un valor de difícil determinación en un caso concreto.

Se garantiza también la prohibición de discriminación laboral, salvo que se funde en la capacidad o idoneidad personal, consagrándose entonces que ciertas condiciones no pueden estimarse criterios discriminatorios como es el caso de un trabajador que posea calificaciones académicas que otro no tiene. La prohibición de trato desigual alcanza tanto a la discriminación directa como la indirecta²⁶. Aún cuando el texto

²⁵ Se ha cambiado la nomenclatura del otrora artículo 10N°14 de la Constitución de 1925, “Derecho al trabajo”, en el actual artículo 19N°16 de la actual Carta Fundamental, por la “Libertad de trabajo y su protección”.

²⁶ En relación a la igualdad en su acepción jurídica laboral, Cea, siendo conteste en la doctrina constitucional, señala que esta igualdad o isonomía laboral debe

constitucional expresa que los criterios de discriminación por nacionalidad y edad, quedan regulados por la ley, en relación a esta última diferenciación, lo cierto es, que el trato diferente está suficientemente justificado por la protección del trabajo a menores, verdadera lacra de las sociedades libremercadas, conclusión que no se extiende a la protección del trabajo a los nacionales ya que la fórmula general empleada por el Código del Trabajo Chileno al regular esta materia (artículos 18 y 19 del C.T.) no es incompatible con la prohibición, salvo que optemos por limitarlos a ciertos casos, de manera particular, interpretando la aludida disposición constitucional de forma "pro-homines"²⁷ a favor de los trabajadores inmigrantes.

En el precepto 19 N° 16 ya mencionado, se contiene también el derecho a la negociación colectiva, pero limitada al ámbito de la empresa,

relacionarse con la consagrada en el artículo 19N°2. Cea, José Luis, Ob. Cit., tomo II, p. 429; En el mismo sentido Molina, quien explica dicha igualdad señalado que "deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentran en análogas situaciones de hecho". Molina, Hernán, ob. Cit., p. 266. En base a lo señalado podemos concluir que no se trata de una igualdad absoluta, sino que una igualdad en situaciones equiparables, discriminando en las situaciones distintas. Para Gauché, en "una primera y simple aproximación se puede decir que la discriminación es "directa" cuando una persona recibe un trato inferior en el goce y ejercicio de sus derechos en razón específicamente de alguno o algunos de los criterios que forman su identidad, tales como el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, el color de la piel, la nacionalidad, la religión, etc. La discriminación es "indirecta" en cambio cuando se adopta una medida o política que si bien no busca otorgar el trato inferior, en los hechos lo produce en función justamente de alguno o algunos de estos criterios de identidad y diferenciación que he señalado". Gauché Marchetti, Ximena: "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, año 2011, p.149.

²⁷Sobre la interpretación "pro-homines o pro-libertatis", se sostiene que conforme a este principio hermenéutico, en caso de ser admisibles distintas operaciones interpretativas legítimas, debe prevalecer la que más favorezca a las personas y su libertad. Viera-Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable" en "Cuadernos del Tribunal Constitucional", n°46, Santiago de Chile, 2011, p. 121.

expresión constitucional del llamado Plan Laboral implementado por el Gobierno Militar con los Decretos Leyes N° 2756 y 2759 de 1979, y obra del Ministro del Trabajo de esa época, José Piñera Echeñique, el cual buscaba excluir la negociación colectiva por rama de actividad o a nivel nacional. Si bien en la codificación se contempla la posibilidad de una negociación interempresa (artículo 334 del C.T.) ella requiere acuerdo previo, por escrito, y otorgado ante un ministro de fe, más una autorización de los trabajadores, a la organización sindical de que se trate, decidida por la mayoría absoluta de los trabajadores afiliados. Como se advertirá basta la negativa empresarial y el derecho se transforma en impracticable. Curiosamente, esta negociación por rama de actividad o a nivel nacional está prohibida para los funcionarios públicos chilenos y sin embargo se puede apreciar que en la práctica negocian por sectores de la administración pública, paralizan sus funciones y los representantes de los trabajadores del sector público son reconocidos y legitimados por las autoridades correspondientes. Se produce una antinomia entre el goce de un derecho típico del trabajador del sector privado, y una conducta que está prohibida para el funcionario público. Así las cosas parece que en nuestro país se puede sostener la validez de la costumbre contra ley al reconocerse la eficacia de los acuerdos suscritos entre los funcionarios públicos y las autoridades de la Administración del Estado a pesar que la ley niega tal opción.

Conjuntamente con el derecho a negociar colectivamente, concebido de manera restrictiva en la C.P. del año 1980; se menciona la huelga en una fórmula negativa, despojando notoriamente a este derecho de su contenido sustancial, esto es, el paro de actividades como medio de

presión legítima del cual dependen los trabajadores en los procesos negociadores con sus empleadores.²⁸

Además, se circunscribe la huelga a los casos que se vinculan a un tipo de negociación (la llamada negociación reglada de los artículos 315 y siguientes del C.T.) descartándose en las dos otras hipótesis autorizadas por el C.T. o cualquier otra que provenga del natural conflicto de interés entre trabajadores y empleadores²⁹. Así las cosas, la huelga requiere una consagración distinta a la indicada en nuestra Carta Política y ello es perfectamente validable por la circunstancia que la mayoría de los países adheridos al modelo de producción capitalista, la contemplan en sus Constituciones³⁰ sin las restricciones que se mantienen en la Carta Institucional de nuestro país.

²⁸ Resulta interesante analizar el modo que la Comisión de estudio de la Constitución, es decir la que efectivamente redactó la Carta de 1980, entendió a la huelga: "La Comisión no considera a la huelga como un derecho, sino como una solución de fuerza que no conlleva en sí ningún principio de justicia y, además, en nuestro país ha sido usada por ciertos grupos políticos como un instrumento de lucha de clases. La experiencia enseña que no pocas veces ella perjudica a los trabajadores y generalmente a la comunidad". "Comisión de Estudio: Informe con proposiciones e ideas precisas de 16 de agosto de 1978", reproducido en Revista Chilena de Derecho, N°1-6, Santiago de Chile, 1981, p. 227.

²⁹Recordemos que el C.T., en sus artículos 314, 314 bis A, 314 bis B y 314 bis C autoriza, además de la negociación colectiva reglada (arts. 315 y sgtes.), la negociación colectiva semi-reglada y negociación no reglada.

³⁰A modo de ejemplo tenemos la regulación legal de la huelga en EE.UU., donde se sigue un modelo polivalente restringido. Es decir que en él las normas legales fijan una pluralidad de objetivos o finalidades pero restringidas a una enumeración legal, que en general están limitadas a la expresión de reivindicaciones económicas y/o de defensa de intereses profesionales. A pesar de su restricción el modelo Estadounidense reconoce una pluralidad de finalidades y objetivos lícitos a la huelga, a diferencia de lo que ocurre en nuestro régimen de ella. Al respecto recomendamos ver Ugarte, Luis: "El Derecho Fundamental de Huelga en Chile" Disponible en http://www.sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11:el-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3:informacion-de-utilidad (última revisión 7/10/2013)

3.- Crítica al modelo constitucional de 1980.

Al contrastar estos derechos constitucionales (negociación colectiva y huelga) con la anterior modificación constitucional, aparecen seriamente afectados en su contenido, ya que en la redacción del año 1971, tanto la libertad sindical, como la huelga no incluían limitaciones en el texto, pudiendo perfectamente compatibilizarse con la concepción moderna de la libertad sindical, esto es, inclusiva de la libertad para afiliarse y constituir sindicatos, dotarse de su reglamentación con autonomía, negociar colectivamente y ejercer el derecho al paro³¹.

Finalmente, y en un precepto separado, el artículo 19 N° 19, la Constitución, asegura el derecho de sindicación, esto es, formar parte, constituir y retirarse de un sindicato. La libertad de afiliación no siempre ha sido compartida por los trabajadores, los cuales postulan que una afiliación obligatoria les permitiría fortalecer sus organizaciones sindicales, aumentar su capacidad de negociación frente a los empresarios, los cuales claramente se organizan a nivel no solo local sino también nacional.

La fórmula constitucional da cuenta de una visión meramente orgánica del sindicato, lo que explica la separación de sus facultades

³¹ Así respecto de la Huelga tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical de la OIT han estimado que el derecho a huelga forma parte del derecho a organizar sus actividades y formular su programa de acción, contenido en el art. 3 del Convenio N°87 OIT, y que es parte esencial del contenido de la Libertad Sindical. Segundo informe del Comité de Libertad Sindical, 1952, caso N°28 (Jamaica), párr. 68; en cuanto a la Negociación Colectiva, tanto el Convenio N°98 en su artículo 4, como el Convenio N°154 más detalladamente, señalan que ella es parte del contenido de la libertad sindical. "Libertad sindical y relaciones de trabajo", Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30a reunión, Ginebra, 1947, p. 53. También en "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT". Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición, Ginebra, 2006, párr.881.

naturales (negociación colectiva y la huelga) en un precepto separado de la constitución. Postulo la necesaria modificación o adecuación constitucional de este derecho, separando los aspectos individuales de la relación laboral (contenidos en un precepto constitucional) de los colectivos (reformulación del actual artículo 19 N° 19 de la C.P.) a fin de lograr el disfrute efectivo de este derecho constitucional como lo postula la mayoritaria doctrina³² y el hecho que la mayoría de los estados democráticos y social de derecho, los contienen, sin quebranto en sus respectivos ordenamientos jurídicos.



³²En este sentido, en la doctrina comparada, Ermida Uriarte, Oscar: "Libertad Sindical y Derecho de Asociación ". En "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional ". Asociación Laboral para el desarrollo, Lima, 1992, p. 63 y sgtes. Y en la nacional, Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 30, Valparaíso, 2008, p. 265 y sgtes.

III.- Los derechos constitucionales y su descenso a la legislación laboral.

1.- La réplica legal de los derechos constitucionales.

Hechas las reflexiones sobre el estado de las cláusulas constitucionales laborales, abordaré la manera como la Constitución desciende a la ley, replicando los derechos fundamentales, sean los estrictamente laborales o específicos o aquellos que pertenecen al trabajador en cuanto a ciudadano, como es el caso de los derechos fundamentales inespecíficos.

En este punto, no se trata simplemente de un desarrollo del derecho constitucional por la ley, cuya redacción es de carácter comprimida y dudosamente calificada como principio,³³ sino de una réplica literal, originando la dificultad de si debe aplicarse uno u otro, destacando ya la primacía del texto constitucional, y la circunstancia que en algunos casos que se examinarán, no se indican condiciones de aplicación (cuando

³³ La designación de los derechos fundamentales y su manejo como principios tiene un origen germánico, primeramente con conexión al texto constitucional de Weimar(1919), en cuanto la Constitución tiene una función integradora en torno a ciertos valores. Estos valores se expresan en primera línea en los derechos fundamentales. Luego, tiene como antecedente casos resueltos por el Tribunal Constitucional federal alemán al recoger la idea de un orden objetivo de valores plasmado en los derechos fundamentales a propósito del caso LUTH. Y finalmente, por la influencia de Alexi, quién postula que los derechos fundamentales expresarían valores, y la faz deóntica de los valores serían los principios a los que reconoce el carácter de normas. Un autor estima errada la tesis que le atribuye el carácter de principios a los derechos fundamentales, desarrollando una sólida argumentación al respecto. Aldunate, "Derechos Fundamentales". Ob. Cit. p. 117). Sin embargo esta postura no sido seguida en el ámbito laboral, tanto en la doctrina como jurisprudencia. En este sentido, ver, Gamonal Contreras, Sergio: "Fundamentos de Derecho laboral", Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 36 y sgtes.

es la ley la que los menciona) que debería ser lo usual al desarrollar los derechos constitucionales en sede legal.

2.- La ciudadanía laboral.

La fórmula antes explicada se hace patente en nuestro ordenamiento jurídico laboral a partir de la reformas al C.T. introducidas por la ley 19.759 del año 2001, en la que destacadamente se produce el reconocimiento a la ciudadanía laboral³⁴ la cual postula que la empresa no es un lugar propicio para el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador, esto, dada la estructura del contrato de trabajo, que en el plano individual se plasma en el elemento de la subordinación (artículo 7 del C.T.) y en el plano colectivo, la facultad privativa del empresario en cuanto se niega al trabajador toda ingerencia en la organización, dirección, administración de la empresa y que se concreta en la redacción del artículo 306 del C.T.³⁵ Si bien la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre privados (la relación laboral lo es) estaba disponible desde la Constitución de 1980, en la práctica, al ingresar el trabajador a su empleo, reproducía una abdicación constitucional del trabajador a favor del empleador, cuestión inadmisibles dado el trato igualitario que las constituciones modernas postulan.

³⁴Los derechos fundamentales propiamente laborales aluden al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a toda la protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados. Habitualmente denominados como Ciudadanía Laboral, forman parte protagónica de los derechos económicos y sociales. López, Diego: "Los derechos fundamentales en el trabajo" en Temas Laborales. Dirección del trabajo N°22(año 9), Santiago de Chile, 2004, p.1

³⁵En efecto, el inciso segundo del precepto indicado prescribe: "No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma".

Particular comentario debe hacerse en relación a la ineficacia del recurso de protección como medio idóneo para obtener el disfrute de los derechos constitucionales del trabajador, dado que su eventual uso colocaba en peligro la permanencia del trabajador en su empleo³⁶. El escenario anterior hizo patente la ineficacia de la tutela procesal de los derechos constitucionales del trabajador, sea por la aludida acción de protección, sea por medio de las acciones de cumplimiento típicas del juicio del trabajo, que podían ejercerse a través del procedimiento de aplicación general del C.T.

De esta forma, a pesar de la reforma del C.T., en relación a incluir una serie de modificaciones que dieran cuenta del reconocimiento y eficacia de los derechos constitucionales durante la vigencia del contrato de trabajo, en la práctica después de años de efectuada (destacadamente a través de la mencionada ley 19.759 de 2001) se logró un consenso en el llamado Foro para la Reforma Laboral y Previsional, creado durante la administración del Presidente Lagos en el año 2000³⁷ para implementar un procedimiento especial tendiente a conocer los conflictos de derechos constitucionales entre trabajador y empleador, surgiendo de este modo el llamado Procedimiento de Tutela Laboral regulado en los artículos 485 y siguientes del C.T.³⁸ La elección de este procedimiento por el trabajador

³⁶Ugarte Cataldo, José. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". Legal Publishing, Santiago, año 2010, p. 18.

³⁷ En junio del año 2000, el Gobierno convocó a una instancia técnica, compuesta por académicos, jueces, litigantes laborales y técnicos, a la que se llamó " Foro para la Reforma de la Justicia laboral y Previsional " la que se encargó de formular las propuestas de reforma, materializadas en los proyectos de ley respectivos que se presentaron en agosto del año 2003 al Congreso Nacional

³⁸La Ley N°20.087 de 03 de enero de 2006, que modifica el Libro V del CT. incluyó el llamado Procedimiento de Tutela Laboral, en carácter de especial, con algunas particularidades respecto del procedimiento de aplicación general, el cual actúa como procedimiento supletorio.

se hizo incompatible con la acción de protección según se indica en el inciso final del artículo 485, del C.T.

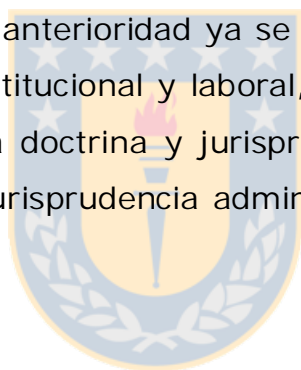
3.- La reforma al Código del Trabajo en el año 2001.

A modo conclusivo, si bien se incorpora en el título preliminar del C.T., la regla de que las facultades del empresario no podrán afectar las garantías constitucionales del trabajador (artículo 5 inciso primero del C.T.), reforzando la eficacia horizontal de dichos derechos, ello no implica una prevalencia a favor del trabajador, ya que ello conspiraría contra el trato igual de las disposiciones constitucionales, sin distinción de alguna de las partes de la relación laboral. Particular interés tiene el hecho que el precepto antes citado no limita el catálogo de derechos constitucionales que se contemplan en el artículo 19 de la Carta Fundamental, incluyendo a las cláusulas laborales constitucionales como a las que corresponden a todo ciudadano con prescindencia de si es trabajador o no; criterio que fue abandonado a la hora de decidir la competencia del juez laboral para conocer de esos conflictos a través del Procedimiento de Tutela Laboral, restringiéndolo a un catálogo reducido de derechos constitucionales, entre los que se incluyen el N° 1, esto es, derecho a la vida, integridad física y psíquica, el N° 4, 5, 6, 12 y 16 en lo relativo a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y los trabajos prohibidos. A este catálogo se deberá agregar otros de rango legal ³⁹ como las contiendas planteadas por el trabajador con ocasión de represalias del empleador, las prácticas

³⁹Si bien el artículo 485 en su inciso 2° hace aplicable este procedimiento a otros casos de rango legal, como por ejemplo los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del CT., o las prácticas antisindicales, la conexión con derechos fundamentales es evidente, así, en el primer caso se trata de garantizar la igualdad de trato y prohibición de discriminación laboral, y en el segundo, la libertad sindical, todos los cuales están contemplados en los numerales 2, 16 y 19 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

antisindicales y prácticas desleales en la negociación colectiva, el despido discriminatorio grave y la prohibición de discriminación salarial en razón de sexo,⁴⁰ casos en que claramente se vinculan a derechos constitucionales, pero que tienen condiciones de aplicación que permiten resolver estas controversias por la vía de resoluciones legales, y no constitucionales, acudiendo destacadamente al método de subsumir y no ponderar como se postula para los conflictos de naturaleza constitucional⁴¹.

Como se indicó anteriormente, el período en que se manifiesta la tendencia de replicar los derechos constitucionales en los textos legales, al menos en la zona del derecho del trabajo, es a partir del año 2001, dado que si bien con anterioridad ya se encontraban algunos derechos de doble regulación constitucional y laboral, ello era de manera aislada y sin reacción alguna en la doctrina y jurisprudencia nacional. Esta conclusión no se extiende a la jurisprudencia administrativa, ya que existían algunos



⁴⁰ Originalmente sólo se incluía como derechos de rango legal amparados por el procedimiento de tutela, la garantía de indemnidad y los casos relacionados con actos discriminatorios del artículo 2 del C.T. y el despido discriminatorio grave, a lo que se agregaron las prácticas antisindicales, las prácticas desleales en la negociación colectiva y, más recientemente, por obra de la ley N 20.348 de 19 de junio de 2009, que extendió la tutela laboral a los casos de discriminación salarial en razón de género.

⁴¹ La elección de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, tenía como soporte la existencia de un catálogo (cerrado o abierto) de derechos fundamentales (específicos o inespecíficos), lo que sería coherente con lo dispuesto en el inciso 1º del art. 5º CT. Sin embargo, por obra de la Ley N° 20.087, de 3 de enero de 2006 y la ley N°20.348 de 19 de junio de 2009, se incluyeron hipótesis de transgresión de reglas como materias del procedimiento de tutela laboral. Se debe puntualizar que este procedimiento era concebido como una verdadera acción de protección de los derechos fundamentales laborales del trabajador.

dictámenes que ya permitían ir configurando una protección a los derechos constitucionales del trabajador al interior de la empresa⁴².

Para el autor, a fin de proporcionar una visión clarificadora de cuáles son estos derechos de doble regulación, es útil acudir al mismo orden que se contiene en el artículo 19 de nuestra Carta Política, agregándose a dicho catálogo, la dignidad humana, la que es postulada en el artículo 1º de la Constitución e impregna el contenido del resto de las garantías constitucionales. Sobre este punto el Tribunal Constitucional ha señalado que “el artículo 1ª de la Carta Política es de un profundo y rico contenido doctrinario; refleja la filosofía que impregna nuestra constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”⁴³. Examinemos cuales son estos:

4.- La dignidad del trabajador.

Existe un consenso generalizado en la doctrina constitucional que la dignidad humana⁴⁴, es un derecho fundamental con reconocimiento en el artículo 1º, inciso 1º de la Carta Fundamental, al señalar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En este aspecto, la dignidad si bien no se incluyó en el catálogo de derechos constitucionales

⁴²Gamonal Contreras, Sergio: “Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos” Editorial fundación de cultura universitaria, año 2004, pág. 25 y sgtes.

⁴³ Sentencia Tribunal Constitucional 27 octubre 1983 Rol N°19.

⁴⁴ Sobre el punto, Cea Egaña, señala” Ella es el valor que, en la teoría de los derechos humanos que sigo, se reconoce como el cimiento, presupuesto y base de todos los derechos fundamentales, sin la cual no cabe hablar de lo que es un derivación de la misma, que son las libertades, las inviolabilidades y en general, los atributos públicos subjetivos conocidos como derechos humanos”. José Luis Cea Egaña. Los derechos a la intimidad y la honra en Chile” en *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, vol. 6, n°2, Talca, 2000, p. 155.

cuyo disfrute debe ser asegurado por la Constitución Política, se estima que constituye el núcleo básico del entramado de derechos esenciales⁴⁵, en otras palabras, inunda todo el sistema de protección constitucional y así fue recogido por nuestra jurisprudencia constitucional⁴⁶. Es interesante destacar que la doctrina constitucional es aún incipiente en determinar el contenido o sustancia de la dignidad humana, lo que permite postular que la jurisprudencia, tanto emanada del tribunal constitucional a través del control concentrado de constitucionalidad⁴⁷ como el de la judicatura del trabajo en general, al ejercer el control difuso de constitucionalidad⁴⁸, debe abordar esta omisión, dándole un contenido real a este núcleo

⁴⁵ En la sesión N°92.10 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano asesor del ejecutivo encabezado por la Junta Militar de la época, respecto del valor de la dignidad, Guzmán enfatiza que " los derechos que emanarán de esa dignidad son, precisamente todos los que se consagrarán en el texto constitucional, de manera que es innecesario mencionarlos en el encabezamiento del precepto" más adelante en sesiones posteriores reafirmará dicha conclusión al indicar que tanto los derechos de libertad como de igualdad arrancan de la circunstancia que los hombres nacen libres e iguales en su dignidad". A su vez, el T.C. ha resuelto que el contenido de la dignidad a la que se alude en el art. 1° de la C.P. corresponde a un "principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados". Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 28 de octubre de 2003, Rol N°389.

⁴⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, Rol N° 1340. Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 11 de enero de 2007 Rol N° 591. Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 06 de agosto de 2010, Rol N° 1710-10.-

⁴⁷ El control concentrado de constitucionalidad alude a las atribuciones de un tribunal especial encargado de establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto legal. En nuestro país, conforme a las normas contenidas en el capítulo VII, de la Carta Fundamental, corresponde al "Tribunal Constitucional".

⁴⁸ El control difuso se refiere al examen de constitucionalidad que realiza el juez de la judicatura común, al resolver las controversias que se someten a su conocimiento, caso en el cual deberá velar por la prevalencia de las normas constitucionales por sobre las reglas de rango legal. En materia laboral este control se puede realizar en todos los procedimientos del trabajo, sin que ello quede reservado a los casos que debe conocer el Juez del Trabajo en el Procedimiento de Tutela Laboral, regulado en los artículos 485 y ss. del C.T.

esencial, de lo contrario se continuará con declaraciones tautológicas del concepto, sin clarificar su contenido, lo que naturalmente no contribuye a la protección y reconocimiento de dicha dignidad.

El constitucionalista español Ruiz Gimenez⁴⁹, expresa, que la dignidad despliega una “función legitimadora del orden político, promocional de otros derechos y hermenéutica”. A su vez El Tribunal Constitucional Español⁵⁰ ha señalado que la dignidad se erige en un “mínimum invulnerable” y postula que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre. Sin embargo el TC. Español no precisa cuales serían hipótesis de “mínimum invulnerables”, y por otra parte tampoco define que es la dignidad, aun cuando se debe reconocer la dificultad de dicha tarea, por lo que necesariamente habrá de concretarse caso a caso, cuales son los atentados a dicha dignidad. A modo conclusivo, no existe inconveniente en afirmar desde el prisma constitucional que la dignidad humana constituye el núcleo de los derechos fundamentales que no admite limitación bajo ningún aspecto ni consideración, es un espacio irreducible de resguardo del ser humano y que la Constitución debe amparar, so pena de perder su función legitimadora del orden social.

En el plano laboral, este derecho fundamental que sirve de guía y soporte ineludible del resto de las garantías constitucionales, también fue recogido por el C.T. en la parte preliminar, esto es, el artículo 2, lo que denota su carácter orientador de la normativa del trabajo, pero eso sí, y al igual que lo ocurrido en sede constitucional, se ha producido una seria ambigüedad en cuanto a establecer su contenido, lo que sin

⁴⁹ Citado por Sagardoy Bengoechea, Juan, Ob. Cit., pp. 49-50.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. 120/1990, 27 de junio de 1990.

duda alguna deberá esclarecerse con el desarrollo de la jurisprudencia laboral, a propósito de los fallos dictados en los juicios de tutela laboral regulado en el párrafo VI, Capítulo II del libro V del C.T., varias veces aludido en este trabajo. De esta manera, en la disciplina laboral, la dignidad del trabajador tiene un sentido polivalente y, porque no decirlo, también difuso y a ello ha contribuido la doctrina, en cuanto le asigna un contenido según sea la materia sobre la cual discurre su opinión⁵¹. Lo que si es claro, que la dignidad es un valor fundamental y superior al cual debe sujetarse el ejercicio de los derechos y deberes que conforman la relación del trabajo, luego no se proyecta solo como defensa del trabajador sino también alcanza y beneficia al empleador, aunque destacadamente debemos precisar que es el ejercicio de las facultades que se conceden al empresario, la causa u origen de la afectación de la dignidad del trabajador dada la prevalencia del primero, con fundamento en la subordinación, el cual es un elemento configurante de la relación jurídica laboral.

En la perspectiva de este trabajo, la dignidad se replica en la legislación laboral, al igual que en la Constitución Política, esto es, sin describir o explicar cuál es su contenido. En efecto, el señalado artículo 2 del C.T., expresa que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas”. Esta fórmula se mantiene en otras reglas del C.T. Así ocurre en el caso de las normas

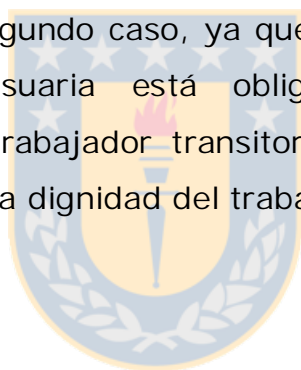
⁵¹ “El lenguaje de la dignidad referido al trabajador y a los diversos aspectos vinculados con el contrato de trabajo, aunque frecuente en el discurso jurídico laboral no está suficientemente esclarecido”. Tosto, Gabriel: “A partir del concepto de dignidad en el contrato de trabajo. Lo íntimo, lo privado y lo público”. Revista Actualidad Jurídica Laboral. Vol. 143. Año VI, 2010. En todo caso podemos encontrar algunas nociones de ella en Mangarelli, “El empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto”. Mangarelli, Cristina: “Acoso laboral, concepto y prevención”. En “Derecho Laboral”, Fundación de Cultura Universitaria. tomo L-Nº 225, 2007, p. 101.

sobre el Reglamento Interno contenidas en el artículo 153 y siguientes del C.T. Destacadamente se puede citar el precepto 154 inciso final del C.T., el cual dispone que las obligaciones y prohibiciones que deben contenerse en el mencionado Reglamento, y en general, respecto de las medidas de control que el empresario pueda implementar para el control de las actividades del establecimiento o del personal que presta sus servicios al interior, el empleador solo puede efectuar dicho control “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”. Esta última regla nuevamente alude al respeto de la dignidad sin explicar su contenido. Sin embargo, y como ya se dijo, la jurisprudencia emanada de la judicatura laboral ha ido realizando tímidos aportes acerca de la determinación de su contenido, optando por indicar como en un caso concreto se afecta la dignidad del trabajador⁵². Como se aprecia del examen jurisprudencial que se cita en apoyo a la conclusión anterior, la dignidad puede ser afectada por efecto de una variedad de conductas, entre las cuales se puede citar, el acoso laboral, el acoso sexual, el ejercicio del poder de variación que se le concede al empleador en virtud de la regla 12 del C.T, o simplemente por la afectación de cualquier otro derecho constitucional, como por ejemplo, por una conducta discriminatoria en razón de origen étnico⁵³.

⁵² Sentencia de 28 de diciembre de 2009, causa sobre tutela laboral, RIT N° T-33-2009, Segundo juzgado del Trabajo de Santiago, en la que se decide que la investigación llevada adelante por la empresa con ocasión de una pérdidas de mercaderías, incluyendo interrogatorios, lo que podía ser advertido por sus compañeros de trabajos, constituyen una abierta transgresión a la dignidad de la trabajadora, la que además fue despedida por ese hecho. En igual sentido, Sentencia de 27 de octubre de 2010, Tutela Laboral, 2° Juzgado del Trabajo Santiago, RIT N° t-220-2010 y, Sentencia de 26 de agosto de 2010, Tutela laboral, Juzgado del Trabajo de Chillán, RIT N° T-3-2010.

⁵³ En sentencia de 19 de marzo de 2011, emanada del Juzgado del Trabajo de Santiago dictada en una denuncia de la Inspección del Trabajo, causa RIT N° T-403-2010, se estableció “que en el caso de marras., la denuncia se basa en que

Las reflexiones anteriores respecto de la función primordial del respeto a la dignidad del trabajador, la cual actúa como un filtro o tamiz que excluye las conductas lesivas de este valor supremo de la relación de trabajo, pueden extenderse sin obstáculo alguno al trabajo en régimen de subcontratación introducido por la ley 20.123 del año 2006, agregándose un título VII al libro I del C.T., y desarrollándose esta institución en los artículos 183 y siguientes del mismo cuerpo legal⁵⁴. La conclusión anterior se puede justificar en que tanto el artículo 183-E, en el caso del trabajador subcontratado, y el precepto 183-Y, ubicado en el régimen del trabajador transitorio, señalan que el trabajador subcontratado goza de los mismos derechos que puede ejercer ante su empleador, respecto de la empresa mandante, y en el segundo caso, ya que la norma dispone expresamente que la empresa usuaria está obligada a respetar los derechos constitucionales del trabajador transitorio, y como se explicó en dichos derechos esta insita, la dignidad del trabajador.



la señorita Lepileo habría acusado recibir por parte del señor Haase un trato despectivo hacia su persona, haciéndose referencias en tono insultante por su origen étnico. Que en reuniones con el personal realizó comentarios como “esta mapuche” o “esta indígena”. Para luego concluir el tribunal, “Que, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, razón por la cual se acogerá la denuncia”.

⁵⁴ D.O. de 16 de octubre de 2006. En este cuerpo legal se amplían los efectos de la legislación laboral, a terceros que no son parte del contrato de trabajo, esto es, la empresa mandante en el caso de la subcontratación y la empresa usuaria, en el caso de los trabajos transitorios. Lo anterior a fin de suplir insuficiencias del concepto de empleador del C.T.

5.- El derecho a la vida e integridad física y psíquica⁵⁵.

Para Evans De la Cuadra, este derecho significa que todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar la vida y de exigir que el ordenamiento jurídico la proteja contra atentados de la autoridad y particulares.⁵⁶ La protección de la vida humana en el caso de la relación laboral, tanto en su aspecto físico como psíquico, es uno de los principales objetivos de toda una zona legal y reglamentaria laboral, particularmente en la regulación de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales. En este sentido el Tribunal Constitucional ha expresado " que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales "⁵⁷ Para el Derecho del Trabajo, la vida y salud del trabajador tiene grandes posibilidades de quebrantarse durante la ejecución de las labores que implica la prestación de los servicios.

El carácter esencial de este derecho conlleva su proyección al ámbito de las relaciones laborales, entendiendo que el estado e incluso los particulares, están obligados a respetarlos en cuanto persona-ciudadano, el empleador tiene la misma obligación en cuanto persona-trabajador, ya que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en

⁵⁵Para MOLINA el Derecho a la vida es la prerrogativa para conservar la propia existencia; la Integridad psíquica es aquella integridad psicológica o espiritual de la persona y la Integridad física es un modo de ser físico de la persona, perceptible mediante los sentidos". Molina, Hernán, Ob. Cit., pp. 204-205; LINARES al respecto señala que "mientras que el bien de la vida consiste pura y simplemente en la existencia, la integridad física, que presupone la vida, agrega la incolumidad física, cuya jerarquía indudablemente es superior a su presupuesto" Citado por Molina, ibídem.

⁵⁶ Evans De la Cuadra, Enrique: "Los derechos constitucionales". Editorial Jurídica de Chile.2ª Edición, Santiago, 1999, pág.113.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 18 de abril de 2008, Rol N° 740.

modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano⁵⁸.

El escenario anterior coloca en un riesgo permanente el derecho constitucional que nos ocupa en relación al trabajador y ello explica la obligación del contrato, conocido como "obligación de seguridad" desarrollada en el artículo 184 y siguientes del Código Laboral⁵⁹, la cual impone al empleador la adopción de todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y salud del trabajador mientras presta sus servicios. El lenguaje utilizado por el legislador, esto es, la vida y salud del trabajador, sugiere inmediatamente la garantía constitucional, por cuanto la salud del trabajador es comprensiva de la intangibilidad de su cuerpo como la salud mental. De esta manera, el derecho constitucional contemplado en el N° 1 del artículo 19 de la C.P., puede ser tutelado no solo por las acciones típicas del contrato de trabajo y en sede del procedimiento de aplicación general, sino también como una hipótesis lesiva que autoriza la vía del Procedimiento de Tutela Laboral, en cuanto la vida y salud física como mental sea afectada por la ejecución de la labor, es decir exista una relación de causalidad entre la prestación de los servicios por parte del trabajador y la consecuencia lesiva de su integridad física como psíquica. Como se puede advertir, en un caso concreto la elección de la tutela procesal es de gran importancia, por cuanto si se trata de un caso que se plantee en sede ordinaria laboral, se

⁵⁸ Martínez Estrada, Eduardo: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución política de 1980". En Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida". Santiago. Año 2004 N° 3, p. 193.

⁵⁹ La obligación de seguridad constituye una de las fundamentales del contrato de trabajo, por medio de la cual se impone al empleador adoptar eficazmente todas las medidas que permitan evitar que la vida y salud del trabajador puedan ser afectadas durante la prestación de los servicios.

bien se puede invocar y obtener la aplicación directa de la constitución por el juez del trabajo, al utilizar el juicio de tutela se beneficia con el alivio probatorio que facilita acreditar la lesión de derecho constitucional que invoca el trabajador⁶⁰. Además en este último caso, y por una orientación que cada vez se hace más perceptible en la judicatura laboral, los sentenciadores tienden a ocupar la ponderación como método obligatorio para decidir la colisión de derechos constitucionales entre trabajador y empresario⁶¹; y en este caso, se materializaría esa colisión en que el trabajador estima afectada su vida y, salud física y psíquica, lo que es retrucado por el empleador en cuanto propondrá como estrategia defensiva, que simplemente ejercía su derecho constitucional de propiedad, lo que se manifiesta en el reconocimiento del poder de dirección que le otorga la subordinación, según lo autoriza el artículo 7 del C.T. y 306 del mismo Código Laboral según se explicó con anterioridad en este trabajo. Más adelante se profundizará sobre este punto.

Las reflexiones antes expuestas permiten concluir la conexión entre el derecho constitucional a la vida e integridad física y psíquica, y la obligación de seguridad, que es una de las fundamentales del contrato,

⁶⁰ "El alivio probatorio que debemos descartar como inversión del peso de la prueba, en cuanto el C.T. señala que si la víctima o el que ejerce la acción, aporta antecedentes de los cuales resultan indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos constitucionales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (artículo 493 C.T.). Naturalmente esos indicios corresponden a elementos probatorios que el trabajador o denunciante deben acompañar a su demanda de tutela, a fin de resguardar el principio de bilateralidad de la audiencia". Mella, Patricio-Domínguez, Alvaro: "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial" en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, Valparaíso, 2012, semestre II, pág. 192.

⁶¹ Sentencia de 17 de agosto de 2011, Tutela Laboral, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-32-2011; Sentencia de 1º de febrero 2010, Tutela laboral, 1º Juzgado del Trabajo Santiago, RIT N° T-71-2009.

configurándose el derecho a realizar la prestación de servicios en forma segura, la cual puede ser exigida por el trabajador, y en caso de incumplimiento, no solo pedir que se adopten las medidas tendientes a resguardar la salud e integridad física y psíquica, sino también a ser reparado, incluyendo el daño moral⁶², y además, a poner término al contrato fundado en la causal del artículo 160 N° 7 del C.T., esto es, incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo, según lo han resuelto nuestros tribunales⁶³.

6.- La igualdad ante la ley.

Plasmada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental. La noción de igualdad recogida por la Constitución, postula que todos los ciudadanos deben ser tratados en la misma forma si se encuentran en condiciones similares, repugnándose toda discriminación. Sobre la noción de igualdad ALVEZ ,⁶⁴ señala que " la igualdad junto con la libertad, es presentada en la doctrina política occidental actual como el sustento de un sistema democrático constitucional... La igualdad se entiende hoy en día como un

⁶² La posibilidad de solicitar la indemnización del daño moral es posible fundarla en la redacción del artículo 495 N° 3, del C.T. que señala los requisitos que debe cumplir la sentencia de tutela, incluyendo las expresiones " la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales" y " las indemnizaciones que procedan", lo cual, en opinión del autor, autoriza la indemnización de dicho daño.

⁶³ Se ha resuelto que "el mantener al trabajador en un ambiente saturado de polvo y otros elementos tóxicos que, en definitiva, le produjeron graves y perniciosas consecuencias para su salud, desde que le fue diagnosticada silicosis...por consiguiente no cabe duda que en las condiciones planteadas, la conducta del empleador, incumpliendo la exigencia impuesta por el art. 184 del C de T., configurándose la causal en estudio." Sentencia Corte Suprema. 29 de enero de 2007, Rol N° 5131-2007.

⁶⁴ Alvez Marín, Amaya: "El postnatal parental creado por la ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad". Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p. 218 y sgtes.

parámetro mínimo de vida social, para lo cual, a partir de un principio prima facie de igualdad (según la teoría de Robert Alexi), cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos, decisiones que serán adoptadas por los representantes políticos". De acuerdo a la postura de la autora anterior, en nuestro país existe un debate pendiente respecto al tratamiento doctrinal y jurisprudencial en relación al contenido de este derecho fundamental. En esta línea, Gauché Marchetti, refiere, "Como lo señalan la gran mayoría de los teóricos preocupados de la igualdad, entre ellos Bobbio, a diferencia de otros valores, la igualdad es un concepto vacío y de tipo relacional, que sólo tiene contenido cuando lo ponemos en contacto con otro... El carácter relacional de la idea de igualdad, esto es, su postulación como relación entre persona, cosas o hechos, excluye que tal noción pueda referirse a propiedad alguna atribuible a personas, cosas o hechos, según ocurre en otros conceptos importantes en filosofía práctica como los de libertad o seguridad".⁶⁵ De este modo el ideal igualitario se proyecta al derecho del trabajo, imponiendo la obligación que el estatuto laboral no reconozca diferencias de trato injustificadas a las partes de la relación laboral. Para lograr este objetivo –aun cuando el propio legislador sanciona jurídicamente una prevalencia a favor del empleador en virtud de la subordinación- el legislador laboral ha diseñado un grupo de derechos mínimos, o mínimos inderogables que permiten suplir la insuficiencia de la posición del trabajador. Estos mínimos inderogables o también signados con la expresión "derechos irrenunciables"⁶⁶, se refieren a derechos que la

⁶⁵ Gauché Marchetti, Ximena, Ob. Cit., pág.132-133.

⁶⁶ Los derechos irrenunciables constituyen un elenco reconocido por la ley laboral, de orden público, acudiendo al método de fijar un estándar mínimo inderogable, debiendo mencionarse entre estos derechos, la remuneración mínima, la jornada de trabajo y el feriado anual, entre otros. Sobre este punto, se puede sostener que estos derechos se relacionan con "la identificación del umbral mínimo por debajo del cual ni la ley ni la contratación colectiva pueden comprimir

ley laboral concede en toda la etapa del iter contractual al trabajador. Así, en la formación del contrato, durante la ejecución de obligaciones del mismo y finalmente, en la etapa de terminación del vínculo contractual⁶⁷. El mecanismo de un estándar mínimo, no ha tenido el vigor necesario para lograr un trato igual a los contratantes, prevaleciendo sin contrapeso la posición dominante del empresario, sin que se haya podido lograr la proclamada igualdad de trato que garantiza la Carta Fundamental. Lo anterior explica las variadas modificaciones que ha sufrido el C.T., a partir de la citada ley 19.759 de 2001 en relación a la igualdad ante la ley y que más adelante se analizarán.

La igualdad ante la ley, se complementa con la prohibición de discriminación laboral contenida en la cláusula constitucional laboral del artículo 19 N° 16 de la C.P. al disponer que se prohíbe toda discriminación que no tenga por fundamento la capacidad e idoneidad de las personas, agregando que se puede imponer un trato diferente en los casos de nacionalidad y edad para determinados casos⁶⁸.

legítimamente la protección de situaciones jurídicas de ventajas perteneciente a la dimensión individual". Romagnoli, Umberto: "la desregulación y la fuentes del derecho". Cuadernos de Relaciones Laborales. N°1. Editorial Complutense. Madrid, 1992, p. 31.

⁶⁷ Estos mínimos inderogables se justifican durante toda la existencia del contrato de trabajo, ya que desde la formación del mismo se evidencia la prevalencia del empleador, como por ejemplo la obligación de escriturar el contrato de trabajo que pesa sobre éste, dentro de un plazo breve (en nuestro país, por obra del artículo 9 del C.T. debe efectuarse dentro de 15 días, salvo la hipótesis de excepción, que alcanza a 5 días) por lo que no se podría pactar que la escrituración se puede realizar en un plazo mayor al señalado.

⁶⁸ Gamonal señala, que la "la discriminación y su impacto en la relación de trabajo es uno de los temas más debatidos en el derecho laboral contemporáneo...complementariamente, opinamos que la discriminación laboral es un concepto que no puede estudiarse independientemente de la libertad de trabajo. Para estos efectos, postulamos que toda vulneración del principio de no discriminación en materia laboral, transgrede, como acto reflejo la libertad de trabajo". Gamonal Contreras, Sergio: "Los derechos del trabajador en la

En relación a la prohibición de discriminación del artículo 19 N° 16, el artículo 20 de la C.P. no la hace elegible para protegerla por la vía del recurso de protección, al contrario de la igualdad ante la ley, lo que ha producido una corriente jurisprudencial en cuanto a impedir que esta discriminación se produzca efectivamente en la relación laboral, ligándola a un caso de trato desigual y por tanto vulneratoria de la garantía de igualdad ante la ley. En todo caso, esta vía de protección, como ya se dijo, no ha logrado la tutela judicial efectiva de este derecho, cuestión que ha pasado a constituir una de las preocupaciones más relevantes de las reformas procesales implementadas en Chile⁶⁹.

Este diseño constitucional, notoriamente insuficiente en la práctica, explica el surgimiento en la doctrina laboral, acerca de implementar un procedimiento que asegure la tutela judicial efectiva, y que después de algunos años de peregrinar en el Congreso Nacional, se introduce el llamado procedimiento de tutela de los derechos constitucionales que se reglamenta en el artículo 485 del C.T.

En síntesis, el imperativo constitucional obliga al legislador a regular la relación laboral, de modo tal, que se cumpla el objetivo igualitario en relación al trabajador y empleador, y ello origina una cierta oscuridad en cuanto a su contenido dado el poder o prevalencia del

Constitución Chilena". Anuario de Derecho del trabajo y Seguridad Social. N° 3. Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa. Sociedad Chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004, p. 61.

⁶⁹ "En todo caso debe enfatizarse que este medio no tuvo la eficacia esperada para obtener el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales laborales, principalmente por su construcción, ya que este recurso no se hacía cargo de la especial situación de conflicto que se suscita al interior de la empresa y que enfrenta a titulares de derechos constitucionales". Mella Cabrera, Patricio-Domínguez, Alvaro. Ob. Cit., p.188 y sgtes.

empresario, reconocido por la ley a través del requisito de la subordinación como elemento configurante de la relación laboral. En todo caso, no cabe duda que el C.T. consagra un importante mecanismo de control al señalar en el citado artículo 5 del C.T. que las facultades que la ley confiere al empleador tienen como límite el respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

Hechas las precisiones anteriores es necesario revisar la forma como este derecho constitucional se replica en la legislación laboral, destacándose el contenido del artículo 2 del C.T. el cual ubicado en el título preliminar del Código, propone su carácter general y orientador respecto del resto de las materias de dicho cuerpo legal⁷⁰. Así, el legislador laboral señala que no son admisibles las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en una serie de criterios discriminatorios que el precepto 2 del C.T describe, los cuales según la doctrina no son taxativos, permaneciendo abierto a la existencia de otros motivos de discriminación que la realidad se encarga de proponernos⁷¹.

En cuanto a los distintos criterios discriminatorios, como raza, sexo, sindicación, religión, opinión política entre otras, es necesario que esas

⁷⁰ El artículo 2 del C.T., posee un potente contenido constitucional, en cuanto incluye normas sobre la dignidad del trabajador, la libertad de trabajo y contratación y la prohibición de discriminación, consagrando la función social del trabajo e impone al Estado la obligación de amparar al trabajador en su derecho a realizar cualquier labor lícita.

⁷¹ Los criterios de discriminación señalados por el C.T. corresponden a exclusiones distinciones y preferencias basadas en motivos de: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. A lo anterior se debe agregar el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, según se indica en el art. 62 bis), del C.T. Esta nómina se estima abierta a otros criterios que pueden surgir en las relaciones de trabajo, según lo sostiene la doctrina. Lizama Portal, Luis: "derecho del Trabajo". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p.71.

distinciones tengan un resultado lesivo, y esto es, que anulen o alteren la igualdad de oportunidades de trato en el empleo y la ocupación. Así se busca inhibir conductas, que por ejemplo, impliquen una contratación que privilegie a un trabajador en desmedro de otros, al otorgar remuneraciones más altas, cursos de capacitación o condiciones ambientales, etc. Sin duda alguna la comparación de las condiciones en que se encuentre el trabajador afectado con el resto del personal de la empresa arroja los datos necesarios para decidir si en ese caso existe o no trato discriminatorio. Destacadamente se mencionan dos conductas discriminatorias que afectan varios derechos constitucionales del trabajador, es el caso del "acoso sexual" y "acoso laboral", los que se encuentran definidos en el inciso segundo del mismo artículo 2, tantas veces mencionado⁷².

Estas figuras ilícitas laborales se estiman que afectan variados bienes jurídicos constitucionales, como por ejemplo, la vida y salud del trabajador, la prohibición de discriminación, la honra y respecto a la vida privada e intimidad e incluso otros derechos si la conducta lesiva afecta también la libertad de expresión, religiosa o incluso la libertad de trabajo⁷³.

⁷² Se entiende por "acoso sexual" el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quién los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. A su vez, el "acoso laboral" corresponde a toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de uno u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Las definiciones anteriores se encuentran en el precepto 2 del C.T. y fueron introducidas al texto por las leyes N° 20.005 del año 2005 de 18 de marzo de 2005, y la ley N° 20.607 del 31 de julio de 2012.

⁷³ Gamonal, Sergio- Ugarte, José: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en "Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social".

Es interesante destacar que el precepto 2, contiene una gran riqueza conceptual en cuanto no solo protege la discriminación que pueda originarse durante la vigencia de contrato de trabajo, sino también se extiende a la etapa precontractual, en cuanto expresa que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, que señalen como requisitos algunos de los criterios discriminatorios que enuncia la norma. Como se advierte, esta regla introducida en la codificación laboral sanciona la conducta discriminatoria ex-contrato, generando un conflicto interpretativo interesante, esto es, si el juez del trabajo tiene competencia para conocer de estas contiendas producidas en los procedimientos empresariales de selección de personal, ya que la competencia en razón de materia está diseñada sobre la base de la existencia de un contrato, como lo indica el artículo 420 del C.T. Sin embargo, este autor estima posible que estos casos sean conocidos por la judicatura laboral, en cuanto carecería de todo sentido incluir una regla para no tener efecto alguno y, por otra parte, el aludido precepto de competencia absoluta laboral, otorga, en la letra g), competencia del juez del trabajo para “conocer de todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral”⁷⁴. La frase anterior no exige una frase sacramental para atribuir competencia y ello podría ejemplificarse con el caso de las normas de subcontratación

Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012, p. 4 y sgtes.

⁷⁴ Si bien las reglas de competencia absoluta tienen el carácter de orden público, y por ende la infracción a sus reglas produce la nulidad procesal, la que puede declararse de oficio o a petición de parte. Quezada Meléndez, José: “La competencia”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1985, p. 8. La ley procesal no utiliza palabras sacramentales para atribuirle a una clase de tribunal, por lo que en opinión de este autor no existe inconveniente en calificar una materia como de aquéllas entregadas a la competencia del juez del trabajo.

contenidas en los artículos 183-A al 183-E del C.T.⁷⁵ en los cuales ninguno alude expresamente a la competencia del juez del trabajo para conocer de estas cuestiones, a pesar que la empresa principal, alcanzada por sus disposiciones no es parte de la relación laboral⁷⁶.

La prohibición de discriminación laboral, al igual que lo dicho respecto del derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona forma parte del contenido obligatorio del contrato de trabajo, estudiándose actualmente como la obligación de prohibición de discriminación que pesa sobre el empleador⁷⁷ con las consecuencias ya expresadas, esto es, que incluso puede servir de fundamento para el auto despedido del trabajador si el empresario la incumple. Esta

⁷⁵ En el caso de la subcontratación no existe una regla que utilice la expresión competencia para conocer de dichas materia por el juez del trabajo, sin embargo, la doctrina no duda en que la aludida judicatura debe conocer de esos casos. Díez, José Luis: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXXI, 2º semestre, año 2008, p. 176.

⁷⁶ "Pero lo cierto es que el empresario principal no es empleador de los trabajadores del contratista; tampoco el contratista lo es de los trabajadores del subcontratista. El propio legislador laboral parece comprenderlo así, puesto que no estableció ningún tipo de ficción en el sentido de considerar a la empresa principal coempleadora". Palavecino Cáceres, Claudio: "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, volumen 1, N° 1, Santiago, año 2010. p. 21.

⁷⁷ Este autor señala que " En el caso de ocurrencia de una conducta discriminatoria por parte del empleador ya sea a propósito de un ascenso o mejores condiciones laborales, el trabajador podría invocar la violación de una obligación contractual toda vez que el artículo 2 del Código laboral, señala literalmente que el contenido antidiscriminatorio forma parte del contrato de trabajo". Mella Cabrera, Patricio: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 215-216, año LXXII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004, p.203 y 204.

contractualización de un derecho constitucional⁷⁸ deja de manifiesto la necesidad del presente trabajo, por cuanto el juez laboral en su caso concreto tendrá que hacerse cargo de la doble regulación de la prohibición de discriminación, esto es, constitucional y legal, con normas que deberán operacionalizarse en la respectiva sentencia.

La prohibición de discriminación laboral ha tenido un notable desarrollo en la legislación laboral, lo que se evidencia con varias leyes que se han incorporado al C.T. y que prescriben conductas determinadas que se estiman discriminatorias. En esta línea argumental se pueden citar aquellas posteriores a las reformas del C.T. introducidas por la ley 19.759 de 2001, ya que como se dijo, es a través de este cuerpo legal y particularmente con la incorporación del inciso primero del artículo 5 del C.T., en que se impulsa el reconocimiento y disfrute efectivo de los derechos constitucionales al interior de la empresa⁷⁹.

En el sentido anterior y siguiendo un orden cronológico, se han producido diversas modificaciones que justifican afirmar que la prohibición de discriminación en el derecho del trabajo ha sido objeto de una intensa y fructífera acción legislativa.

⁷⁸ Una cuestión muy actual del contenido obligatorio del contrato de trabajo, es determinar la relación entre los derechos constitucionales laborales, sean específicos e inespecíficos, y el vínculo laboral. Ello, dado que algunos derechos fundamentales claramente se han contractualizados, como ocurre con la dignidad y el derecho a la vida e integridad física y psíquica, que en el contrato forma parte de la obligación de seguridad.

⁷⁹ "En años más recientes, la doctrina laboral en diversas regiones ha recurrido a los conceptos de "derechos fundamentales inespecíficos" y de "ciudadanía en la empresa" de modo de reafirmar los derechos de la persona del trabajador en la relación laboral." Mangarelli, Cristina: "Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo". Memorias VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Legis S.A., Colombia, 2010, p. 90.

Así, la ley 19.812 del año 2002 agregó un inciso al artículo 2 del C.T. disponiendo la prohibición de condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero o comercial, salvo dos excepciones los gerentes y administradores, y aquellos que su función sea custodiar o recaudar valores, en cuyo caso se puede exigir información de ausencia de registros de morosidades que estén disponibles en las bases de datos existentes en el país, como por ejemplo del conocido DICOM. Más adelante se agrega al mismo artículo la definición del acoso sexual, conducta que se considera discriminatoria en razón de sexo, ello en virtud de la Ley 20.005, del año 2005. Luego, por la ley 20.189 del año 2007, se sustituyó el artículo 13 del C.T. que da inicio a un título que regula el estatuto protectorio del trabajo de menores imponiendo al empleador que los contrate, una serie de requisitos, entre los cuales se debe citar, las autorizaciones de sus padres, representantes o curadores, que las labores no perjudiquen su salud, que no pueden trabajar más de 8 horas diarias, que el trabajo no puede entorpecer o dificultar que cursan sus estudios básicos y medios y, la obligación de registrar el contenido de trabajo de menores en la respectiva Inspección del Trabajo. Más recientemente, la ley N° 20.348 del año 2009, agrega el artículo 62 bis al C.T., señalando que tanto mujeres como varones deben recibir igual remuneración en la medida que presten un mismo trabajo, señalando una serie de criterios que pueden justificar una diferencia y que claramente debe estar justificado. Finalmente la ley 20.607 de 2012, incorporó al artículo 2 del C.T., la institución del acoso laboral, prescribiendo las conductas hostigatorias en contra del trabajador, si ellas producen un menoscabo al afectado, y perjudicándolo en su situación de empleo y ocupación.

La relación de los textos anteriores permiten concluir la importancia de combatir las prácticas discriminatorias y ello ha provocado una interesante jurisprudencia,⁸⁰ precisando que no se mencionan las reglas de protección a la maternidad, las cuales también han sufrido modificación o reformas tendientes a impedir un trato discriminatorio a la mujer que trabaja y que esté embarazada o con un hijo recién nacido,⁸¹ ello por estimarse materias más propiamente de la seguridad social.

⁸⁰En sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 19 de marzo de 2011, RIT N° T-403-2010, se acogió una demanda de tutela fundada en un caso de discriminación por etnia, dada la ascendencia mapuche de la trabajadora. Otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 27 de julio de 2009, Rol N° 163-2009, negó la existencia de un caso de discriminación por edad en el despido de una profesora de idiomas, anulando una sentencia del Juzgado del Trabajo de Valparaíso que había acogido la demanda y dado por establecida la discriminación alegada.

⁸¹La normativa sobre protección de la maternidad de la trabajadora, que excepcionalmente puede beneficiar al hombre, constituye un capítulo que abarca no sólo al derecho del trabajo sino también a la seguridad social, y por ende excede el ámbito de este trabajo, sin perjuicio de estar vinculada estrechamente al derecho fundamental de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación laboral.

7.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia⁸².

La relación de trabajo expone naturalmente al trabajador a una serie de situaciones que pueden traer como consecuencias la afectación de este derecho, y ello se produce desde el proceso de selección del trabajador hasta la conclusión del contrato. En efecto, indagar la situación profesional y personal de quien presta sus servicios puede ser una conducta inocua o totalmente justificada por la naturaleza de la función que se debe desarrollar, pero en ocasiones puede implicar una afectación a la intimidad y honra del trabajador. Un ejemplo puede clarificar lo dicho. Así, solicitar certificaciones respecto de la existencia de enfermedades, o respecto la existencia de procesos criminales, puede estar justificado por tratarse de una prestación de servicios relacionados con la custodia y labores de vigilancia respecto de bienes valiosos, pero si dichos antecedentes no tienen influencia alguna en la prestación laboral, la solicitud de ellos no se encuentra justificada, ya que pueden afectar la esfera íntima y la honra del trabajador.

⁸²Cea Egaña, señala que “la doctrina española, especialmente José María Desantes, ha trazado una diferencia entre lo que es cortical o periférico, cual es el derecho a la vida privada, porque está más próxima a la vida pública; y lo que es real y genuinamente íntimo o secreto, que son los datos sensibles, entre los cuales se encuentra la gama completa de hechos y datos de la intimidad. Estos no pueden ser nunca, en circunstancia, por causa o finalidad alguna, colocados en la situación de ser difundidos sobre la base de invocar un interés social, público o supraindividual”. Continúa este autor, “Conviene añadir que la jurisprudencia chilena no ha desarrollado la definición de la intimidad. En punto al honor y la honra, la jurisprudencia se funda en los anales fidedignos de la Constitución, cuyos debates demuestran que se siguió la definición penal clásica. Por ende, se concibe el honor como género y a la intimidad con la cualidad de especie. Concluye así nuestra judicatura aseverando que la honra es el crédito o prestigio que cada persona tiene en el concierto social o ante terceros y que, en cambio, el honor, es la autoestima o el aprecio subjetivo que la persona posee de sí”. Cea Egaña, José: “Los derechos a la intimidad y la honra en Chile”. Ob. Cit., p. 153 y sgtes.

En relación a este derecho fundamental el C.T., al reformarse el artículo 5 y postularse la llamada ciudadanía laboral⁸³ se menciona a vía ejemplar que las facultades del empresario tienen como límite especialmente el derecho a la intimidad, la vida privada o la honra de estos, destacándose la importancia y recurrencia de conductas que pudieren menoscabar esta garantía. Como se aprecia el texto alude a la intimidad, aun cuando esta, desde el punto de vista constitucional está comprendida en la protección de la vida privada⁸⁴.

Por otra parte las modificaciones impuestas al Reglamento Interno por la Ley 19.759 de 2001, el cual se regula en el artículo 153 y siguientes del C.T., dan cuenta de las exigencias que se imponen al empleador respecto de las medidas de control que puede implementar para controlar y vigilar la correcta prestación de los servicios al interior de la empresa, medidas que deberán ser idóneas y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, siempre y cuando garanticen la impersonalidad de la medida a fin de respetar la dignidad del trabajador como lo refiere el artículo 154 N° 12 del C.T. Sobre este punto existen abundantes

⁸³ “En el ordenamiento jurídico nacional y como ya se sostuviera en un dictamen anterior, es posible afirmar que existe, un claro reconocimiento de la idea de “ciudadanía en la empresa”, al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales – inespecíficos o de la personalidad-, que, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador” Dictamen Dirección del Trabajo. 5 de junio 2009. N°2.210/035.

⁸⁴ En las actas oficiales de la Comisión Ortúzar, al discutirse el contenido de la garantía en examen, se dejó constancia que la expresión “intimidad” expresa en forma más adecuada y completa la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa. La intimidad es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 19 n° 4. El derecho a la privacidad. Biblioteca del Congreso Nacional./http/www.bcn.cl.

pronunciamientos judiciales⁸⁵ y dictámenes de la Dirección del Trabajo⁸⁶ que han ido configurando un marco jurídicamente aceptable dentro del cual deben desplegarse estos medios de control, sean que ellos se realicen mediante inspecciones físicas, por medios tecnológicos, destacándose entre estos últimos, los efectuados a través de cámaras de vigilancia⁸⁷.

En el mismo sentido, y resguardando el derecho a la privacidad, el artículo 154 bis, también obra de la citada Ley N° 19.759, dispone que el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral⁸⁸. Esta regla ha permitido desarrollar en el campo obligacional del contrato de trabajo, la llamada obligación de confidencialidad, la cual comienza a abrirse paso en la teoría general del contrato de trabajo, y por ende puede originar, en caso de incumplimiento, la reacción del trabajador que se interese en obtener la expiración del vínculo laboral por la

⁸⁵ En sentencia de Corte Suprema, de 25 de agosto de 2005, Rol N° 4052.2005, se resolvió que la multa impuesta por la Dirección del Trabajo a un empleador, que recurrió de protección, no era ilegal ni arbitraria, ya que la instalación de cámaras de video en el lugar de trabajo, dotadas además de un sistema de audio, constituía un método de control de sus trabajadores que afectaban la honra e intimidad, y por ende constituye un control ilícito de su personal.

⁸⁶ En Dictamen N° 8273/337 de 19/ diciembre/ 1995, se sostuvo que " Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad, deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. En igual sentido Dictamen N° 260/19 de 24/ enero/ 2002, al expresar que en el reglamento Interno, los empleadores y trabajadores pueden regular o limitar el empleo de correos electrónicos al interior de la empresa.

⁸⁷ En relación al empleo de cámaras de vigilancia por parte del empleador, el Dictamen N° 2875/72 de 22 de julio de 2003, señala que a través del principio de proporcionalidad se debe resolver la licitud o ilicitud de su emplazamiento como método de control de las actividades al interior de la empresa.

⁸⁸ El empleador se encuentra obligado a no divulgar información sensible del trabajador o datos personales que pudieren afectar derechos fundamentales del operario, como ocurriría, con enfermedades, antecedentes penales o informes de morosidades, etc.

infracción patronal, incluso, ejerciendo el derecho al autodespido como ya se hizo mención con anterioridad en este trabajo. De la anterior reflexión, se puede sostener que este derecho fundamental también comienza un proceso de contractualización, como aquellos anteriormente analizados, justificando aún más, la necesidad de clarificar los efectos de esta evolución en el derecho nacional. Así, el entendimiento de estos derechos debe abordarse en su doble regulación, constitucional y legal, ya que esa es la forma como el juez del trabajo en definitiva, deberá aplicarlas y específicamente en el caso de los juicios de tutela laboral, como ya se dijo.

8.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada⁸⁹.

Este derecho fue recogido solo parcialmente en el Procedimiento de Tutela Laboral según se lee en el artículo 485 del C.T., al disponer que este procedimiento se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales del trabajador entendiéndose entre otros, el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, “en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada”. En todo caso no es descartable la hipótesis de vulneración del hogar del trabajador por parte

⁸⁹ “Como se advierte el secreto en la correspondencia al igual que la inviolabilidad del domicilio, son manifestaciones de la Privacy que sólo pueden ser levantadas mediante resolución judicial. La garantía del secreto de la correspondencia comprende la de todo procedimiento de intercomunicación privada porque se protege la reserva o el carácter privado de las comunicaciones. Lizama Portal, Luis: “Derecho a la intimidad de los trabajadores y Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)”. En “Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida”, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. N° 3, Santiago de Chile, 2004, p. 208. A su vez el Tribunal Constitucional Chileno, ha resuelto que “Tanto dignidad como privacidad merecen una protección categórica, tanto por la ley como por los actos de autoridad, no pudiendo el legislador alterar el núcleo irreductible de tales derechos”. Sentencia de 25 de enero de 2005, Rol N° 433.

del empresario, pero ello naturalmente no presenta mayor interés en zona laboral, dada la existencia de otras formas de tutela de dicho derecho, como por ejemplo mediante el ejercicio de las acciones penales.

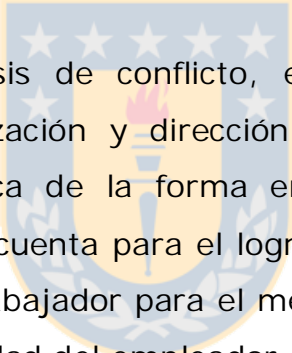
La inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, sean escritas o a través de medios tecnológicos ha generado también una cada vez más frondosa reacción jurisprudencial, tanto judicial como administrativa⁹⁰. Particular importancia tiene en sede laboral que la primera sentencia que se dictó en el Procedimiento de Tutela Laboral, se refiere al caso denominado "Cronos"⁹¹, el cual tuvo por objeto determinar en el caso concreto si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales -leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente- o si esta vulneración al trabajador -inviolabilidad de toda comunicación privada- no es aceptable amparado en sus derechos fundamentales, esto es, en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona del trabajador, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y fuerte frente al ataque de terceros (considerando octavo del fallo).

Especial interés para el tema en estudio tiene esta sentencia, dado que el juez del trabajo al resolver que el despido de la trabajadora fue consecuencia directa de la vulneración de la garantía de la inviolabilidad de

⁹⁰ A vía ejemplar se puede citar la sentencia que se describe en la cita que sigue a continuación. En sede administrativa, Dictamen N° 3441/072, de 20 de agosto de 2008, en que se resuelve la ilegalidad de la implementación de un sistema de control de la actividad de los trabajadores a través de un programa computacional denominado "WIN VNC".

⁹¹ El caso "Cronos" alude a la sentencia de tutela laboral del Juzgado del Trabajo de Copiapó, RIT N° T-1-2008, en la que se resolvió que el empleador vulneró la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas de una trabajadora efectuada por el sistema "Messenger".

toda forma de comunicación privada que asiste a la demandante, fundó su decisión en el método de ponderación, dado que el juez respectivo señala en su fallo, que ante la colisión de derechos que se le plantea no existe norma que resuelva el conflicto, y por ende no es posible subsumir los hechos en una norma de rango legal, descartando que el artículo 5 del C.T. o el precepto 154 del mismo cuerpo legal contengan una preceptiva que permita resolver la contienda. En relación a este emblemático fallo, un autor le prodiga una seria crítica al señalar que la fórmula empleada por el juez laboral se basa en argumentos que carecen de absoluta relevancia para el caso, bastando para resolver la cuestión debatida, la aplicación simple y sencilla del precepto constitucional⁹².



En esta hipótesis de conflicto, es el empleador, al ejercer sus facultades de organización y dirección respecto de la empresa, quien puede disponer acerca de la forma en que deben usarse los medios tecnológicos con que cuenta para el logro de sus objetivos económicos y que se entregan al trabajador para el mejor desempeño de la labor. Estos medios son de propiedad del empleador, y en principio este puede regular, limitar o restringir el empleo de estos medios electrónicos (como ocurre con las cuentas electrónicas de la empresa) o el uso material de ellos (computadores, teléfonos, muebles o cajas cerradas u otros) pero este poder no puede tener un carácter absoluto y su límite está constituido en este caso por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador.

⁹²Ferrada Bórquez, Juan: "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Buenas intenciones malos instrumentos (Juzgado de Letra del trabajo de Copiapó)" en Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Diciembre de 2008, p. 251 y sgtes.

En el escenario anterior se hace necesario establecer ciertos límites que sean conocidos y posibles de implementar a fin de conciliar los intereses tanto del empleador como del trabajador. Lo anterior, dado que la regulación del C.T., en la práctica repite la regla constitucional sin agregar alguna condición para su aplicación, bien puede ello ser suplido por una fuente particularísima del derecho del trabajo, esto es el Reglamento Interno, normado en el C.T. ya que el comentado N° 12 del artículo 154 del C.T. que alude a su contenido, señala que este texto reglamentario puede establecer los medios de control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, los cuales deben ser idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y en ningún caso afectar la dignidad del operario. Esta vía ha sido recogida por la jurisprudencia administrativa⁹³. Estas cuestiones son de especial interés en las actividades académicas, donde la entrega de equipos, tecnológicos y la existencia de cuentas electrónicas son un medio usual en que el trabajador desempeña sus funciones, lo que puede originar conflictos sobre el control que la autoridad quiera imponer. Para una adecuada respuesta a este problema, los criterios antes expuestos pueden resultar muy útiles.

En relación a la solución planteada por la Dirección del Trabajo, respecto de que el control de las comunicaciones privadas puede ser objeto de regulación en el Reglamento Interno, es útil destacar que dicho instrumento solo es obligatorio para las empresas o establecimientos que ocupen diez o más trabajadores, según lo ordena el artículo 154 del C.T., por lo que si la actividad empresarial tiene un número menor de trabajadores, ello debería ser desarrollado en el contrato de trabajo,

⁹³ Dictamen N° 260/19 de 24/enero/2002, y N° 8273/337 de 19/diciembre/1995.

recordando que estas estipulaciones siempre estarán bajo la tuición del orden público laboral y los derechos fundamentales del trabajador.

Las reflexiones antes expuestas permiten concluir como en la práctica la regulación de la inviolabilidad de toda comunicación privada del trabajador ha generado una jurisprudencia más bien constitucional que legal, y curiosamente emanada de tribunales que dan inicio a la pirámide jerárquica judicial⁹⁴ en este caso, los juzgados del trabajo. Normalmente la labor de determinar el contenido y problemas de interpretación de los derechos fundamentales está entregada a los tribunales superiores de justicia, y destacadamente en nuestro caso, al Tribunal Constitucional⁹⁵

9.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.

En la doctrina constitucionalista Nogueira Alcalá⁹⁶ señala que la “conciencia constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, ella estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad”. Esta libertad protege el fuero interno del individuo, impidiendo que un poder externo se entrometa o la violente. Luego, el Estado debe garantizar este espacio de autonomía de la persona, en la cual se genera un proceso intelectual que logra una conclusión valórica acerca del entorno circundante, para luego el individuo, ajustar su conducta a dicha

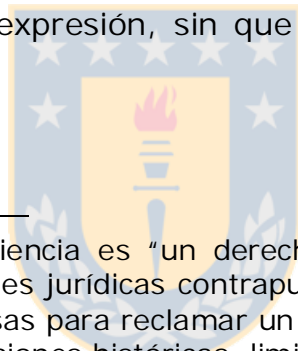
⁹⁴Así se puede apreciar de sentencias dictadas por un Juez del Trabajo al resolver casos de tutela laboral. Como por ejemplo el caso “Cronos” en sentencia RIT N°T-1-2008 anteriormente citada.

⁹⁵Sentencia TC, Rol N° 740/2008, y sentencia TC, Rol N° 1287/2008 de 8 de septiembre de 2009.

⁹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y, la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno” Revista Ius et praxis Vol. 12, N° 2, Talca, 2006.

conclusión de naturaleza moral. Naturalmente esta libertad abarca la posibilidad de que el individuo se niegue a realizar una acción o conducta, que esté en contradicción con su conciencia, surgiendo el “derecho a la objeción de conciencia”⁹⁷.

Conjuntamente con el derecho a la libertad de conciencia, la Carta Fundamental asegura el derecho a la libertad de creencias, el cual tiene una doble faz, la libertad religiosa⁹⁸ y la libertad ideológica⁹⁹. En opinión del autor antes citado “En un estado constitucional democrático el pluralismo ideológico es un principio consustancial que reconoce la pluralidad de expresiones ideológicas que surgen de la sociedad, permitiendo su libre expresión, sin que ninguna de ellas se convierta en ideología oficial”.



⁹⁷ La objeción de conciencia es “un derecho reaccional que surge sólo en los supuestos de obligaciones jurídicas contrapuestas, respecto de las cuales existen razones éticas o religiosas para reclamar un privilegio de desobediencia, y que se trata por tanto de situaciones históricas, limitadas en el tiempo a la vigencia de la obligación frente a la que reaccionan”. Peces-Barba Martínez, Guillermo: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en Anuario de Derechos Humanos, Editorial Universidad Complutense, N°5, Madrid, 1988-1989, p. 76.

⁹⁸ “Descansa este derecho sobre fundamentos que no se confunden con los de la libertad de conciencia. No se trata ya de abrazar, en lo interno del alma, la realidad religiosa, sino de expresar a nuestros semejantes aquello que se cree. Y, en este punto, los derechos de la religión resultan violados si el hombre, por virtud de la coacción, no está en la posibilidad efectiva de difundir su fe o dar a conocer una determinada verdad de su esencia tal como él la percibe.” Silva Bascuñán, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tomo XI, 2ª edición, 2006, p. 241.

⁹⁹ “La libertad de conciencia no sólo está referida al campo religioso, porque, precisamente, lo que uno hace, en general, en el plano de la vida cívica, es emitir juicios de orden intelectual y, muchas veces, de orden moral...de manera que, en realidad, para ponerse de acuerdo en los conceptos, en primer lugar, la libertad de pensamiento y conciencia serían el antecedente del fuero interno sobre el cual después se desarrolla, como materia del fuero externo, la manifestación de las creencias religiosas o el ejercicio de los cultos, por una parte, o la libertad de expresión, por la otra.” Silva Bascuñán, Alejandro. Ob. Cit., p. 238.

La libertad religiosa “no solo define una esfera de autonomía individual en relación con los poderes públicos, obligados a garantizar a toda persona una inmunidad de coacción. La libertad religiosa también atribuye un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, expresado mediante la fe o mediante la ausencia de fe, que faculta a los ciudadanos tanto para acomodar su forma de vida a esas convicciones como para mantenerlas y defenderlas frente a terceros. La libertad religiosa es un derecho eficaz en las relaciones interprivadas, incluida la relación laboral”¹⁰⁰

Estos derechos fundamentales, al interior de la empresa, se volvieron impracticables, por cuanto el temor del trabajador a expresar sus creencias o valores que estima indisponibles - como sostener o manifestar sus preferencias políticas o convicciones religiosas - podía dar lugar a una eventual represalia que lo perjudique en sus condiciones de trabajo o incluso ser objeto de un despido. Este escenario es particularmente negativo en algunas instituciones empleadoras que asumen ciertas opciones valóricas, políticas o, religiosas, que entran en colisión con las libertades del trabajador en estos aspectos, el cual no tiene porque adscribirse, practicar o promover las opiniones o creencias de su empleador. Sobre este punto, Valdés Dal Ré,¹⁰¹ señala que en relación del ejercicio de este derecho, al trabajador” le asiste un doble derecho: de un lado, a resistir y no acatar la órdenes o instrucciones del empresario cuyo contenido sea bien la interdicción bien la imposición de una concreta creencia o práctica religiosa y, de otro, a no ser discriminado o, lo que es

¹⁰⁰Valdés Dal-Re, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 129

¹⁰¹ Valdés Dal-Ré, “Los derechos fundamentales de la persona del Trabajador”, ob. Cit., p.130.

igual, a no sufrir daño o perjuicio alguno como consecuencia del ejercicio de su libertad de conciencia”.

Tanto la jurisprudencia judicial como la emanada de La Dirección del Trabajo en nuestro país, se han pronunciado en diversos casos respecto del derecho del trabajador a ser respetado en sus creencias, opiniones religiosas y políticas, como se advierte en los casos en que han intervenido¹⁰².

La constatación de la ineficacia de la tutela de este derecho en sede contractual laboral explica que el derecho fundamental aludido haya sido recepcionado en el artículo 485 del C.T., como uno de aquellos susceptibles de ser protegidos a través del procedimiento de tutela laboral al cual le hemos efectuado varios comentarios en este trabajo.

En todo caso, y como es lógico, este derecho no puede ser amparado en términos absolutos y ello se valida con los criterios que se mencionan en el inciso primero del artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, en cuanto el ejercicio de estos derechos no pueden ser contrario a la moral, las buenas costumbres o al orden público.

Nuevamente es posible afirmar que la regulación de este derecho constitucional en el C.T., se realiza en forma análoga al texto

¹⁰² En sentencia del primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-38-2010, de 26 de abril de 2010, se resuelve un caso de discriminación por credo religioso, al hostigarse a una trabajadora por profesar la religión musulmana. El tribunal concluye que se “ha podido acreditar en autos hechos que constituyen indicios o señales suficientes de un trato diferente a la trabajadora respecto de sus compañeros, fundados específicamente en la religión que esta profesa, lo que se ha materializado a través de los insultos que hacían referencia a su credo”. En relación a la Dirección del Trabajo, ver Dictámenes N° 698/16 de 11 de febrero de 2003, y N° 2210/035 de 5 de junio de 2009.

constitucional, sin ser mediado por la ley, lo que justifica su mención en este párrafo. En otras palabras, no existe un desarrollo normativo que permita orientar la aplicación y entendimiento de estos derechos fundamentales, lo que obliga a explorar y precisar su contenido constitucional. En este aspecto es interesante destacar las orientaciones obtenidas en la jurisprudencia laboral, respecto de casos de tutela en que los jueces del trabajo han debido resolver si se da o no en un caso concreto, la vulneración del derecho fundamental del trabajador a ejercer su libertad de conciencia, su libertad religiosa e ideológica¹⁰³. Las citas jurisprudenciales respecto de casos de tutela, nuevamente reflejan el incipiente camino de la determinación del contenido de estos derechos, lo que es una urgente necesidad para la consolidación de un estado democrático social de derecho.

10.- La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

Este derecho reglado en el numeral 12 de la Carta Fundamental garantiza la intangibilidad de la libre expresión¹⁰⁴. Para Rojas Rivero este derecho tiene el carácter de subjetivo y especial; en lo primero, porque constituye una facultad que deriva de la ley, y especial, en cuanto es inalienable e imprescriptible¹⁰⁵.

¹⁰³Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010; Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 15 de noviembre de 2010, RIT N° T-189-2010.

¹⁰⁴Maturana Toledo, Carlos: "La libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia" en European Public Law Series, edición especial de la European Review of Public Law, vol. B, Londres, 2009, p. 203 y sgtes.

¹⁰⁵Rojas Rivero, Gloria: "La libertad de expresión del trabajador". Editorial Trotta S.A., Madrid, 1991, p. 22.

Para Ayala Coreo, el concepto central de libertad de expresión está compuesto de dos aspectos comunes, destacándose que esta libertad comprende el derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras. El segundo consiste en que también toda persona, está en el derecho de seleccionar el procedimiento a través del cual buscará, recibirá o difundirá el resultado de las ideas o informaciones de las que esté en posesión, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Aun cuando el texto constitucional no utilizó dicha terminología, existe consenso en que la libertad de expresión comprende la libertad de opinión y de información. Respecto del contenido de este derecho fundamental la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada a propósito de la denuncia contra el Estado de Chile por la censura judicial del film, "La última tentación de cristo"¹⁰⁶ señaló que "En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, la libertad de expresión en su faz individual, no puede entenderse como el puro derecho a expresar por escrito o de palabras los pensamientos propios o ajenos, sino también, y en forma

¹⁰⁶Ayala Corao, Carlos: "El derecho humano a la libertad de expresión" en Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 6, N° 1, Talca, 2000, p. 33 y sgtes.

inseparable, que esos pensamientos puedan hacerse llegar a otros individuos y por los medios físicos, lícitos que existan para expresar, o difundir dichos pensamientos. En síntesis la expresión y la difusión del pensamiento y de la información, son indivisibles¹⁰⁷.

Naturalmente que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a límites en cuanto su ejercicio, pudiendo afectar a su vez garantías constitucionales de otros individuos. Destacadamente surge como un límite al derecho mencionado, la honra y la vida privada. En efecto, el derecho a la intimidad y a la vida privada suele verse amenazada desde dos puntos de vista. El primero, por el derecho fundamental que garantiza a ser informado verazmente, y en segundo lugar, por la amenaza que pesa sobre la intimidad y vida privada de las personas, dada la existencia de medios potentes y sofisticados para introducirse en la esfera de las personas, como ocurre con las grabaciones por teléfonos, captura de imágenes con cámaras de teleobjetivos, etc.¹⁰⁸.

Sin duda alguna, al proyectar este contenido constitucional al ámbito laboral, y ahora por reenvío legal efectuada por el artículo 485 del C.T., al mencionar la libertad de emitir opinión e informar como uno de aquellos de ser susceptible de tutela procesal en el procedimiento especial ya aludido, nos encontramos frente a una serie de interrogantes para operacionalizarlo en la relación de trabajo.

¹⁰⁷Sentencia de 5 de febrero de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "La última tentación de cristo" (Olmedo, Bustos y otros).

¹⁰⁸ Banda Vergara, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa". Revista de Derecho, Vol N° 13, Valdivia, diciembre 2002, p. 123 y sgtes.

Para Babace,¹⁰⁹ la libertad de pensamiento tiene una estrecha conexión con la libertad sindical, lo que para él es manifiesto. Por otra parte, este derecho constituye una libertad que fundamenta otras libertades y es el eje de cualquier sociedad democrática pues moviliza la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación, y el respeto de la vida privada y familiar. El mismo autor refiere que debe regir el principio de neutralidad del empresario frente a las ideas y creencias del trabajador en relación a sus opiniones políticas, religiosas y sindicales, lo que debe mantenerse durante todas las etapas del contrato, particularmente durante la ejecución de las obligaciones, y la terminación del vínculo laboral.

Para establecer la forma en que debe operacionalizarse este derecho, Rojas Ribero, propone que, “el trabajador, por tanto, tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, pero también tiene la obligación de respetar unos límites en razón a la consideración debida a los demás y naturalmente al empresario o empresa. Debe respetar su honor, dignidad, intimidad y actuar de acuerdo con la buena fe que ha de presidir, con reciprocidad, el contrato de trabajo; ello impide, entre otros actos, descubrir ciertas actividades de la empresa o menoscabar innecesariamente el prestigio y crédito de ella. Cada derecho tiene jurídicamente su límite en el respeto de la libertad y del derecho ajeno.”¹¹⁰

En el C.T. no se encuentran reglas, al igual que en los casos mencionados anteriormente, que desarrollen el contenido de estos derechos fundamentales, aun cuando si se pueden mencionar algunas normas que lo protegen en forma indirecta. Así ocurre con la prohibición de

¹⁰⁹ Babace, Héctor. Ob. Cit., p. 273.

¹¹⁰ Rojas Rivero, Gloria, Ob. Cit., p. 51.

discriminar en función, o motivos de opinión política, religiosos o sindicación que se contemplan en el artículo 2 inciso cuarto del C.T. Igualmente resulta contrario a la libertad de opinión e información, la existencia de conductas hostigatorias por motivos de opinión política, religiosas, sindicales, culturales o valóricas en general, que pueden incluirse en el tipo de acoso laboral, prohibido y sancionado en el mismo artículo 2 del texto ya aludido.

A fin de lograr el resguardo de este derecho constitucional, surge con fuerza la importancia del Reglamento Interno, como un instrumento idóneo para regular el ejercicio de este derecho al interior, de la empresa, resguardando eso si, que esta fuente particularísima del derecho del trabajo de ningún modo puede introducir limitaciones que vayan más lejos que lo autorizado por la Carta Fundamental .

En esta línea argumental se debe citar como una recepción legislativa de la protección de este derecho, a la tipificación y sanción de las prácticas desleales o antisindicales¹¹¹ contempladas en los artículos 289, 290, 291 del C.T., debiendo citarse puntualmente el caso de la letra b) del último precepto, en cuanto incurren en estas prácticas, “los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros del sindicato”. Es útil destacar que en virtud de lo prevenido en el artículo 294 del C.T., las prácticas antisindicales, deberán ser resueltas mediante

¹¹¹ Las prácticas desleales o antisindicales, constituyen hipótesis de ilícitos laborales, que permiten sancionar atentados al derecho fundamental específico de la libertad sindical, lo que de constatarse ya sea por la Inspección del Trabajo o al resolver una contienda el Juez del trabajo, lleva aparejada una sanción pecuniaria (multa) y además a que el empleador, órgano sindical o trabajador en su caso, corrija la conducta a fin de obtener la eficacia del derecho constitucional ya mencionado.

el procedimiento de tutela laboral regulada en el artículo 485 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En relación al contenido de este derecho en los conflictos que han surgido entre trabajadores y empresarios, la jurisprudencia judicial¹¹² como administrativa a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo¹¹³, han comenzado a configurar una naciente orientación respecto del comportamiento que deben adoptar las partes del contrato de trabajo respecto del ejercicio y protección de esta garantía constitucional. En todo caso, dada la eventual colisión de estos derechos sin posibilidad de subsumir, se deberá acudir el método de la ponderación¹¹⁴ para decidir en un caso concreto si existe o no vulneración de este derecho fundamental.

¹¹² Sentencia Juzgado del Trabajo de Puente Alto, de 9 de febrero de 2010, RIT N° T-4-2009; Sentencia Juzgado del Trabajo de Temuco, de 8 de octubre de 2010, RIT N° T-21-2010 y, debe destacarse Sentencia del Juzgado del Trabajo de La Serena, de 10 de enero de 2013, RIT N° T-20-2012, en la cual se constata la gravedad que asumen las prácticas, al establecer el tribunal que la conductas acreditadas se refieren a “despidos, solicitudes de desafuero, hostigamientos, amenazas y entrega de beneficios a trabajadores que no pertenecen al Sindicato”.

¹¹³ Dictamen N° 4879/212 de 19 de agosto de 1996, Dictamen N° 7475/384 de 3 de diciembre de 1997 y, Dictamen N° 2000/17, de 28 de junio de 2002.

¹¹⁴ La ponderación es un método de resolución de las antinomias de derechos fundamentales, toda vez que según la doctrina no es posible resolver dicha colisión acudiendo al método de las reglas, esto es subsumir. La ponderación que se la asimila al principio de proporcionalidad, está a su vez compuesta por tres reglas o subprincipios, la idoneidad o adecuación, la necesidad o indispensabilidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Alexi, Robert: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional, México, año 2009, p.8. A su vez, Mella y Domínguez, sobre el punto señalan “el progreso en la protección de los derechos fundamentales del trabajador está estrechamente ligada al funcionamiento del nuevo procedimiento de tutela laboral y dentro de ese contexto, estimamos que el método de resolución de la colisión de derechos fundamentales constituido por el juicio de ponderación, será el que provocará mayores problemas en su aplicación. Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro, Ob. Cit., p.193.

En definitiva, se comienza a abrir un espacio al interior de la empresa para obtener el reconocimiento y ejercicio de la libertad de expresión del trabajador mientras presta sus servicios configurándose un real respeto a su dignidad, lo cual claramente ha recibido un gran impulso con los casos de tutela laboral que son conocidos por los jueces del trabajo.

11.- La Libertad de Trabajo.

Este derecho fundamental regulado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y de carácter plural, por cuanto como ya se dijo en párrafos anteriores comprende: la libre elección del trabajo y su justa retribución, la libre contratación y el impedimento a prohibir cualquier actividad lícita que decidan realizar los ciudadanos. Según el TC Chileno¹¹⁵ este derecho , de acuerdo con la doctrina” la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico”.

Igualmente es necesario recordar que no se incluyó el derecho del trabajo, que si se contemplaba en el texto constitucional reformado el año 1971, dada la imposibilidad de garantizarlo, y transformar la disposición constitucional en meramente programática o no autoejecutable¹¹⁶. Si bien

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2010, Rol N° 1413.

¹¹⁶ Respecto de las normas constitucionales se ha sugerido que algunas no tendrían valor normativo y por ello sus disposiciones no pueden ser ejecutables. Sin embargo en estos últimos años cobra mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez de las disposiciones calificadas como programáticas de los instrumentos

el texto actual de la Norma Fundamental postula la “protección del trabajo” alguna doctrina afirma que esa redacción permite hacerla comprensiva del derecho al trabajo¹¹⁷.

En cuanto al contenido de la libertad de trabajo, y dada su múltiple proyección, se debe abordar cada una de ella. En relación a la libre elección, esta habilita a cualquier persona a buscar, obtener, practicar, ejercer, desempeñar cualquier actividad retribuida, profesión u oficio lícitos, o incluso la abstención por cuanto nada puede ser compelido o forzado a trabajar¹¹⁸.

En relación al aspecto anterior, queda de manifiesto la autonomía para trabajar o no, siempre y cuando la actividad que se elija o, se desarrolla no atente contra la moral, la seguridad o la salubridad pública o el interés nacional¹¹⁹. En las limitaciones antes dichas se pueden incluir casos como la prestación de servicios de atención a clientes que incluyan favores sexuales, o el transporte de mercaderías cuya circulación este prohibida o derechamente, encargar la ejecución de ilícitos, etc. En cuanto

internacionales o de las constituciones. Incluso un autor, García de Enterría, señala que no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo. Barbagelata, Héctor: “Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista”, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, p.156.

¹¹⁷ Bulnes Aldunate, Luz: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 28, Santiago de Chile, año 1980, p.214.

¹¹⁸ La libertad del ciudadano de trabajar o no concreta la proscripción del trabajo forzado. Así se ve refrendado en La Declaración de Principios y Derechos fundamentales de la OIT, del año 1998, al consignar como uno de los principios de la comunidad mundial, la eliminación del trabajo forzado.

¹¹⁹ La libertad de trabajo admite una restricción, y ella alude a ciertas hipótesis que justifican la prohibición de realizar una determinada actividad o trabajo, fundados en que ella se opone a la moral, la seguridad o uno de los dos criterios que menciona el texto. Se trata de conceptos que requieren ser precisados a la época de su aplicación, dada su conexión con las prácticas sociales.

a la justa retribución, ello no puede entenderse como meramente aspiracional y es perfectamente posible aplicarla para resolver un conflicto laboral, como ocurriría por ejemplo en la hipótesis de que un trabajador, cuyo contrato no fue escriturado –vulnerándose la regla del artículo 9 del C.T. en cuanto le impone un plazo al empleador para formalizarlo- y el operario afirma como estipulación contractual una retribución irracional, apartada de la práctica de nuestro país; de este modo, la justa retribución impide una aplicación sin límites de la norma citada del C.T.

Por otra parte, el contenido de la libertad de contratación no implica de manera alguna que en el derecho del trabajo se pueda aplicar el principio de la autonomía de la voluntad que preside la contratación civil, por cuanto si bien existe un espacio o zona en que trabajador y empresario pueden fijar el contenido contractual, ese pacto de ninguna manera puede dejar sin aplicación o efecto, los derechos irrenunciables o mínimos inderogables que conforman el orden público laboral¹²⁰. En todo caso es útil señalar que en el C.T. se contemplan reglas que permiten a las partes de la relación laboral, el incluir pactos que desarrollen el entramado de derechos y obligaciones que forman parte de dicho vínculo. Así, se debe citar el artículo 10 N° 7, 11, 31 y 159 N° 1, todos del C.T., los cuales de ninguna forma pueden afectar los citados derechos irrenunciables, entre los que se debe citar, al ingreso mínimo mensual,

¹²⁰ Según Javillier, “el principio del orden público social implica una combinación de las normas (heterónomas y autónomas) en un sentido favorable a los trabajadores. El alcance del principio es muy extenso”. Javillier, Jean Claude: “Derecho del Trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007, p. 179.

jornada ordinaria, descanso entre jornadas, y dominical, feriado anual, etc. Y de ello atestigua una frondosa jurisprudencia¹²¹.

Finalmente, reflexionando respecto de la redacción constitucional al establecer que ningún trabajo puede ser prohibido, se consagra una libertad positiva y negativa, permitiendo a toda persona trabajar en cualquier actividad que le satisfaga o incluso no hacerlo. Los criterios restrictivos que indica el precepto 19 N° 16 de la Constitución Política, se refieren a casos justificados que no admiten un entendimiento extensivo y que al mismo tiempo poseen la flexibilidad necesaria para resolver la ilimitada creatividad que surge del progreso económico y tecnológico.

No cabe duda que este derecho fundamental es el que más se ha desarrollado en sede legal, y se podría postular que constituye uno de los dos derechos fundamentales laborales que ha recibido la mayoritaria atención del legislador para proyectar a través de la ley, su contenido y protección¹²², (el otro es la libertad sindical) y permitiendo así una aplicación que perfectamente haría inútil la teoría de la eficacia directa y horizontal de las disposiciones constitucionales¹²³. En efecto, la

¹²¹ Ver Sentencia Corte Suprema, Rol N° 3707-2004, 10 de mayo de 2006. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 6830-2011, 16 de agosto de 2011 y. Sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 22-2011, 13 de octubre de 2011.

¹²² El C.T. a través de la normativa contenida en su título preliminar y Libros I y II, sobre contrato de trabajo y protección de los trabajadores, realiza una frondosa mediación de la libertad de trabajo y su protección, lo que permite resolver la mayoría de los casos de conflictos entre empresarios y trabajadores, mediante la aplicación de reglas, y subsecuentemente, acudir al método de subsumir los casos en dichas disposiciones legales.

¹²³ Sobre el contenido de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se puede consultar: Melis Valencia, Christian: "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Editorial Abeledo Perrot, Santiago, año 2010; en el mismo sentido Aguilar, Gonzalo - Contreras, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 13, N° 1, Talca, 2007.

regulación de la prestación de servicios subordinados está diseñada de forma tal que abarca la formación, desarrollo y extinción de dicha prestación de servicios. Por otra parte en la mayoría de las legislaciones de la familia jurídica europea continental y romanista, detallan el catálogo de derechos y obligaciones que genera el contrato, logrando la anhelada protección al trabajo humano dependiente. En esta perspectiva la justificación del presente trabajo carecería de interés, por cuanto el desarrollo legislativo constituye un sistema que permite encontrar las soluciones adecuadas acudiendo al método de subsumir en una norma legal, los hechos que constituyen la contienda entre empresarios y trabajadores. Así las cosas, el caso parece ignorar o al menos no necesita acudir a la normativa constitucional para obtener lo que la ley no puede entregar. Para alguna doctrina, la frondosa regulación en el C.T. de este derecho fundamental es el ideal jurídico, por cuanto no se produce la negativa vulgarización del derecho constitucional¹²⁴.

A manera conclusiva, la libertad de trabajo, aun cuando es mencionada en el artículo 2 del C.T. términos similares a la Constitución, lo cierto es, que constituye el modelo clásico de proyección legal del contenido de dicho derecho, pudiendo así, el juez del trabajo, relacionarse con la aplicación de reglas que en caso de contradicción con la normativa constitucional, ello podrá ser resuelto por el control concentrado¹²⁵ de un

¹²⁴ Sobre este punto Ruiz Tagle, señala que “La autonomía y especialización jurídica no debe confundirse con solipsismo, con autismo o con autarquía conceptual. Por eso estoy entre los partidarios más vulgares de la vulgarización, porque pienso que el punto de vista de las personas comunes es muy relevante en el desarrollo de toda concepción democrática del derecho”. Ruiz Tagle, Pablo: “La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales”. En “Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 67.

¹²⁵ “ Se califica como control concentrado de constitucionalidad de la ley a aquél que se reserva a un solo órgano- sea ante el Tribunal Supremo de Justicia, sea

tribunal especial cuya jerarquía y especialización cautelan debidamente la supremacía de la Norma Fundamental.

12.- La Libertad Sindical:

La Constitución Chilena adoptó un modelo cuestionable en cuanto a su recepción toda vez que la doctrina mayoritaria¹²⁶ reconoce que su contenido abarca la libertad de sindicación, la negociación colectiva y la huelga. En otras palabras, tiene un contenido orgánico y otro funcional¹²⁷. La fórmula empleada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, al referirse solo al derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley, y por ende a formar, afiliarse o desafiliarse a los sindicatos, dejó trunco este derecho, y ello explica que los otros dos capítulos que integran este derecho se contienen, en el numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el cual regula en forma restringida la negociación colectiva y la huelga.

La libertad sindical constituye en opinión de este autor, el núcleo fundamental del derecho del trabajo, y por ende, su consagración

una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo_ con exclusión de los demás tribunales". Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad en la república de Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, Talca, año 2008, p. 389 y sgtes.

¹²⁶ "La libertad sindical, es, en razón de su contenido, un derecho complejo o genérico, integrado por el conjunto de derechos y facultades que hacen reconocible el ejercicio del mismo y...es posible distinguir un doble plano: 1.- La libertad sindical individual y, 2.-la libertad sindical colectiva". Palomeque, Manuel - Alvarez De la Rosa, Manuel. Ob. Cit., p. 336.

¹²⁷ El contenido orgánico alude al derecho a formar un sindicato, afiliarse a uno constituido y autonomía para darse su reglamentación. El funcional alude al derecho a realizar todas las acciones provenientes de su representación, negociar colectivamente y ejercer el derecho a la huelga en su caso. En nuestro país, este derecho aparece desconectado en preceptos diferentes de la Constitución Política, y en exceso limitado en la faz funcional.

constitucional legítima la existencia de un estado democrático social de derecho. Es el único derecho fundamental específico, por cuanto pertenece solo al trabajador ciudadano, pero no es concebible que otro ciudadano lo ejerza, ya que en este caso se impregnaría y confundiría con el derecho de asociación, el cual no reviste la misma naturaleza que la libertad sindical.¹²⁸

Esta postura permite hacer un juicio crítico respecto del ordenamiento jurídico laboral de nuestro país, toda vez que, y destacadamente, la regulación del contrato ha sido la preocupación fundamental del legislador laboral de los últimos años, prevaleciendo una visión individualista, atomizada, que no contribuye a establecer relaciones laborales modernas, dada la escasa fuerza negociadora que posee un trabajador individualmente considerado. La opción anterior ha traído como consecuencia la desvalorización de la autonomía colectiva, fuente particularísima del derecho del trabajo, que es la llamada a proporcionar un instrumento más eficiente para dirimir pacíficamente los conflictos entre el capital y el trabajo, cuestión que en opinión de este autor debe ser corregida.

Sin embargo, la visión contractualista, traducible como modelo legitimador o hegemónico del sistema capitalista que impera sin

¹²⁸ “Los sindicatos son, así pues, *formaciones sociales con relevancia constitucional*, a los que el artículo 7 de la Constitución reconoce el carácter de organismos básicos del sistema político, de componentes básicos o instituciones esenciales del sistema constitucional español, por lo que se convierten funcionalmente en piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. Su función, por lo mismo, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquema del apoderamiento y de la representación del derecho privado, ya que no se trata únicamente de asociaciones privadas, representantes de sus afiliados”. Palomeque, Manuel - Álvarez De La Rosa, Manuel. “Derecho del Trabajo”, ob. Cit., pp. 316 y 317.

contrapeso en nuestro país, se proyecta en la función pacificadora que se refleja - como es lógico - en toda la estructura normativa del Derecho del Trabajo, al establecer límites al desarrollo de las figuras colectivas y organizativas de los trabajadores, lo que trae como consecuencia un orden regulatorio rígido, que hace dificultoso introducir los cambios que exige el gran dinamismo que enfrenta cualquier sistema económico, político y social¹²⁹, como es el caso de nuestro país. Estas reflexiones no son puramente teóricas, por cuanto se pueden perfectamente validar con algunas de las recientes leyes laborales que han entrado en vigencia en nuestro país¹³⁰, en cuanto se justifican precisamente como un aporte jurídico a la pacificación social.

En el contexto anterior, parece evidente que la razón social histórica del Derecho del Trabajo responde a la necesidad social de canalizar pacíficamente el conflicto político surgido entre los nuevos antagonistas

¹²⁹ En general tal cuestión no es nueva ni propia de la flexibilidad, sino que es un efecto regulador/legitimador del derecho y en particular del derecho del trabajo. Desde un análisis de derecho comparado e histórico, la principal y más notable manifestación de legislación laboral en materia colectiva, como expresión de la represión de la acción obrera, se dio en la legislación francesa, particularmente con la ley Le Chapelier de 1791 y sus leyes complementarias como el Código Penal de 1810, quienes como cuerpo normativo, prohibían todas las manifestaciones que hoy calificaríamos como manifestaciones de la libertad sindical, declarando inconstitucional los acuerdos entre trabajadores y patrones, al nivel de tipificar criminalmente conductas constitutivas de expresión de la autonomía colectiva. La efectividad represiva de tal modelo funcionó como normativa de exportación a países industrializados como Gran Bretaña, Dinamarca, España y Alemania.

Desde un punto de vista latinoamericano, la represión de la actividad sindical se hizo efectiva con especial dureza y no precisamente desde la ley. En este contexto, podemos recordar hitos de sangre como la matanza de Santa María de Iquique (1907 Chile); Río Blanco y Cananea (México, 1906-1907); la Patagonia Argentina (Argentina 1921) y los Huelguistas de United Fruits (Colombia 1928), entre otros.

¹³⁰ En el mensaje de la ley 20.087 se indica destacadamente que la configuración del proceso laboral constituye un instrumento de pacificación social en cuanto dicho proceso se considera un mecanismo privilegiado de solución eficiente y oportuna de conflicto en el ámbito laboral. Historia de la Ley Ley N° 20.087, pp.11 y ss.

colectivos del sistema económico, cumpliendo con la trascendental misión de imponer a la contradicción de intereses un cauce de circulación del capital y trabajo compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa liberal.¹³¹ Por lo demás es claro que el Derecho del Trabajo legaliza las relaciones de trabajo y sólo limita el poder patronal, no siendo su fin modificar la naturaleza de las relaciones de trabajo.¹³²

En la línea argumental anterior y a modo de justificación de la importancia de este derecho y su protección como instrumento legitimador del conflicto entre el capital y el trabajo, Palomeque y Alvarez nos dicen que “el Derecho es ciertamente una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales. A través de la norma jurídica se impone el cauce adecuado para la solución ordenada del conflicto (individual o colectivo), configurándose de este modo un sistema de seguridad y conservación de las relaciones sociales vigentes en un momento determinado. El conflicto de intereses es por ello una realidad social preformativa, que el Derecho viene precisamente a integrar. La conflictividad social es así canalizada jurídicamente de acuerdo con el cuadro de intereses y valores propios de la opción política que expresa la norma jurídica en cuestión, que no son naturalmente sino los del grupo o grupos sociales capaces de imponer, dentro de un sistema determinado (el juego de las mayorías parlamentarias en un sistema democrático) su voluntad organizativa. El conflicto social y la norma jurídica reguladora del mismo formarán parte

¹³¹Palomeque, Manuel: “Derecho del Trabajo e ideología”, Madrid, Editorial TECNOS, 2002, pp. 32-33.

¹³²García Ortega, Jesús, et al., Curso de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 29.

ya, una vez producida la institucionalización de aquél, de la misma realidad jurídica".¹³³

12.1.- Libertad Sindical y su contenido.

Descrito el escenario anterior, nos detendremos en la contradicción que se produce entre el colectivo de trabajadores y los dueños del capital, cuestión medular en la concepción y recepción de la libertad sindical en las normas jusfundamentales, lo que ha permitido tradicionalmente abordar este problema en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, rama que "busca traducir a términos jurídicos la conflictualidad básica del capital y el trabajo en los países de economía de mercado, para hacer posible la paz social transitoria o definitiva"¹³⁴, siendo la Libertad Sindical, en los términos de Sarthou, el "antiproducción cultural" de la Revolución Industrial, en tanto expresión del régimen, pero también negación, su antítesis dialéctica que determinará en el tiempo la síntesis de la constitucionalización social, expresándose esta como "la presa instrumental conquistada en la feroz contradicción entre el capital deshumanizado y salvaje del industrialismo y el trabajo subordinado jerarquizado para la lucha por el movimiento obrero y las ideologías"¹³⁵.

Sin embargo, esta contradicción no siempre asume un papel exento de reproche respecto de la postura que asumen los trabajadores para obtener un reconocimiento a sus demandas laborales, o en palabras más simples, en ocasiones la postura del colectivo se aleja de su justificación

¹³³Palomeque, Manuel - Álvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", ob. cit., p. 44.

¹³⁴ Sarthou, Helios: "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo", en Revista de Derecho Laboral de Uruguay, N° 123, Septiembre de 1981, p. 578 y sgtes.

¹³⁵ Sarthou, Helios: Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo I, "Rasgos Ontológicos Generales de la Libertad Sindical", Fundación de cultura universitaria, Montevideo-Uruguay, año2004, pág. 16.

ética, introduciendo elementos que se apartan completamente de las reivindicaciones laborales. En este sentido, Romagnoli precisa que “el conflicto ya no es, o lo es cada vez menos una manifestación de activo altruismo, como lo consideraba Pietro Calamandrei en los años cincuenta. Se ha convertido en un multiplicador de desigualdades justificadas sólo, o en su mayoría, por la proliferación de posiciones de trabajo –clave, cuya crucialidad en la organización del trabajo concede a sus ocupantes la oportunidad de dilatar desmedidamente la agresividad de sus huelgas”¹³⁶.

Es en este escenario social donde surge la libertad sindical, como el hijo no deseado de la actividad del capital. Aún cuando debe destacarse que ella ha enfrentado una notable evolución, de la misma manera como la sociedad se ha ido desembarazando del antiguo capitalismo industrial a uno muy reciente, de carácter financiero y de servicios o incluso a uno fundado en la llamada sociedad del conocimiento, lo que modifica la concepción original de trabajador, (no cabe duda que en los inicios del conflicto social - el trabajador- correspondía a un sujeto con escasa preparación y asociado al trabajo extenuante, cuestión que hoy en día es reemplazada por un trabajador que puede poseer formación universitaria e incluso un postgrado, dotándolo de una mayor capacidad negociadora para establecer las condiciones de trabajo con su empleador) y al mismo tiempo, impulsa la necesidad de adoptar estrategias organizativas distintas para lograr una mejoría en sus condiciones de vida. En este punto, si bien en una primera etapa la libertad sindical asumía un marcado carácter asociativo, y por tanto, asimilado al derecho de asociación, con reconocimiento constitucional; posteriormente se complementa con su carácter activo y no simplemente orgánico, apareciendo como

¹³⁶ Romagnoli, Umberto: “El Derecho, el trabajo y la Historia”, Madrid, España, año 1997, pp. 199-198.

consustancial al sindicato o colectivo de trabajadores, la posibilidad de negociar y con ello el paro, modelándose así el entendimiento y contenido actual de la libertad sindical (y al mismo tiempo proclamando su autonomía respecto del derecho de asociación).

El abandono a la visión puramente organizacional de la libertad sindical que predominó en nuestro país, se extiende ahora desde el sindicato a su acción natural esto es la negociación colectiva hasta abarcar la paralización como instrumento legítimo de los trabajadores, lo que recibe un sólido reconocimiento por la doctrina juslaboralista. En este plano, Ermida sostiene que la libertad sindical es una "libertad compleja, que no se reduce a un derecho sino que se compone de un haz de derechos concretos, y puede ser sistematizada en torno a no menos tres variables, a saber: la titularidad de la libertad sindical, su contenido y el sujeto pasivo de las mismas. Así, en atención a la titularidad de los diversos derechos sindicales, se distinguen una dimensión individual y una dimensión colectiva de la libertad sindical. Si se considera el contenido del mismo de estos derechos -y ésta es la variable principal a nuestros efectos en este momento-, pueden también percibirse unos derechos sindicales tradicionales, de tipo asociativo, como el derecho a afiliarse a un sindicato o el derecho de constituir, con otros , una nueva organización, y unos derechos al ejercicio de actividad sindical, derechos de actividad, tales como el de negociación colectiva, huelga, uso de carteleras y, en general, militancia y proselitismo. Y cuando se enfoca, en cambio, al sujeto pasivo de la libertad sindical, esto es, cuando se analiza ante quién se ejerce cada uno de los derechos sindicales, puede hablarse de libertad sindical ante el Estado, ante los empleadores y ante las propias organizaciones

sindicales”¹³⁷. Como se aprecia, para dicho autor la libertad sindical, comprende la sindicación, negociación y el paro de actividades, la cual se extiende a los funcionarios públicos.

De las consideraciones anteriores podemos concluir que el contenido de la libertad sindical está compuesta por un aspecto orgánico y uno funcional, abarcando la libertad para constituir sindicatos, dotarse de una reglamentación propia y realizar su actividad natural, esto es, llevar adelante procesos negociadores tendientes a obtener mejores condiciones de trabajo y retribución, incluyendo en esta faz de actividad, la posibilidad de paralización como medio de presión legítima, eso sí, con los resguardos necesarios tendientes a descartar situaciones de irracionalidad que motiven una visión sesgada (principalmente de su contraparte y organizaciones afines) de este especial mecanismo de autotutela.

En todo caso, es útil destacar, que el concepto mismo de la libertad sindical resulta muy influenciado por el derecho a constituir la organización obrera, y ello es patente en la doctrina. En este sentido Palomeque la conceptúa como “el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que le son atribuidas para la defensa de los intereses del trabajador asalariado”¹³⁸. En el plano nacional, Caamaño¹³⁹

¹³⁷ Ermida Uriarte, Oscar: “Libertad Sindical y Derecho de Asociación”. En “Algunos Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional”, Lima, año 1992, p. 63 y sgtes.

¹³⁸ Palomeque, Manuel - Álvarez de la Rosa Manuel. “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit., p. 320 y sgtes.

¹³⁹ El autor citado la define “Como el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones afiliarse o desafiliarse a ellas, o darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios , en particular, la negociación

propone un concepto que abarca la concepción moderna de libertad Sindical, en cuanto la resume como el derecho a constituir sindicatos, negociar colectivamente y a ejercer en su caso, el derecho al paro.

12.2.- El modelo regulatorio de la Libertad Sindical en Chile.

El movimiento obrero en nuestro país ha tenido una evolución de alcance centenario¹⁴⁰, ya que los trabajadores comenzaron su proceso reivindicativo mediante organizaciones sociales y políticas (1830-1920) con anterioridad de la aparición del mismo derecho del trabajo y, que posteriormente se estructuraron, (1920-1973) en un proceso dialéctico de cercenamiento e institucionalización bajo la forma jurídica de los sindicatos¹⁴¹, los cuales enfrentaron un duro quiebre, en términos fácticos y jurídicos, durante la dictadura militar que transmite sus consecuencia hasta nuestros días (1973-2013)¹⁴².

colectiva y el derecho a huelga". Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 30, año 2008, p. 265 y sgtes.

¹⁴⁰ En nuestro país, las primeras formas de organización obrera se producen en 1829, con la creación de la Sociedad de Artesanos de Santiago, y otra del mismo carácter un tiempo después en San Felipe. Cfr. Grez Toso, Sergio: "De la *regeneración del pueblo* a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)", vol. XIII, Colección Sociedad y Cultura, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Ediciones RIL, Santiago, 1998; Garcés, Mario - Milos, Pedro: "Taller Nueva Historia. Cuadernos de Historia Popular". Serie Historia del Movimiento Obrero Nº2, Centro de Estudios del Trabajo CETRA/CEAL, Santiago de Chile, 1983, p. 1 y sgtes.

¹⁴¹ Nos referimos a las Mutuales, Mancomunales, Sociedades de Resistencia y Cordones Industriales. Cfr. Rifo Melo, Mauricio: "La formación económica social y la organización de los trabajadores en Chile (1830-2008). Una Mirada desde el Materialismo Histórico", Seminario de título para optar al grado de Licenciado en Educación mención Historia y Geografía, Universidad de Concepción, año 2010.

¹⁴² El código de 1931 mantuvo su estructura básica hasta el 15 de junio de 1978. No obstante esto, la etapa previa a la imposición del Plan Laboral que va desde 1973 a 1978, se caracteriza por la prohibición de toda actividad sindical, incluida la negociación colectiva. Así a partir de 1973 el régimen militar impuso medidas

El escenario descrito da cuenta de un proceso dinámico de reclamo y manifestación social por parte de los trabajadores que nunca abandonaron la idea de obtener un espacio de libertad para que actúen sus organizaciones obreras y ello se aprecia en el período comprendido entre 1920 y 1973¹⁴³, aunque nunca fue limitada solo al derecho a que se reconozca la pura organización, ya que en ella iba implícita la función de negociar y paralizar como medio último para exigir las mejoras salariales y condiciones de trabajo. Este proceso culminó dramáticamente en el año 1973, sustituyéndose por uno en que se restringió la función sindical a la existencia de reconocer sindicatos, es decir a su faz orgánica y permitiendo limitadamente actividades de carácter asociativos, determinada por una visión formal que limita el derecho de negociación y aún más, el de huelga. Luego en una postura que ha dominado en los últimos años en nuestro país, se tiende a asegurar que la libertad sindical está correctamente recepcionada en el modelo regulatorio (constitución,

destinadas a desarticular el movimiento sindical, ya sea por vías de hecho como de derecho. Entre estas últimas podemos mencionar la disolución inmediata de la CUT, la prohibición de elecciones de dirigentes en las organizaciones sindicales, prorrogándose el mandato o debiendo asumir el cargo el trabajador más antiguo de la empresa. Las asambleas se limitan a meras reuniones de carácter informativo o relativas al manejo interno de la organización y de ellas debía informarse previamente a Carabineros. En particular el Decreto Ley 43 de 29 de septiembre de 1973, suspendió toda norma relativa a determinación o reajuste de sueldos, salarios y remuneraciones en general, es decir suspendió el derecho a negociar colectivamente. Así la dictación del Plan Laboral obedeció al cambio radical económico-social del país. Por tanto, la legislación laboral debía adecuarse a estos cambios, para ello se decretan una serie de normas que fijaron el nuevo marco legislativo laboral. Las principales son las siguientes: Decreto Ley 2.200 de 1978, sobre contrato de trabajo y de protección de los trabajadores. Decreto Ley 2.756 de 1979, sobre organizaciones sindicales y el Decreto Ley 2.758 de 1979, sobre negociación colectiva. A estos decretos les siguen dos leyes laborales, N°s 18.018 de 1981, que complementa al DL. 2.200, y 18.372 de 1984. Las normas señaladas son recopiladas en el Código del Trabajo de 1987 que hasta nuestros días, no obstante mínimas reformas, mantiene su estructura vertebral intacta.

¹⁴³ Barría, Jorge: "El movimiento obrero en Chile, síntesis histórico-social". Ediciones UTE, Santiago, 1971, p. 26 y sgtes.

leyes, etc.) y ello ha sido consagrado ciegamente por la jurisprudencia de nuestro país¹⁴⁴, sin embargo la fuerza de los hechos ha ido progresivamente colocando en la discusión de nuestros actores políticos, la necesidad de corregir esta percepción debido a las demandas sociales que pudieran generar serios problemas al funcionamiento de nuestro modelo económico y social. En estos últimos años se ha producido un consenso en los doctrinadores laboralista de nuestro país, de que es hora de consolidar la visión correcta de la libertad sindical, esto es, la comprensiva de organización, negociación y paro.

En la sociedad chilena, y como la mayoría de las sociedades americanas, la libertad sindical es recogida como una cláusula constitucional en la Carta Fundamental, y esta recepción se efectúa básicamente en nuestro país en dos preceptos, el artículo 19 N° 19 y el 19 N° 16, de la Carta Política. El primero consagra la libertad sindical en su aspecto orgánico, esto es, el derecho a sindicarse, la libertad de afiliación y desafiliación, el derecho a obtener una personalidad sin restricciones de la autoridad y proclama la autonomía para dotarse de una reglamentación propia, y más dudosamente la autonomía de acción. En una tradición bastante arraigada se ha entendido que el precepto 19 N° 16 de la Constitución alude a las garantías del derecho individual del trabajo. Sin embargo, en su contenido se recogen los dos aspectos omitidos en la regla anterior, esto es, la negociación colectiva (limitada eso sí al ámbito de la empresa) y también se alude a la Huelga, aún cuando en una fórmula muy insatisfactoria para quienes postulan un reconocimiento en términos positivos, ya que el texto comienza su redacción indicando

¹⁴⁴ En efecto, atendido el gran desarrollo de la normativa orgánica de los sindicatos, los pronunciamientos judiciales se circunscriben a casos de interpretación y aplicación de la reglas del Código del Trabajo, diluyéndose el carácter constitucional de la libertad sindical.

nominadamente que trabajadores no pueden decidir la paralización de ciertas actividades, entre las cuales están: los funcionarios del Estado y de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La fórmula constitucional respecto del derecho al paro, da cuenta por una parte, de la aversión del constituyente de facto frente a la huelga, y por otro lado, la complejidad que representa para nuestro ordenamiento jurídico el diseñar una garantía al ejercicio de este derecho, cuestión que obligatoriamente nos hace observar las soluciones que los países se han dado para ofrecer un esquema moderno, justo y eficiente¹⁴⁵.

¹⁴⁵ La realidad actual en el mundo occidental, que adoptan el modelo de producción capitalista, es que el derecho a huelga no aparece como una consagración expresa en todas las constituciones, pero si en tratados y acuerdos multilaterales entre las naciones, aunque solo mencionado. De esta forma los países han ensayado distintas fórmulas para regular la huelga, sobre todo en un aspecto crucial de la misma, esto es, si ella debe ser limitada o ilimitada en el tiempo. Naturalmente la opción de ilimitada no significa la paralización definitiva de la empresa, ya que pueden existir mecanismos disuasivos de la misma, como por ejemplo que la paralización no sea remunerada para el trabajador. En el caso chileno la paralización no tiene límite (solo para los casos en que se reconoce este derecho) actuando como freno el no pago de la remuneración y la posibilidad de reemplazo de trabajadores. Sobre este punto para el caso español se ha ensayado igualmente la creación de un órgano denominado Comité de Huelga, cuya función es administrar la huelga en todos sus aspectos. Éste órgano ha sido duramente criticado porque no consagra uno de los derechos fundamentales de la convivencia democrática. Rentero Jover, Jesús: "El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 65 y sgtes. A propósito del el modelo uruguayo Fernández Brignoni, Hugo- Moreira Rocca, Danubio: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos". Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

12.3.- La normativa internacional sobre libertad sindical.

A la protección constitucional de la libertad sindical, se une la normativa de los tratados internacionales¹⁴⁶, cuyo contenido y obligatoriedad (respecto de los derechos laborales, catalogados como económicos y sociales o de prestación) plantea el problema de su vinculación jerárquica con las normas chilenas (es decir, atribuir a los tratados rango constitucional, legal o suprallegal, pero de inferior jerarquía a la norma constitucional). Desde ya es preciso puntualizar que la función de los tratados internacionales relacionados con el derecho laboral debe ser abordado desde la óptica del llamado "bloque constitucional", que será objeto de un análisis más detallado en un párrafo posterior. Teniendo en cuenta el panorama anterior, destacadamente la libertad sindical en nuestro país se rige también por los Convenios N° 87, Convenio N° 98 y Convenio N° 135¹⁴⁷, los cuales se refieren a la libertad sindical en su aspecto orgánico, conteniendo el segundo de los nombrados, una breve referencia a la negociación colectiva, denotando o explicándose al mismo tiempo la fórmula empleada por el Constituyente chileno, esto es, separar las materias que contempla el contenido actual de la libertad sindical. A los Convenios se une la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales laborales de la OIT, del año 1998, la cuál coloca como primer principio, la libertad sindical, incluyendo la negociación colectiva, lo que origina una seria presión en la legislación interna de nuestro país, dada la obligación de adecuar las normas internas de los estados a las disposiciones que adopta la OIT. Comentario aparte ofrece la ausencia de la Huelga como

¹⁴⁶ Cfr. Gamonal Contreras: "El Derecho Colectivo Chileno Frente a los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT" en "Trabajo y derecho". Legal Publishing, Santiago, 2011.

¹⁴⁷ Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y la protección al derecho a sindicación. D.O. de 12 de 05 de 1999; Convenio N° 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. D.O. 12 de 05 de 1999; Convenio N° 135 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores. D.O. 12 de 05 de 1999.

materia a reglamentar por los Convenios, pero ello no significa que para el órgano internacional no sea un componente imprescindible de la libertad sindical. En este sentido Gernigón, Odero y Guido, señalan que la OIT, a pesar que no existe Convenio expreso sobre la Huelga, reconoce que es un derecho vital dentro de la libertad sindical, enfatizando que tiene la categoría de un derecho fundamental del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores, protegido en el ámbito internacional, siempre que su ejercicio revista un carácter pacífico y concluyen con un catálogo de un cuerpo de principios sobre el derecho a huelga¹⁴⁸. En relación a esta fuente internacional del derecho del trabajo, es necesario advertir, que ella está siendo utilizada como fundamento para sentenciar casos de conflictos laborales que conoce la judicatura chilena¹⁴⁹, y ello cumpliendo además el mandato obligatorio de la horizontalidad de las fuentes consagrado en el actual artículo 459 N° 5 del CT. Que describe los requisitos que debe cumplir la sentencia del juez del trabajo.

12.4.- El marco legal de la libertad sindical.

Finalmente, sin desconocer el valioso aporte de la jurisprudencia administrativa a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo que versan sobre la libertad sindical en nuestro país¹⁵⁰, se debe concluir este

¹⁴⁸ Estos autores mencionan dentro del cuerpo de principios, el reconocimiento con carácter general del derecho de huelga a los trabajadores del sector público y privado. Solamente es admisible hacer excepciones de este derecho a categorías muy específicas de trabajadores, como por ejemplo, las fuerzas armadas o servicios esenciales cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población. Gernigón, Bernard: et. al., "Principios de la OIT sobre el derecho a huelga", en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, N° 4, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, año 1998.

¹⁴⁹ Sentencia Corte Apelaciones de Santiago, 31 de marzo de 2008, ROL 1701-2007.

¹⁵⁰ Dirección del Trabajo ha emitido diversos pronunciamientos respecto del contenido de la libertad sindical en aspectos específicos, como por ejemplo.

marco regulatorio con el diseño contenido en el Código del Trabajo, respecto de los Sindicatos, la Negociación Colectiva y el derecho a Huelga, que se contemplan en los libros III y IV del citado cuerpo legal. En esta regulación de rango legal se contiene una normativa con énfasis en los aspectos orgánicos de los sindicatos, con una negociación limitada dada la categorización que la ley realiza distinguiendo entre la negociación colectiva reglada, negociación colectiva no-reglada y una tercera, que podemos denominar semi-reglada, las cuales no tienen una cobertura que legitimen estos mecanismos, que por lo demás están desarrolladas de forma tan extensa que parecieran constituir un serio límite al ejercicio de la libertad de negociación. Por lo demás se debe destacar que la Huelga sólo es un instrumento legítimo en una de las negociaciones (la reglada) descartándose de las otras dos restantes y en un claro reproche al sistema legal, se sujeta a una serie de etapas y formalidades que dificultan el ejercicio de dichos derechos. Esta fórmula legal ha originado una jurisprudencia muy restrictiva del contenido de la libertad sindical en Chile, centrando su actividad en la interpretación de esta reglamentación, sobre todo por el Máximo Tribunal¹⁵¹, abandonándose su carácter de derecho fundamental.

Dictamen N° 1185/016 del 10 de 03 de 2012; N° 3228/051 de 21 de 07 de 2010; N° 225/034 de 27 de 05 de 2011; N° 0368/008 de 20 de 01 de 2012.

¹⁵¹ Sobre la Huelga en general en Chile, Cfr. Varas Marchant, Karla- Gutiérrez Domínguez, José: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos", Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile; a propósito del escenario restrictivo Ugarte Cataldo, José Luis: "La Corte Suprema y derecho de huelga : aquí no, por favor". Estudios laborales en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No. 4, Santiago de Chile, 2009, p. 89 y sgtes; En particular sobre el criterio de la Corte Suprema sobre la aplicación del concepto de reemplazo de trabajadores, ver reciente fallo del 7 de 03 de 2013, ROL 4936-2012.

En esta misma línea argumental, y siguiendo una tradición muy arraigada en la cultura jurídica chilena, la fuente ley se ha transformado en la gran regla destinada a disciplinar las relaciones laborales en Chile, originando un estatuto que pudiera sugerir un gran avance, y que sin embargo, en los hechos afecta gravemente el ejercicio de la Libertad Sindical. En efecto, si observamos nuestra legislación laboral existe claramente una prevalencia de la heteronomía sobre la autonomía colectiva, expresión misma de la limitación a la actividad sindical, sobre-reglamentadora y con una fuerte intervención estatal¹⁵². Aún más, en nuestro país el tratamiento dado por la legislación en general es insuficiente y superficial al entender y definir el modelo colectivo de relaciones de trabajo solo en sus aspectos procedimentales y formales¹⁵³, esto es, como una mera facultad de organización por parte de los trabajadores, perdiendo el foco del conflicto como proyección de intereses antagónicos. En efecto, "lo que caracteriza a un organización sindical no es su estructura, ni sus posibilidades de organización, ni otras actividades

¹⁵² Cfr. Gamonal CONTRERAS, Sergio: "Perspectivas Futuras del Derecho Sindical Chileno. Desafíos de nuestro Derecho Sindical" en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997.

¹⁵³ Como lo señala Caamaño "Es así, que si se examina desde una perspectiva general la legislación de la época, es posible inferir que ella asumía una concepción restrictiva de las facultades inherentes a la noción de libertad sindical, lo que encontraba también un correlato en la visión de la doctrina juslaboralista tradicional chilena, y se traducía, en concreto, en una exclusión del ámbito funcional de la libertad sindical, es decir, el ejercicio de la actividad sindical en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, poniendo el acento, básicamente, en las facultades de constituir, organizar, afiliarse y desafiliarse de una organización sindical. Por lo anterior, desde este punto de vista, se tendía generalizadamente a asociar la libertad sindical de manera exclusiva con el derecho de sindicación¹³, lo que coincidía, a su vez, con la estructura normativa adoptada por nuestra Constitución Política de la República (CPR) y una lectura meramente formalista y no finalista de sus disposiciones, en razón de que el texto constitucional consagra separada- mente el derecho de sindicación (artículo 19 no 19) del derecho a negociar colectivamente (artículo 19 n° 16 inciso 5) y asume un reconocimiento negativo y limitado del derecho a huelga (artículo 19 no 16 inciso 6). Caamaño Rojo, Eduardo, Ob. cit., p. 272.

propias de personas jurídicas con o sin fines de lucro, sino la posibilidad de negociar colectivamente y de declarar la Huelga”¹⁵⁴, siendo estas últimas expresiones concretas de medidas de acción directa.

Por otra parte, si analizamos la regulación de las relaciones laborales en Chile nos damos cuenta que ella está dada por la tutela estatal al trabajador a través de normas de orden público que reglamentan el contenido del contrato de trabajo sin que las partes puedan alterar sus disposiciones, salvo para establecer mejores condiciones para el trabajador, siendo la principal fuente reguladora de las relaciones de trabajo, la ley, relegando a un segundo plano la autonomía colectiva. La ideología de este sistema respecto del derecho colectivo, recae en el hecho que “el mundo político no mira con buenos ojos el surgimiento de poderes intermedios, de naturaleza sindical. Existe pánico al conflicto, lo que redundando en el excesivo control de las elites políticas en el movimiento sindical”. Así, “el sistema reglamentarista es propio de democracias más formales que reales, en naciones más autoritarias que pluralistas, en las que el eventual respeto y fomento del sindicalismo va de la mano con la necesaria profundización del sistema democrático”.¹⁵⁵

La estructura de las relaciones de trabajo en nuestro modelo colectivo se encuentra limitado por el modelo ideológico de relaciones laborales que el régimen militar impuso hacia fines de la década del setenta, fundado en la desconfianza del poder normativo que pudiere reconocerse a los trabajadores y empresarios para determinar las condiciones salariales y de trabajo en general, lo que se implementó a

¹⁵⁴Gamonal Contreras, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”, Legal Publishing, año 2008, p. 51.

¹⁵⁵Gamonal Contreras, Sergio: “Derecho Colectivo del Trabajo”. Ob. Cit., p. 16.

través de un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país. Como lo señala Rojas Miño tal proceso, que se denominó “modernizaciones”, comprendió además del área laboral, el de educación, el de salud y el régimen previsional en el campo de la seguridad social, entre otras.

Siguiendo a la misma autora, tal manifestación se expresa en la regulación de la cobertura subjetiva de la negociación colectiva (número de trabajadores que ejercen el derecho)y en los niveles de la misma (posibilidad de extender el ámbito físico de la negociación, por ejemplo, involucrar varias empresa, o por rama de actividad)

En cuanto a la primera limitación, esto es, en referencia a la cobertura subjetiva, se limitó en cuanto al sector económico, permitiendo la negociación colectiva en el sector privado y en las empresas del Estado limitadamente. En esta misma línea, en cuanto a las categorías de trabajadores al interior de las empresas, se excluyó de la negociación colectiva a los cargos directivos de las empresas y, también, a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y a los contratados por obra o servicios y los trabajadores de temporada¹⁵⁶.

En relación a la segunda limitación, es decir, a los niveles de la negociación colectiva, se limitó a un único nivel de estructura, siendo tal la empresa, prohibiéndose en términos absolutos la negociación colectiva en niveles superiores. “¿Cuál es el objetivo de fijar heterónomamente este nivel de negociación, imponiéndolo, a la vez, como único nivel de la estructura? El objetivo explícito, manifestado por los autores del Plan

¹⁵⁶ Rojas Miño, Irene: “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el plan laboral” en Revista Ius et Praxis, N° 13 año 2010, p. 202 y sgtes.

Laboral, fue «someter el nivel de remuneraciones a la productividad del trabajo», tal como además se plantea en uno de los considerando de este Decreto Ley 30 y, además, «impedir la politización de la negociación colectiva»¹⁵⁷.

Esto se debe principalmente a que tal modelo de regulación se inspira en la idea neoliberal de que la negociación colectiva debe limitarse a ser un medio por el cual trabajadores negocian agrupados en grupos independientes o sindicatos, sus remuneraciones con el empleador sobre la base del valor que tiene sus aportes en las empresa, no siendo la negociación colectiva un mecanismo de redistribución de la riqueza, sino por el contrario, asegura la equivalencia entre remuneraciones y productividad, subordinándose el trabajo al capital, contribuyendo a generar una tasa de ganancia libre de interferencias laborales reforzando el patrón de acumulación derivado del modelo económico adoptado¹⁵⁸, “ignora el objetivo último de la negociación colectiva, que es el de democratizar las relaciones laborales”¹⁵⁹.

Por otro lado, en lo tocante a la organización propiamente tal al interior de la empresa, se produce un fenómeno de paralelismo y atomización laboral. El modelo normativo permite “el paralelismo sindical al interior de la entidad que sirve de base a la constitución de sindicatos, es decir, la empresa. Por una parte, se pueden constituir tantas organizaciones sindicales como se desee, en cuanto reúnan los quórum mínimos y, por la otra, no se reconoce derecho alguno al sindicato más representativo, criterio indispensable para lograr una autonomía que goce

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 203.

¹⁵⁸ Caamaño Rojo, Eduardo- Ugarte Cataldo, José Luis: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, *ob. Cit.*, p. 27.

¹⁵⁹ Rojas Miño, Irene. *Ob. cit.*, p. 212 y sgtes.

de legitimación entre los actores de las relaciones de trabajo. A la vez, se le reconoce espacio a los grupos de trabajadores representantes de fraccionados intereses laborales, lo que ha generado un espacio eficaz para las presiones empresariales tendientes a eliminar la organización sindical, asimismo para quitar eficiencia a la negociación colectiva o generar seudos acuerdos colectivos, como han sido los convenios colectivos suscritos por coaliciones de trabajadores”¹⁶⁰.

Finalmente, pero no menos importante, es el actual escenario negativo de la Huelga como derecho fundamental. Como se suele afirmar, no hay negociación colectiva sin la posibilidad de hacer ejercicio legítimo de mecanismos de protección que permitan la auto tutela de los intereses laborales por los mismos intervinientes en un proceso de negociación.

Al respecto, el Plan Laboral sólo reconoció a la Huelga como derecho en el marco del procedimiento de negociación colectiva reglada, limitando su ejercicio. En efecto, “el legislador chileno regula con detallismo el ejercicio de la Huelga, sometiéndolo a un régimen jurídico que podrían catalogarse, sin duda, como uno de los más intervencionistas en la tradición jurídica continental. Nuestro modelo legal de Huelga trasunta una evidente y mal disimulada agresividad con la tutela directa de los trabajadores”¹⁶¹.

Es más, tal concepción de la Huelga es propia de aquellos países de escasa sindicación y de poca tradición de diálogo social, que se

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 206.

¹⁶¹ Cfr. Caamaño, Eduardo- UGARTE, José Luis- Gamonal, Sergio: “Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)” Instituto de Estudios Laborales FIEL (Santiago, 2009), p. 46, disponible en <http://fielchile.org/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DE RECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf>[última consulta: 9 de mayo de 2013]

caracterizan por un fuerte aversión al conflicto colectivo, y una fuerte preeminencia tanto de la autonomía individual como de la injerencia estatal, representando el extremo dentro de este modelo reglamentario¹⁶².

Nuestro orden jurídico “trasunta una agresiva actitud con respecto de la Huelga, específicamente por parte del legislador, que responde, evidentemente, a la ideología dominante en los redactores de dicha regulación legal (...) pretendiendo negar el conflicto colectivo en la relaciones laborales, al que se acusaba, sin vacilaciones, de propio de doctrinas marxistas”¹⁶³. En palabras de JOSÉ PIÑERA “la idea básica fue sacar a este proceso de la arena del conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente- con gran satisfacción de los partidarios de la lucha de clases- y devolverlo a su función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo”¹⁶⁴.

13.5.- la deficiente regulación de la libertad sindical.

La configuración limitativa de aquella concepción de la libertad sindical en su “visión triangular del derecho colectivo del trabajo”¹⁶⁵, no puede ser compartida, puesto que el concepto mismo en cuestión no se limita solo a los aspecto individuales de su ejercicio, sino por el contrario, necesariamente debe enfocarse a la tutela y protección de intereses colectivos propios del desarrollo de la actividad sindical en su aspecto

¹⁶² Ibíd., p. 45 y sgtes.

¹⁶³Caamaño Rojo, Eduardo- Ugarte Cataldo, José Luis: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, ob. cit., p. 78.

¹⁶⁴Piñera, José: “La Revolución Laboral”, Editorial ZIG-ZAG, Santiago, 1990, p. 49.

¹⁶⁵De la Cueva, Mario: “El humanismo jurídico de Mario de la Cueva”, p. 675 y sgtes., citado por Gamonal, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”. Ob. cit., p. 51.

utilitario funcional, vinculado específicamente al derecho de negociación colectiva y derecho a Huelga como derechos de naturaleza redistributiva y equitativa, pero contextualizados en el seno de una relación contradictoria entre el capital y el trabajo.

Aún más, una de las principales finalidades de la garantía de la libertad sindical es permitir a los empleadores y trabajadores unirse en organizaciones independientes de los poderes públicos, con capacidad para determinar, por medio de contratos y convenios colectivos llevados a cabo libremente, los salarios y otras condiciones de empleo, teniendo los sindicatos el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios de actuación, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores detentan el derecho a organizar libremente sus actividades y formular su propio programa de acción.

En efecto, La libertad sindical constituye uno de los ejes centrales de nuestra disciplina, qué duda cabe, e implica el reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, la importancia del diálogo y la necesidad de afinidad entre los diversos intereses sociales. En efecto, en cualquier sistema de derecho colectivo su conformación recae en el conflicto contrapuesto de las expectativas de empresarios y trabajadores y las soluciones propuestas para resolver tales antinomias. Como lo explica GAMONAL, el conflicto se refleja en que “los empresarios pueden legítimamente desear que el costo del trabajo les permita desarrollar su actividad, y los trabajadores legítimamente aspirar a mejorar sus

remuneraciones; los empresarios pueden desear encontrar el trabajador más adecuado para cada vacante y los trabajadores pueden tener interés en que haya un puesto de trabajo para cada desempleado; los empleadores pueden pretender legítimamente que el ordenamiento jurídico les permita la máxima movilidad de la fuerza de trabajo y los trabajadores pueden exigir, también legítimamente, tener una estabilidad mínima que les permita planificar su vida y la de su familia; los empresarios aspiran a poder planificar sus costos y riesgos anticipadamente y que la sociedad les garantice dicha planificación, y los trabajadores saben que sin el derecho de Huelga se encuentran indefensos y aspiran a que se les permita ocuparlo como medio de presión”¹⁶⁶.

La necesidad se enfoca, por tanto, en encuadrar el fenómeno del trabajo en las líneas de relaciones sociales no armónicas y en conflicto permanente derivado de la pertenencia de clases sociales diferenciadas. La conflictividad social que atraviesa todo el derecho del trabajo es especialmente notoria en el derecho sindical acostumbrado a medirse en términos de poder, entendiendo que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa¹⁶⁷.

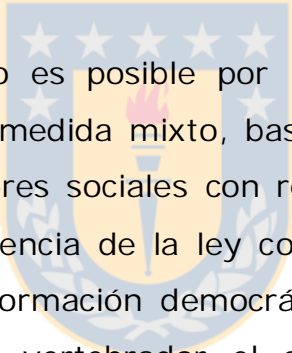
12.6.- La autonomía sindical y su contribución a las fuentes.

Esta forma de entender el Derecho del Trabajo permite atenuar las desigualdades de poder, constituyéndose y configurando su normatividad de manera dinámica en base a la interacción de empresarios y

¹⁶⁶ Gamonal, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”, Ob. Cit., pág. 56.

¹⁶⁷ Baylos Grau, Antonio: “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, p. 11.

trabajadores agrupados de preferencia en sindicatos, de manera que la regulación estatal sea de mínimos y de protección a la actividad sindical. Esto último solo es posible por la generación de un sistema de autonomía, en cierta medida mixto, basado principalmente en el rol que han de jugar los actores sociales con relativa independencia del Estado, desplazando la autonomía a la ley como fuente principal reguladora y potenciando una conformación democrática de las relaciones de trabajo, teniendo como eje vertebrador el ejercicio de libertad sindical y en especial la negociación colectiva "Corresponde a la autonomía colectiva (¿y si no a quien?) evitar que el derecho del trabajo se coloque a la cabeza para interiorizar y publicitar la filosofía de la flexibilidad"¹⁶⁸.



Esto último sólo es posible por la generación de un sistema de autonomía, en cierta medida mixto, basado principalmente en el rol que han de jugar los actores sociales con relativa independencia del Estado, desplazando la prevalencia de la ley como fuente principal reguladora y potenciando una conformación democrática de las relaciones de trabajo que tenga como eje vertebrador el ejercicio de libertad sindical, en especial la negociación colectiva, proscribiendo progresivamente el paternalismo estatal.

Ahora bien, ello no descarta la aplicación de las otras fuentes usuales que el Derecho del Trabajo utiliza para resolver los problemas o controversias que surgen en las relaciones individuales y colectivas de trabajo; pero dan cuenta de la necesidad de sustituir una fuente clásica (la ley), por otra disponible, como la autonomía colectiva y que de acuerdo a

¹⁶⁸ Romagnoli, Umberto: "Las transformaciones del derecho del trabajo", en "Experiencias de flexibilidad normativa", Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992, p. 27.

las reflexiones antes realizadas, entregaría un servicio más eficiente al conflicto.

La concreción de una mayor autonomía a los actores colectivos de las relaciones laborales, requiere un diseño que se refleje en la regulación de la libertad sindical, y que para estos autor debe comprender el reconocimiento constitucional, distinguiendo una garantía laboral en el plano individual y otra, que concentre la libertad sindical en su concepción moderna, esto es, la organización sindical, la negociación colectiva y el reconocimiento expreso del derecho a huelga, contribuyéndose de esta manera a la formulación de un principio constitucional laboral que pueda desarrollarse por una jurisprudencia, lo que sería coherente con el recientemente introducido Procedimiento de Tutela Laboral, que tiene por objeto precisamente cautelar el ejercicio de la libertad sindical. Asimismo, en el plano legal se puede ensayar un modelo regulatorio menos formalista, consagrando una primera parte enunciando principios y, luego implementar una normativa que plasme la protección del derecho como método necesario para proporcionar un escenario de igualdad en la solución de los conflictos colectivos. Paralelamente, la regulación de la ley debe armonizarse con los Convenios de la OIT, a que se hizo referencia en este trabajo, dejando al debate de todos los actores, el consensuar un mecanismo de ejercicio del derecho a huelga, teniendo en cuenta la experiencia de otras naciones que comparten ciertas características comunes y por supuesto, nuestra realidad.

13.- El bloque de constitucionalidad y su relación con los derechos de naturaleza laboral.

Dado el orden seguido en este trabajo, respecto de cuales son los derechos constitucionales y su proyección legal, una corriente constitucionalista agrega a la dignidad humana y el catálogo de derechos contemplados en el artículo 19 de la C.P., el denominado bloque de constitucionalidad. Para Nogueira esta noción debe entenderse como “el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto en el derecho convencional como en el derecho consuetudinario y los propios *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente”¹⁶⁹.

Como se puede advertir, esta noción enriquece notablemente el contenido de los derechos fundamentales en virtud de la modificación del año 1989 al precepto 5° de la C.P., al indicar que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, para agregar a renglón seguido – que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así las cosas, en virtud de esta regla, se haría necesario agregar a los derechos fundamentales antes estudiados, el contenido del llamado bloque de constitucionalidad, que estaría

¹⁶⁹ Nogueira Alcalá, Humberto: “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Librotecnia. Santiago de Chile, año 2007, p. 31.

constituido no solo por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y recepcionada por la C.P., sino también por dichos derechos contemplados en tratados internacionales o fuentes de derecho internacional.

Esta corriente se abre paso con mucho vigor, y por ello es útil que la doctrina laboral la tenga en cuenta a la hora de determinar si los derechos fundamentales que se proyectan a la legislación laboral deben estar limitados a su comprensión clásica o debe extenderse al llamado bloque de constitucionalidad. En todo caso esta postura favorable a la ampliación de los derechos fundamentales enfrenta serias objeciones, tal como se puede apreciar en la obra de Aldunate Lizama¹⁷⁰, quien describe el estado del debate respecto de esta materia.

Continuando con las reflexiones anteriores, y dado que las materias relacionadas con el trabajo se vinculan a la categoría constitucional de los llamados derechos sociales o de prestación; ello también produce una seria dificultad al tratar de incorporar la noción de bloque de constitucionalidad a los derechos de carácter laboral, puesto que calificar los derechos fundamentales laborales como derechos esenciales o humanos, tampoco es pacífico incluso en la doctrina laboral¹⁷¹. En todo caso no cabe duda que ello ya ha producido alguna reacción jurisprudencial y ella destacadamente es originada por la normativa que

¹⁷⁰ Eduardo Aldunate. "Derechos Fundamentales". Ob. cit., p. 338 y sgtes.

¹⁷¹ Para Babace, el bloque de constitucionalidad alude a "que el derecho de los derechos humanos está contenido en normas supranacionales que se imponen a los estados, porque constituyen orden público internacional en tanto establecen principios básicos de convivencia"... "las normas de derecho internacional, tanto convencionales como consuetudinarias, son de aplicación directa y automática, esto es sin necesidad de ningún procedimiento de internalización ni de transformación alguna". Héctor Babace, ob. Cit., p. 253.

emana de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual en muchas ocasiones desarrolla derechos de rango constitucional de los estados que la conforman, pudiendo ejemplificarse con los convenios N° 87 y 98 sobre libertad sindical los cuales están ratificados por nuestro país¹⁷².

En el escenario anterior, Barbagelata¹⁷³ manifiesta un evidente entusiasmo por la recepción del bloque de constitucionalidad en lo que el denomina “derechos humanos laborales”, aun cuando reconoce una cierta resistencia a su incorporación, estimando que ello es fruto de la inspiración neoliberal que obstaculiza cualquier interpretación que sirva para consolidar los derechos humanos laborales. Para este autor, el bloque “está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina, lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos. Por lo demás, son frecuentes los fallos sobre infracciones a la respectiva Constitución, dictados por tribunales especializados de varios países, que invocan únicamente principios como fundamento de sus decisiones. Así la jurisprudencia constitucional Alemana, se ha basado en el Principio del Estado Social, para salvar la falta de disposiciones concreta en materia de derechos sociales en la Lex Fundamentalis de Bon, sin perjuicio de lo cual, debe tenerse presente que la aptitud reconocida a los tribunales, por las leyes o las prácticas, para extraer y aplicar tales principios, puede variar en la práctica de los

¹⁷² El Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y protección del derecho a sindicación, en D.O. de 12 de mayo de 1999, y El Convenio N° 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva, en D.O. de 12 de mayo de 1999, ambos en virtud del Decreto promulgatorio N° 277.

¹⁷³ Barbagelata, Héctor Hugo: “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales” en “Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2009, pp. 223-224.

distintos sistemas". Este autor uruguayo, explica que si bien los tratados internacionales están sometidos a un régimen de aprobación por los órganos legislativos correspondientes, no por ello dejan de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes e incluso se le reconoce super-legalidad, ya sea en forma expresa o porque ello emana de la naturaleza de la materia que aborda el tratado. Así, concluye el mencionado doctrinador que los derechos humanos laborales, que integrarían el bloque de constitucionalidad de cada Estado, tienen vocación de plenamente ejecutables y además de crear obligaciones a los Estados, pueden producir efectos y ser invocados en los conflictos entre particulares.

Aplicando esta corriente al derecho del trabajo, y a modo ejemplar se impregnarían de contenido jus-fundamental, los convenios de la O.I.T. y la Declaración de la O.I.T. sobre Principios y Derechos Fundamentales del año 1998¹⁷⁴. Ahora bien, en zona legal laboral, la disposición del artículo 5 del C.T., refiere que las facultades que la ley reconoce al empleador no pueden prevalecer respecto de los derechos constitucionales del trabajador, sin formular distingo alguno si se refiere al catálogo del artículo 19 de la CP, aun cuando la doctrina laboral así lo entiende¹⁷⁵. En este escenario es perfectamente admisible la ampliación de los derechos fundamentales a la noción de bloque de constitucionalidad, aún cuando ello solo sería un instrumento para el juez del trabajo al conocer de

¹⁷⁴ "En esa oportunidad se reconoció el valor jurídico al preámbulo de la Declaración, pero quedó aclarado que era conveniente que las cláusulas de carácter netamente dispositivo fueran colocadas en esa parte del instrumento". Barbagelata, Héctor Hugo: "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista" Ob. Cit., p. 162.

¹⁷⁵ José Ugarte: "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol XX, N° 2, Valdivia, diciembre 2007, p.63.

conflicto de derechos que no sean de aquellos mencionados en el Procedimiento de Tutela Laboral, por cuanto este procedimiento está diseñado para casos específicos. A manera sintética, el autor ve perfectamente viable la aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad al derecho del trabajo por cuanto ello materializa la vigencia de un estado democrático social de derecho, lo que claramente ya no puede tener un carácter aspiracional y ello da cuenta la sostenida demanda social en nuestro país y que las instituciones de gobierno tratan de responder conforme a nuestros recursos.



IV.- La doble regulación de los derechos fundamentales. Efectos y consecuencias en el derecho chileno.

Descrita la vinculación constitucional y legal de los derechos fundamentales de carácter laboral en los capítulos anteriores es necesario examinar los efectos de dicho modelo, como también las consecuencias que se producen en la operatoria del sistema jurídico nacional y, destacadamente, en la manera en como los jueces del trabajo resuelven casos relacionados con conflictos de derechos constitucionales y que se suscitan entre empleadores y trabajadores.

En opinión del autor, una manera de abordar las consecuencias de la fórmula descrita es, proporcionar un catálogo que sirva de orientación al operador jurídico al relacionarse con los conflictos constitucionales y legales laborales, advirtiendo que ello representa una postura no exenta de objeciones, pero justificadas en el afán de proporcionar una metodología segura que permita obtener soluciones coherentes con nuestro sistema jurídico y al mismo tiempo que concretan la prevalencia y eficacia de los derechos constitucionales en la relación entre patrono y trabajador .

Fijado el escenario anterior, veamos el catálogo:

1. La supremacía o prevalencia constitucional.

1.1. El carácter vinculante de los derechos fundamentales.

Al enfrentar cualquier tipo de derecho de doble regulación como por ejemplo, la libertad de opinión del artículo 19 N° 12 de la C.P., y la

hipótesis legal de práctica antisindical consistente en aquella conducta en que por cualquier medio se entorpezca o se impida la libertad de opinión de los miembros del sindicato, contemplada en el artículo 291 letra b) del C.T.; la primera regla es la prevalencia del texto constitucional. Ello en virtud del principio de que las normas constitucionales vinculan a todos los poderes públicos. En este sentido, Palomeque¹⁷⁶ señala que “reiterándose así, en este plano de la tutela de los derechos constitucionales, la norma general, y de más amplio alcance, ya contenida en el artículo 9.1 C.E., de acuerdo con la cual, los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico “(principio de constitucionalidad)”. Volviendo al ejemplo, la prevalencia de la regla constitucional y por ende el predominio de su contenido, resulta justificado plenamente por la ausencia de contenido o condiciones de aplicación de la regla del C.T., en otras palabras no existe posibilidad alguna de mediar el contenido de la norma fundamental. En esta línea, no cabe duda del carácter normativo¹⁷⁷ que detenta el derecho a la libertad de opinión, contemplado en el citado artículo 19 N° 12 de la C.P. produciéndose la vinculación directa de su contenido y por ende puede ser invocado por el trabajador que estima vulnerada su autonomía a expresar, por ejemplo sus opiniones políticas, religiosas o culturales al interior de su trabajo.

En síntesis, el primer paso que debe seguir el operador jurídico, es tener en cuenta la aludida prevalencia, de lo contrario, de observar el

¹⁷⁶ Palomeque, Manuel - Alvarez de la Rosa, Manuel, “ Derecho del Trabajo”, ob.cit., p. 139.

¹⁷⁷ Para el TC, esta libertad alude a que “ Su contenido comprende las declaraciones sobre hechos y las meras opiniones independientes de su fundamentación, alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas, pudiendo incluso ser causal de justificación de imputaciones por afectación a la honra y el honor. Sentencia del TC, de fecha 23 de septiembre de 2010, Rol N° 1463.

conflicto desde la perspectiva del ejemplo de la regla de la práctica antisindical ya citada, es perfectamente posible, que la solución que se postuló contrarie al diseño y contenido del derecho fundamental¹⁷⁸.

En todo caso, es útil distinguir si esta situación se produce en el marco de una acción constitucional, o una acción sometida al conocimiento del juez del trabajo, debiendo a su vez en esta opción, distinguirse si el procedimiento utilizado es el de tutela laboral (Capítulo II, libro V, párrafo 6 Procedimiento de Tutela Laboral C.T.) o el procedimiento de aplicación general (Capítulo II, párrafo 3º, libro V del C.T.), ya que en el primero y en el último la Corte o el Juez laboral en su caso están obligados a resolver la contienda como un caso de conflictos de derechos constitucionales, no así en el segundo, en que el tribunal goza de una mayor libertad para enfrentar la controversia, como por ejemplo si la restricción o vulneración de la libertad de opinión fuese parte de los hechos que exhibe el empleador como justificación a un despido por la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del C.T. En este sentido Pérez Royo¹⁷⁹, señala “La constitución es norma jurídica y no simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso lo que caracteriza a la constitución del siglo XX, frente a la Constitución del siglo XIX, son las garantías constitucionales, es decir las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, con base en lo cual

¹⁷⁸ A modo ejemplar se puede señalar sentencia de unificación de jurisprudencia, del Máximo Tribunal, de 22 de diciembre de 2011, Rol N° 829-2011, en la cual se resuelve que “la concurrencia de prácticas antisindicales está determinada por la presencia de un elemento subjetivo, cual es, el ánimo específico de provocar un resultado lesivo en el derecho a la actividad sindical, en cualquiera de sus manifestaciones”. El requisito de subjetividad se opone abiertamente al derecho fundamental de la libertad sindical en cuanto impone exigencias que dificultan el ejercicio de dicho derecho.

¹⁷⁹ Pérez Royo, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2012, p. 67 y sgtes.

se va a ir afirmando progresivamente el control de constitucionalidad de los actos del legislador”.

Adicionalmente al principio de la vinculación directa, la supremacía constitucional se hace ineludible al constatar la postulada “eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁸⁰, en cuanto las normas constitucionales pueden ser esgrimidas por las partes del contrato de trabajo como reglas directamente aplicables para resolver los conflictos que pueden suscitarse entre empresarios y trabajadores. En este aspecto, la relación de trabajo vincula a dos sujetos privados, que permite la prevalencia o poder de uno y la sujeción del otro a dicho poder. Este escenario hace propicia la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Así, Melis¹⁸¹ señala “la empresa – como expresión del poder privado – constituye un escenario poco amistoso para el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, y los modelos de gestión empresarial, apuntan hacia una mayor implicación y adhesión del trabajador a los objetivos de la empresa, aumentando considerablemente la autoridad directiva en el seno de las relaciones laborales. La lógica empresarial determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y de la maximización de los beneficios, puede convertirse en un serio y poderoso obstáculo en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos”. La situación de poder descrita por el autor antes mencionado, no era una realidad sin control por las reglas legales-laborales; pero claramente eran insuficientes para obtener el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales. En síntesis, la tesis de la eficacia horizontal, surgida hace medio siglo en Alemania, a

¹⁸⁰ Valdés Dal-Ré, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, ob.cit., p. 46 y sgtes.

¹⁸¹ Melis Valencia, Cristian. Ob. Cit., p. 39.

propósito de una sentencia de un tribunal federal del trabajo¹⁸² ha constituido un aporte valioso para la dogmática jurídica laboral chilena y que ha tenido entusiasta acogida en la judicatura laboral de nuestro país¹⁸³.

1.2. El test de constitucionalidad.

Se concluye así, que hoy en día no es posible acometer un conflicto que surja entre empresarios y trabajadores, sin realizar primero un examen o test de constitucionalidad de la controversia, y ello no significa peyorizar la normativa de rango legal contenido en el C.T., ya que ella mantienen su vigor y vigencia. Desde este punto de vista, el test de constitucionalidad no implica necesariamente que el conflicto deba calificarse como una controversia que tiene como supuesto el desconocimiento de algunos de los derechos mencionados en el capítulo III de este trabajo, ya que por ejemplo, si el empleador decide desvincular al trabajador o ejercer la facultad del *jus-variandi* contemplado en el artículo 12 del C.T.¹⁸⁴ bien puede que alguna de esas decisiones afecten directamente el derecho fundamental del trabajador, y por ende, se impone que el caso sea sometido al prisma constitucional, pero en otros, dada la escasa conexión de la lesión con derecho fundamental con el ejercicio de dicha facultad empresarial, se impone sin contrapeso el examen de carácter legal. En

¹⁸² El Tribunal Federal del Trabajo, en su decisión de 18 de enero de 1955, acogió el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, adoptando la posición que sostenía H. Nipperdey.

¹⁸³ A modo ejemplar, Sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2009, RIT N° T-33-2009.

¹⁸⁴ "El *jus variandi patronal* es una alteración continuativa, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo... De los caracteres aludidos la unilateralidad es la nota que adjudica atipicidad al *jus variandi*. En efecto, rompe las bases conceptuales de la idea de contrato para acordar poderes jurídicos innovadores, a una sola de las voluntades del consenso". Sarthou, Helios: "Trabajo, derecho y sociedad", tomo II, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2004, p. 38.

buenas cuentas debe descartarse una cierta tendencia a calificar como constitucional cualquier controversia que surja entre trabajadores y empleador. Si bien es cierto que en el caso del despido, el artículo 489 del C.T., ubicado en el procedimiento de tutela de derechos constitucionales, es la vía más propicia para extender sin límites la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, al menos el catálogo reducido que admite dicho procedimiento, en un buen instrumento para poner las cosas en su lugar. En este mismo aspecto, la judicatura del trabajo¹⁸⁵ no ha dudado en calificar como despido vulneratorio de derechos constitucionales, la decisión de poner término al trabajo por la causal de necesidades de la empresa, la cual encubría una conducta discriminatoria, caso que antes de la reforma procesal laboral, era muy difícil de calificar como vulneración de algún derecho constitucional, y ello se ve facilitado por el alivio o atenuación probatoria que contempla el artículo 493 del C.T., a favor del trabajador.

En el examen de constitucionalidad que se postula en este trabajo, es imprescindible establecer cuales son los derechos constitucionales del empresario o del trabajador que se encuentran en conflicto, ya que debe recordarse que estos derechos no pueden ser absolutos en cuanto cada uno de los ciudadanos son titulares de los mismos y por ende son sujetos de protección y tutela por el ordenamiento jurídico. Luego, la determinación de la posible afectación a la dignidad o al contenido esencial del derecho constitucional que se estima amagado, es el punto de partida

¹⁸⁵ En Sentencia del juez del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT N° T-2-2009, se resolvió que el despido de una docente por necesidades de la empresa encubría una conducta discriminatoria en razón de una edad avanzada de la trabajadora.

de este examen en cuanto se delimita el límite de los límites¹⁸⁶. Dicho lo anterior, el análisis que a continuación debe efectuarse es si las limitaciones o restricciones que afectan el derecho constitucional de que se trata, son justificadas por el ordenamiento jurídico (sea de orden legal o reglamentario) o son carentes de razonabilidad o, simplemente arbitrarias¹⁸⁷, pero en ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial del derecho fundamental.

En definitiva, el operador jurídico que deba relacionarse con estos derechos de doble regulación, debe ampliar su caja de herramientas para la resolución de casos laborales, ya que el simple conocimiento del orden regulatorio legal laboral, es notoriamente insuficiente, y, porque no decirlo, superado por el actual estado de la teoría de los derechos fundamentales laborales.

1.3.- La mediación legal de los derechos fundamentales.

Por otra parte, los comentarios precedentes no excluyen el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y laboral existen marcadamente dos fórmulas de reglamentar los derechos fundamentales laborales, y que han sido objeto de numerosas reflexiones en este trabajo.

¹⁸⁶ "Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica". Sentencia Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987. Rol N° 43.

¹⁸⁷ La *arbitrariedad* es un estándar utilizado por la justicia constitucional chilena para resolver las contiendas que se plantean para su conocimiento, sea la proveniente de los tribunales ordinarios, incluida la Corte Suprema, sea la proveniente del Tribunal Constitucional. A modo ejemplar "Para que una resolución tenga el carácter de errónea o de arbitraria en grado de injustificable, es necesario que además de ser contradictoria con la razón se haya decretado de manera irregular o caprichosa". Sentencia de Corte Suprema de 30 de octubre de 1987, RDJ, tomo 84, sección 5ª, pag.262.

Así, existe un catálogo reducido (fundamentalmente los llamados derechos fundamentales laborales, específicos) entre los que se encuentran la libertad de trabajo del artículo 19 N° 16 y la libertad sindical del artículo 19 N° 19 y 16; más la prohibición de discriminación laboral¹⁸⁸ del artículo 19 N° 16, todos de la C.P. (aunque esta última puede adscribirse a la categoría de inespecíficos). Esta trilogía de derechos constitucionales ha sido desarrollada en el C.T., creándose un estatuto de orden legal que en la práctica, hacía innecesario, (al menos en el caso de nuestro país) relacionarse con el estatuto constitucional. Sin embargo, dado el progreso de la tesis constitucionalista es frecuente encontrar en estos tres casos, mención a los derechos fundamentales en las sentencias de la judicatura laboral¹⁸⁹.

Respecto de los otros casos de derechos fundamentales laborales, esto es los inespecíficos que se refieren en el capítulo III, esto es, la dignidad humana, la vida e integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos y la libertad de emitir opinión; a los

¹⁸⁸ Para este autor la prohibición de discriminación laboral, esto es, la referida en el artículo 19 N° 16 de la Carta Política, es de carácter específica, en cuanto se ha desarrollado un modelo antidiscriminatorio a consecuencia de la relación de trabajo, y ella se ha desarrollado profusamente en el C.T. los últimos años, lo que se valida con algunas de las recientes reformas a la codificación, citándose la prohibición de discriminación salarial, y la proscripción del acoso sexual y acoso laboral más recientemente.

¹⁸⁹ Por ejemplo en el caso sobre discriminación por origen étnico, el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en sentencia de 19 de marzo de 2011, RIT N° T-403-2010, se sostuvo " Que, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, razón por la cual se acogerá la denuncia a este respecto, con prescindencia de cualquier proporcionalidad y justificación", citando el fallo una serie de textos constitucionales y normas internacionales sobre derechos humanos.

que se debe sumar los derechos provenientes del bloque de constitucionalidad, todos los cuales no encuentran un desarrollo legal en el ámbito laboral, por tanto no cabe duda que prima el contenido constitucional, con la particularidad que al aplicar la solución jufundamental, el conflicto tiene por causa las controversias entre las partes del vínculo laboral, asumiendo un amplio campo fáctico y que durante el tiempo irán configurando las orientaciones jurisprudenciales respecto de la operatoria de estos derechos. La prevalencia constitucional para los casos en que no existe mediación legal del derecho fundamental su puede validar al examinar varias sentencias dictadas por los tribunales del trabajo¹⁹⁰.

1.4.- Las antinomias entre la Constitución y la ley.

En la misma óptica de la prevalencia constitucional es necesario establecer si existe contradicción entre el texto constitucional que consagra el derecho fundamental y la regla de naturaleza legal¹⁹¹. Ello, porque la Constitución constituye un límite o método de control a la producción legislativa, por lo que de existir una antinomia en este sentido, la regla legal debe quedar sin aplicación, sea para el caso concreto que conoce el

¹⁹⁰ Sentencia Juzgado del Trabajo de Coronel, de 25 de enero de 2013, RIT N° T-1-2012. Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, de 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010; Sentencia segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2009, RIT N° T-33-2009.

¹⁹¹ "Ahora bien, ese legislador ya no dispone de un poder normativo ilimitado; el suyo es un poder vinculado a la Constitución. Y lo es por cuánto es ésta, la Constitución, la que prefigura el derecho, corresponde a la ley su configuración. Discernir cuáles son los márgenes de esa colaboración entre la ley y la Constitución equivale, precisamente, a interrogarse sobre el objeto de la mediación legislativa; en definitiva, sobre el alcance de la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales". Valdés Dal-Ré, Fernando. Ob. Cit., p. 59.

respectivo juez, o en los casos que el ordenamiento jurídico lo permite, derechamente se produce la derogación¹⁹².

El control de constitucionalidad se transforma también en un mecanismo de defensa frente a la desnaturalización legal del derecho del trabajo y en el caso de Chile, ello resulta claramente verificable en los casos de la libertad de trabajo, libertad sindical y prohibición de discriminación laboral, contemplada en los numerales 16 y 19 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. En relación al resto de los derechos constitucionales este control no se hace necesario ya que la ausencia de desarrollo legislativo permite aplicar sin más el contenido constitucional, como ya se dijo en comentarios anteriores de este trabajo. En Chile, el control de constitucionalidad de las disposiciones de rango legal puede ser ejercido en forma concentrada o difusa¹⁹³, en cuanto se contempla un tribunal especializado para resolver si una regla se ajusta o no a la Constitución; lo que no descarta que la judicatura común pueda resolver la prevalencia de una norma constitucional, aplicándola directamente. En sede laboral esto es muy nítido a la luz del nuevo procedimiento de tutela de derechos constitucionales numerosas veces mencionado en este trabajo, en el cual se le entrega competencia en forma expresa al juez del trabajo para resolver y pronunciarse respecto de casos de colisión de derechos constitucionales durante la vigencia del contrato de trabajo, y por ende

¹⁹² El control de constitucionalidad puede facultar al juez para no aplicar una regla dada su contradicción con la Norma Fundamental, pero no tiene el poder de derogarla. En el caso del control concentrado, diseñado en la C.P. Chilena, si se acoge un requerimiento de inconstitucionalidad, y el fallo se adopta por cierto quórum de los integrantes del Tribunal, la norma inconstitucional quedará derogada.

¹⁹³ El relación al control difuso de constitucionalidad por la judicatura laboral, esto no es discutido, dada la competencia entregada al juez del trabajo para conocer casos de vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Sobre esta materia, ver: Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad de la ley en las República de Chile". Ob. Cit., p. 389 y sgtes.

dicho juez podrá efectuar el examen de coherencia que debe existir entre la norma jusfundamental y la legislación del trabajo, optando en caso de contradicción por la aplicación directa de la Constitución. Esta fórmula ha enfrentado algunas críticas en la doctrina Chilena¹⁹⁴.

Hechas estas consideraciones es posible observar en la jurisprudencia nacional tanto del Tribunal Constitucional como de la judicatura del trabajo, algunos pronunciamientos respecto del control de Constitucionalidad. Así el T.C. chileno¹⁹⁵, ha expresado “que la Constitución Política de la República, en el N° 6 del inciso primero de su artículo 93, confiere a este tribunal constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulta contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso undécimo de la misma norma constitucional”. En este caso el tribunal se pronuncia respecto de la eventual constitucionalidad del inciso final del artículo 501 en relación con lo dispuesto en el precepto 478 letra b), ambos del C.T., por cuanto el primer precepto exime al juez del trabajo de incluir “una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes y el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación” (artículo 459 N° 3 y 4 del C.T.), lo que produjo la duda del juez del trabajo en cuanto si la regla impugnada contrariaba el mandato que emana del artículo 19 N° 3 de la

¹⁹⁴ Sobre este punto: Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. cit., p. 211 y sgtes; Ferrada, Juan- Walter, Rodolfo: “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento laboral”. Revista de Derecho, Valdivia, N° 24, 2011, p. 101 y sgtes.

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, 12 de noviembre de 2010, Rol N° 1514.

C.P., que consagra la exigencia que toda sentencia debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado - lo que implica que la sentencia debe contener la justificación y fundamentación indispensable para cumplir con el estándar de un proceso justo de naturaleza constitucional - a que tiene derecho todo litigante. El tribunal puntualiza que no existe la contradicción entre regla y la constitución, ya que la contradicción debe producirse en el caso concreto, cuestión que en el caso no se dio y por ende desestimó la inaplicabilidad.

En otro caso de contradicción entre un derecho fundamental y una regla de naturaleza laboral¹⁹⁶ el T.C. sostuvo que el artículo 26 bis del C.T. al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y espera que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, vulnera el derecho al descanso y por ende se afecta la libertad de trabajo y su protección, por lo que acoge el requerimiento y se declara la inaplicabilidad del precepto antes citado

Ahora en sede del trabajo, varios casos de aplicación directa de la Constitución se pueden apreciar en sentencias dictadas por jueces del trabajo en casos de tutela laboral tramitados conforme al procedimiento especializado del párrafo 6º del libro V del C.T.¹⁹⁷ Esto se repite más adelante.

¹⁹⁶Sentencia Tribunal Constitucional, de 26 de julio de 2011, Rol N° 1852-2010.

¹⁹⁷ La sentencia que se dicte en el procedimiento de Tutela Laboral, reglamentado en los artículos 485 y siguientes del C.T, impone como requisito "La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada". En este sentido, ver: Sentencia Juzgado del Trabajo La Serena, 10 de enero de 2013, RIT N° T-20-2012. Y Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010.

De esta forma, y a modo conclusivo, el examen del operador tendiente a determinar una probable contradicción entre una norma de rango legal laboral con una de naturaleza constitucional, deberá ser una ocupación normal al enfrentar este tipo de caos, y para ello, adicionalmente, reflexionamos si esa contradicción se hará valer en el juicio del trabajo respectivo o en su caso, iniciar un requerimiento para que se pronuncie el T.C. Ambas vías están disponibles en nuestro ordenamiento jurídico constitucional-laboral.

2.- La doble regulación y la vinculación con la teoría de las normas que distingue entre principios y reglas.

2.1. La influencia de Alexi y Dworkin.

Es claro que en nuestro país los derechos fundamentales laborales y su proyección en la legislación laboral ha traído como natural consecuencia una potente vinculación con la teoría de Robert Alexi que distingue las normas entre principios y reglas¹⁹⁸, la cual es el fruto del análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional Federal Alemán, como por ejemplo en el caso Lebach¹⁹⁹. Para el autor citado, la “distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho que pueden ser

¹⁹⁸Alexi, Robert: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, año 1993, pp. 86-87.

¹⁹⁹El caso “Lebach”, alude a una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el cual frente a un programa de televisión respecto de un caso de asesinato de una patrulla militar, uno de los sentenciados, acude a la protección constitucional por estimar que el programa vulnera sus derechos fundamentales, lo que se decide en su favor, acudiendo al método de ponderación. Citado por Alexi, Robert. Ob. cit., p. 96.

cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado²⁰⁰. Esta clasificación surge por la práctica del Tribunal Constitucional citado, en que en algunos casos sobre constitucionalidad concibe a los derechos fundamentales como principios, aun cuando ello es advertido por Alexi al desarrollar las objeciones en contra del concepto de principios²⁰¹.

Esta tesis se une a lo escrito por Dworkin²⁰² quien, desde el análisis de la jurisprudencia norteamericana explica que los jueces al resolver una contienda, se enfrentan a lo que él denomina los “casos difíciles”, esto es, que las reglas de derecho positivo no pueden ser aplicadas mediante el método de subsumir los hechos en la regla, para así obtener la solución jurídicamente correcta para el caso que deben sentenciar. La imposibilidad de subsumir tiene variadas causas y eso constituye “un caso difícil”, entre las que se encuentran la ausencia de una regla que pueda aplicarse a los hechos, o que exista más de una regla y es equivoco seleccionar alguna de ellas. Igualmente puede originarse un problema al establecer el sentido y alcance de una norma y, finalmente existir dudas acerca de la determinación de los hechos que deben servir a su vez de

²⁰⁰Alexi, Robert, Ob. Cit., páginas 86 y 87.

²⁰¹Ibídem, pág. 104.

²⁰²Dworkin, Ronald: “los Derechos en Serio”, Editorial Ariel S. A., año 1999 p. 147 y sgtes.

soporte para la selección de la norma aplicable. En todos estos casos las reglas, según Dworkin, son insuficientes para resolver y obtener la respuesta correcta. Desde este punto de vista la tesis de este autor es una frontal crítica al positivismo, aun cuando preciso es reconocer que ello no implica abrazarse a una posición jus-naturalista²⁰³. En opinión de dicho autor, donde los principios funcionan con el máximo de fuerza y poseen el mayor peso es en los casos difíciles, los cuales se presentan cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución. En la hipótesis, anterior, el juez –de acuerdo con esa teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. Desde esta perspectiva, naturalmente positivista, se supone, aparentemente, que una u otra de las partes, tenía un derecho pre-existente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente al caso que tenía entre manos. El argumento de Dworkin es que aún cuando ninguna norma establecida resuelva el caso es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, describir cuales son los derechos de las partes; caso en el cual el juez no ha creado un derecho que aplica retroactivamente, sino que decide en base a principios, los cuales operan de manera diversa a las normas (la expresión “norma” la usa como refiriéndose a una “regla”). En una expresión sintética formulada por Quintana Bravo²⁰⁴, se dice que los principios tienen que permitir una respuesta correcta en los casos en que las reglas no ofrecen una respuesta correcta. Así, según este autor, a “Alexy le interesa mostrar que la tesis de la única respuesta concreta depende de si

²⁰³Dworkin, Ronald. Ob. Cit., p. 65 y sgtes.

²⁰⁴ Quintana Bravo, Fernando: “Interpretación y argumentación jurídica”, Editorial Jurídica, año 2006, p. 311.

el discurso práctico, que es la perspectiva que asume, conduce efectivamente a una respuesta concreta para cada caso”.²⁰⁵

Las proposiciones antes expuestas no excluyen frondosas opiniones de la doctrina para explicar la tesis de Dworkin. Así, para Mikel Beltrán²⁰⁶, en la tesis de dicho autor no hay lugar para la creación del derecho por parte de los jueces, aún en el caso de hallarse estos ante un “caso difícil”, porque incluso con respecto a casos de esta índole el sistema establecido pese a su carencia explícita de resolución puede ser idóneamente interpretado, luego el sistema admite no sólo el derecho explícito, sino también un conjunto de principios fundamentales que son consistentes entre sí y también respecto de las reglas explícitas. En esta misma línea argumental, Lifante Vidal precisa que el juez dworkiniano se debe situar precisamente en la etapa postinterpretativa y su tarea consiste en resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico²⁰⁷. Es en este sentido en el que puede decirse que Dworkin adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Pero se trata del fenómeno jurídico visto no desde la perspectiva del legislador (como un conjunto de pautas que pretenden guiar la conducta de los ciudadanos), sino como el derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada para este caso, la única respuesta correcta. Los jueces deben descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no sólo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales aplicados en la historia institucional del Derecho en cuestión.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Beltrán, Mikel: “La noción de interpretación de Dworkin” en Revista Quadema de Pensament N°6, 1986, p. 57 y sgtes.

²⁰⁷ Lifante Vidal, Isabel: “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos”. Revista Jueces para la Democracia, N° 36, año 1999, p. 41 y sgtes.

Esta fórmula, que ha concitado el entusiasmo en nuestro país, requiere algunas reflexiones en cuanto a su aplicación a los casos laborales que se vinculan a vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. Así Dworkin indicaba que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Agrega, que la expresión principio la usa en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas, los cuales deben ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, los cuales deben distinguirse de las normas las cuales, tienen otras características.²⁰⁸ Se propone de esta forma un concepto de principio que se aparta de la definición clásica que se verá más adelante.

Para este autor, la distinción entre principios jurídicos y normas (reglas) jurídicas es una distinción lógica. En efecto, 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 se da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la solución. Además los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la

²⁰⁸Dworkin, Ronald, ob. Cit, p. 72.

dimensión del peso o importancia, y por ello cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esta decisión no puede haber una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que en otro será con frecuencia motivo de controversia. En el caso de las normas, estas no tienen la dimensión anterior, podemos decir que son o no son y, cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. Finalmente y a modo de concluir la complejidad del punto, la forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio y por ello, en muchos casos la distinción es difícil de hacer.

La distinción entre principios y reglas (normas en palabras de Dworkin) es una ocupación de la doctrina moderna. Así Atienza y Ruiz²⁰⁹ señalan, citando a Alexi²¹⁰, que la distinción entre principios y reglas es que los primeros son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En este escenario las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

²⁰⁹Atienza, Manuel - Ruiz Manero, Juan: "Sobre Principios y Reglas" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Nº 10, año 1991, p. 101 y sgtes.

²¹⁰Alexi, Robert: "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Nº 5, año 1988, pp. 143 y 144.

Atienza y Ruiz expresan²¹¹, que los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Así, en el caso de los principios existe una indeterminación tal, que ella no existe ni aún en forma genérica, lo que evidencia una diferencia radical, aun cuando se podría admitir casos de indeterminación en las reglas pero dentro de las propiedades que conforman el caso y que a su vez constituyen un conjunto cerrado.

Estas consideraciones se explican partiendo de la clasificación de principio en sentido estricto (en el sentido que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo o de una institución) y directrices o normas programáticas (normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines). Cabe precisar que esta clasificación no es la única y que los autores antes mencionados citan 8 acepciones de la expresión "principios", lo que hace concluir la frondosa proposición de definiciones que aporta la doctrina.

En relación a la clasificación de Principios y Reglas, Cianciardo²¹² señala que estas distinciones surgen de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido casi exclusivamente por proposiciones deónticas, dotadas de un supuesto de

²¹¹Atienza, Manuel - Ruiz, Juan. Ob. Cit., pp.101-120.

²¹²Cianciardo, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108, año 2003, p. 891 y sgtes.

hecho y una consecuencia jurídica, tal como lo había propuesto el positivismo dominante. Así, la práctica judicial mostraba que junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (a las que denominó reglas), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que llamó principios), de las que el positivismo no daba cuenta. Una potente corriente doctrinal²¹³ sugiere que la distinción estructural de las normas en Principios y Reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobretodo en el ámbito del derecho constitucional. De esta forma se constituye un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas jusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Naturalmente que establecer que es un principio y que es una regla es una operación que se realiza conforme a ciertos criterios. Así los principios y reglas son distintos en cuanto a su fuerza deóntica, el principio puede realizarse en mayor o menor medida (esto hizo decir a Alexi que los principios son “mandato de optimización”), es decir debe ser observado en la mayor medida posible, en cambio la regla ordena una conducta que no admite distintos niveles de cumplimiento, en otras palabras puede ser observada o no a secas, sin opciones. Por otro lado se aprecia más nítidamente la diferencia entre principio y regla en el momento de su aplicación. Cuando existen conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia entre una y otra y eso hace concluir la anulación de una de ellas. El conflicto entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo una cláusula de excepción, que elimina el conflicto, o bien declarando inválida al menos una de ellas (en esta hipótesis los criterios para excluir a una de las reglas

²¹³Donde destacan Sanchiz, Prieto; Dworkin, Ronald; Alexi, Robert; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan.

puede ser el criterio o principio de competencia o el de jerarquía). En cambio, en la colisión entre principios, el juez no juzga sobre la validez de uno u otro, en realidad no puede dejar de aplicar ninguno de los dos, por lo que su decisión discurrirá sobre la base de establecer una precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que dejó de aplicar, y en otras circunstancias, aplicará el principio que antes había postergado, luego no hay necesidad de declarar inválido alguno de los principios ni acudir a la cláusula de excepción. Como se puede advertir la aplicación de un principio para resolver una controversia reviste una gran flexibilidad para el operador.

Volviendo a la propuesta de estos conceptos, Alexi explica que al proponer que las normas están contenidas por principios y reglas, se expone un mecanismo teórico estructural que es la base de sustentación de los derechos fundamentales.²¹⁴ Esta distinción constituye el marco de una teoría normativa material de los derechos fundamentales. En opinión de este autor, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidas bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambas dicen lo que debe ser, ambas pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisividad y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, la distinción entre regla y principios es para esta tesis una distinción entre dos tipos de normas. Más adelante, señala que existirían dos tipos de normas jusfundamentales, principios y reglas. En tanto principios, tienen que ser concebidas las garantías y directamente estatuidas por las disposiciones jusfundamentales, las reglas surgen de la

²¹⁴Alexi, Robert, ob. Cit., p. 81 y sgtes.

determinación de condiciones de precedencia, como resultado de ponderaciones. Como en un modelo de este tipo las reglas dependen totalmente de los principios puede ser llamado “modelo puro de principios”.

2.2.- Los poderes empresariales como límite a los derechos fundamentales.

Las reflexiones antes descritas respecto del impacto que produjo la distinción en los Principios y Reglas, de los autores antes mencionados, en el caso de nuestro país, es fruto de la introducción de la modificación del artículo 5 del C.T., por medio de la Ley 19.759 del año 2001, en que se reafirma la titularidad de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa. Así se postula que estos derechos del trabajador enfrentan una realidad amenazante, la potencial limitación en su ejercicio, dada las potestades que el ordenamiento laboral le concede al empleador, y destacadamente dicho poder se expresa en el derecho constitucional de propiedad y de realizar libremente cualquier actividad económica consagrados en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Carta Fundamental, a lo que se une la subordinación, contemplada en la definición de contrato de trabajo contenida en el artículo 7 del C.T. y desde el punto de vista colectivo, la prohibición que dispone el artículo 306 del C.T., en cuanto no es susceptible de negociación aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma²¹⁵.

²¹⁵La limitación que se impone a los trabajadores en el sentido de excluir las materias relacionadas con la organización, administración y dirección de la empresa del ámbito de la negociación colectiva forma parte de la estructura jurídica del contrato de trabajo y patentiza la sumisión del trabajo al capital. Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro. Ob. Cit., p. 178.

El mandato del artículo 5 del C.T. no puede estimarse como un verdadero descubrimiento de la insuficiencia legislativa respecto de la eficacia de los derechos fundamentales laboral al interior de la empresa, ya que ello era objeto de una destacada jurisprudencia administrativa²¹⁶ que fue desarrollada también por la doctrina²¹⁷. La interesante convergencia entre la teoría anterior y la reforma del año 2001 al artículo 5 del C.T., junto con el desarrollo de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, es que para el caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador con los del empresario, en cuanto titulares sin prevalencia del uno respecto del otro; es que origina la necesidad de encontrar un método de resolución del conflicto, imponiéndose una fórmula disponible en el derecho constitucional, a lo menos desde mediados del siglo XX, esto es, el principio de ponderación o proporcionalidad²¹⁸. La ponderación excluye el método de subsumir propio de las reglas, y de ahí en adelante, la doctrina laboral²¹⁹ y la jurisprudencia sobre todo la que provenía de los casos de tutela laboral, acudieron sin reparos a la ponderación. Se consolida así en la práctica judicial laboral, la vinculación de la tesis de los principios y reglas a la

²¹⁶“La ciudadanía en la empresa en el derecho laboral chileno... Su desarrollo ha sido labor de una jurisprudencia administrativas tutelar, emanada de la Dirección del Trabajo”. Gamonal Contreras, Sergio: “Ciudadanía en la empresa”. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, p.25.

²¹⁷Como por ejemplo: Lizama, Luis - Ugarte, José: “Interpretación y derechos fundamentales en la empresa”, Editorial Conosur, Santiago, año 1988, p. 154 y sgtes.

²¹⁸“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado, de preferencia referido al caso concreto, un auxilio para resolver conflicto entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Prieto Sanchiz, Luis: “El juicio de ponderación constitucional” en Carbonell, Miguel (Editor): “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”. Quito, Ecuador, 2008, p. 99 y sgtes.

²¹⁹En este sentido ver: Gamonal, Sergio, “El procedimiento de tutela de derechos laborales”, Legal Publishing, Santiago, año 2010, p. 42.

solución de conflictos de derechos constitucionales que detenta, tanto el trabajador como el empleador.

Esto hace que, para este autor, una de las consecuencias respecto de la decisión de replicar derechos constitucionales es, precisamente, la incorporación de la distinción entre principios y reglas propuesta por Alexi, acudiéndose adicionalmente a los argumentos de Dworkin en cuanto a la imposibilidad de utilizar el método de subsumir - propio de las reglas - en las contiendas laborales que enfrenta al trabajador y al empresario en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

3.- La doble regulación y los problemas interpretativos originados en la concurrencia de fuentes.

3.1.- La elección del método interpretativo.

La interpretación de los derechos fundamentales, (incluyendo dentro de estos la distinción entre la dignidad, los derechos constitucionales referidos en el artículo 19 de la C.P., y el bloque de constitucionalidad) que se replican en la legislación laboral, hace surgir una interesante interrogante, esto es, como deben concurrir los métodos interpretativos de fuentes distintas sin desnaturalizar su contenido y aplicación. A modo ejemplar podemos ensayar la siguiente situación: El juez del trabajo, al conocer de una controversia respecto si se vulnera o no el derecho a la vida privada y honra del trabajador, el cual está recepcionado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental y replicado en el artículo 5 del C.T., sin que se efectúe la postulada mediación legislativa –sugiere de inmediato el problema de cual método interpretativo debe ocupar, la constitucional o la legal, solo la constitucional - y en ese caso que rol juega la interpretación legal. La respuesta no es fácil, y se complejiza aún más

si el derecho fundamental proviene del denominado bloque de constitucionalidad²²⁰, en cuyo caso, puede concurrir el método interpretativo de tratados internacionales sobre derechos humanos, originando adicionalmente, la discusión de la prevalencia normativa entre la Constitución y la fuente de derecho internacional²²¹.

El escenario anterior justifica analizar esta consecuencia lo que obliga a efectuar algunas precisiones sobre la interpretación en general, y conectándola en algunos casos a lo que ocurre en sede laboral.

Un interesante problema que debemos abordar, es si necesariamente deben interpretarse todas las normas o algunas son lo suficientemente claras, de tal modo que no ofrecen dificultad alguna en su aplicación. Sobre el punto existen dos tendencias: a) Una sostiene que las normas jurídicas claras no requieren ser interpretadas, sino únicamente deben

²²⁰ En relación a este problema se señala que “los principios y normas sobre derechos humanos fundamentales atinentes al trabajo y en general a las cuestiones sociales que integran el bloque de constitucionalidad, plantean algunos problemas especiales de interpretación, principalmente causados por su continuo crecimiento y la suma de disposiciones de fuente interna e internacional”. Barbagelata, Héctor Hugo: “Derecho del Trabajo”, tomo I, Fundación de cultura universitaria, Montevideo Uruguay, año 2002, p. 173.

²²¹ Sobre la materia, “No hay efectivamente un rigor respecto al contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Los instrumentos internacionales sobre el asunto son constantemente referidos y referenciados por los respectivos ordenamientos, desempeñando de esta manera, el importante y relevante papel de dibujar la forma y aproximar las expectativas de amplitud lo más próximo del campo de las realizaciones concretas, en que pese a las dificultades objetivas de cada país en la consecución del objeto cada vez más complejo y sofisticado de los Derechos Fundamentales”. Siqueira Neto, José: “Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales”. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo uruguay, año 2003, p.165; en una postura de prevalencia de la normativa internacional se encuentra Babace, señalando que “El derecho de los derechos humanos está contenido en normas supranacionales que se imponen a los estados...Se trata de jus cogens cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los estados de la comunidad internacional”, Babace, Héctor: “Ciudadanía social en el mercosur...”. Ob. Cit., p.253.

serlo las oscuras, para ser clarificadas mediante el proceso de interpretación. Esta tesis se sustenta en el aforismo expresado por Justiniano en el "Digesto" en cuanto "lo que es claro no se interpreta". Esta hipótesis puede encontrarse en el inciso primero del artículo 19 del C.C., en cuanto dispone "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"²²²; b) La otra propone que toda norma jurídica, para aplicarse debe ser interpretada. Para los que siguen esta tesis formulan como argumento los siguientes: b1) Para determinar si una norma es clara u oscura debe ser interpretada, ya que precisamente esa conclusión es fruto de un proceso interpretativo; b2) El lenguaje utilizado por las normas aluden a palabras que no tienen un significado preciso o unívoco, es más, la gran mayoría presenta problemas de ambigüedad. Un ejemplo puede esclarecer este punto. Así, la palabra "cabo", tiene varios significados, uno de ellos es un grado militar, otro, un trozo de cordel, o también puede aludir a una porción de territorio que se interna en el mar; b3) El ejemplo del artículo 19 del C.C. dado por la primera teoría, no es correcto, por cuanto éste no se refiere al tenor de la ley, sino a su sentido, expresando que cuando este sea claro, no debe desatenderse su tenor literal (es decir su letra) a pretexto de consultar su espíritu (su finalidad).

3.2.- La incertidumbre del método interpretativo.

La interpretación jurídica y en particular en el derecho del trabajo, es una materia arduamente discutida en la doctrina²²³, lo que será advertido en

²²² El texto aludido motiva una precisión, en cuanto lo que persigue el proceso interpretativo es establecer el sentido de la ley y no el de las palabras empleadas por la norma, aun cuando se debe reconocer que ese sentido se obtiene con las palabras utilizadas por el legislador, pero debe efectuarse la distinción.

²²³PláRodríguez expresa lo siguiente "No existe un sistema propio de interpretación del derecho del trabajo sino que cada fuente deberá ser interpretada según el método que – de acuerdo con la doctrina general del

esta investigación, pero se buscará establecer algunas bases para lograr una conclusión que esclarezca el que hacer por el operador que se enfrenta a este problema.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, interpretar es explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de los textos faltos de claridad²²⁴, lo que extendido a las disciplinas jurídicas ha hecho concluir que interpretar es determinar el sentido y alcance de una norma. Esta noción se ha impuesto sin un contrapeso en el ámbito jurídico y particularmente en el Derecho del Trabajo²²⁵. Sin embargo ésta tesis ha sido cuestionada y ello principalmente porque, la actividad del intérprete enfrenta una serie de problemas derivados no solo de identificar el sentido de una regla, sino que seleccionar cual es la regla que ha de resolver la situación y, adicionalmente, problemas de establecimientos de los hechos que servirán de base para la aplicación de la regla elegida. Como se advierte, estas situaciones dan cuenta de la estrecha conexión entre hechos, interpretación y norma aplicable. En todo caso, y a título de opinión conclusiva, los procesos de aplicación e interpretación no se refieren a operaciones distintas, ya que para seleccionar la norma ello

derecho – corresponde a esa fuente. Sin embargo, la observación no es totalmente acertada porque hay elementos que son comunes a todas esas fuentes”. Plá Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Ediciones Idea, Montevideo, año 2000, p. 179 y siguientes.

²²⁴ La real academia española, indica que interpretación es “acción y efecto de interpretar”, y esta última palabra significa “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente de un texto”. Este criterio goza de gran aceptación en nuestro país.

²²⁵Plá Rodríguez, la sindicó como “determinar el sentido que quiso darle a la regla de derecho”. Plá Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Ob. Cit., p. 179. En el ámbito legal de nuestro país, es decidir la terminología empleada por el DFL N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y previsión Social, al señalar que una de las facultades más relevantes de la Dirección del Trabajo, es “Artículo 1º, letra b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”.

requiere previamente la actividad interpretativa, en opinión de Kelsen, la aplicación de una norma, esto es, el tránsito desde la regla general al caso particular va acompañado de un proceso espiritual que es la interpretación y sobre ésta formula algunas precisiones²²⁶. No parece entenderlo así nuestro Máximo Tribunal, en cuanto indica que “la aplicación de la ley es una obligación de parte de los magistrados, por lo cual ignorar y no tenerla en consideración importa un ejercicio defectuoso de sus potestades. Es por lo anterior que en la situación de que se trata el recurso, es sólo una cuestión de aplicación de la ley, no de interpretación, puesto que ninguna duda existe en relación a lo ordenado por el legislador”²²⁷. Sin embargo, como ya se dijo, lo que debió ser objeto de reproche no es la aplicación sino derechamente la función interpretativa que no es compartida por nuestro más alto Tribunal de la República.

Para González, aludiendo a las posturas de Alf Ross, expresa que la interpretación debe acometer tres problemas: semánticos, sintácticos y lógicos. El primero se refiere a la ambigüedad de las palabras, las cuales pueden tener distintos ámbitos de referencia, el segundo alude a la

²²⁶ “Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál es la correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible”. Kelsen, Hans: “Teoría pura del derecho”, Editorial Eudeba, Buenos Aires. Año 2009, p. 131.

²²⁷ Sentencia Corte Suprema, 13 de agosto de 2013, recurso de Queja, Rol N° 2399-2013. Voto de prevención.

conexión de las palabras utilizadas por la norma, y el tercero, alude a los problemas de inconsistencias, redundancias y presuposiciones²²⁸.

En este escenario, es útil citar a Dworkin, en cuanto postula que el proceso de selección de una norma, que luego ha de interpretarse, supone que un sistema jurídico está compuesto de reglas que permiten resolver todos los casos de conflicto que se presenten, cuestión que para dicho autor es ilusoria, en cuanto existen muchas zonas del sistema que simplemente no están reguladas, es decir el derecho positivo enfrenta insuficiencias, en cuyo caso se deberá acudir a soluciones extraídas de principios, los cuales permiten encontrar soluciones que el sistema de reglas no lo posibilita y que adicionalmente impide la creación de una regla elaborada por la discreción del juez y que luego aplica retroactivamente. Para este autor, el positivismo postula que “el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada o por que las que aparecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón) entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. En esta hipótesis, el juez puede eludir su obligación de resolver el asunto, por lo que lo resolverá ejerciendo su discreción, creando una norma que luego la aplica al caso cuyo material práctico era anterior a la regla creada por el juez”. Esta es una situación que no resulta admisible para Principios democráticos de creación del orden normativo, por lo cual Dworkin propone que en los casos que se indicaron, y que él los ha precisado como “casos difíciles”, la solución es la aplicación de un principio que constituye un estándar que ha de ser observado no

²²⁸González, Gabriela- González, María de Lourdes: “El juez en el pensamiento de Rawls y Alf Ross”; en el mismo sentido Ross, Alf: “Sobre el derecho y la justicia” en Revista de Filosofía de la Universitat de Valecia, pág 14. Disponible www.uv.es/mariaj/textos/ross.pdf , (visita 30/septiembre/2013).

porque favorezca o asegure una situación económica política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad²²⁹.

El método del aludido doctrinador se encuentra estrechamente ligado a la interpretación, en cuanto postula que la norma seleccionada para resolver un caso, puede estar fuera de las reglas de derecho positivo, las cuales operan como un estándar. Así el derecho es una práctica social que se integra con un conjunto de reglas y, valores que las reglas pretenden desarrollar, las cuales nunca abarcaran el total de situaciones de conflictos, por ello la interpretación "busca averiguar cuál es el sentido de la práctica social... ese sentido viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos"²³⁰.

A modo de síntesis, y efectuadas las reflexiones precedentes, actualmente Guastini²³¹, refiere que existen tres teorías, las cuales denomina modernas o que se disputan que ha de entenderse como interpretar en el ámbito jurídico, esto es "cognitiva" que consiste en verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente la autoridad legislativa); Una segunda, que llama "escéptica, la que consiste en una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión, todo texto según esta tesis, puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los

²²⁹ Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio". Ob. cit., p. 65 y sgtes.

²³⁰ *Ibíd*em,

²³¹ Guastini, Riccardo: "Estudios sobre la interpretación jurídica". Traducida por Gascón, Mariana y Carbonell, Miguel. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1999, p. 13 y sgtes.

intérpretes; Finalmente, la tercera, que describe como “intermedia”, postula que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y a veces, una actividad de decisión discrecional. Esta teoría subraya la irreductible “textura abierta” (es decir la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales.

Las cuestiones antes planteadas respecto de la interpretación tienen especial relevancia en cuanto al entendimiento y aplicación de los derechos fundamentales y su recepción en el C.T., especialmente aquellos no mediados por el legislador laboral. Luego, fijar un método que permita asegurar el contenido y eficacia de dichos derechos, necesita hacerse cargo que la noción clásica de interpretación no es suficiente, y por otro lado que en el caso chileno, y sobre todo para el juez del trabajo que debe conocer de los conflictos de derechos constitucionales entre empresarios y trabajadores, resulta por ahora muy influyente la distinción entre principios y reglas, la cual como se dijo, requiere mayores reflexiones de la doctrina nacional. En este sentido en nuestro país, existen algunas advertencias respecto de la facilidad con que predomina la doctrina anterior en la judicatura actual²³². Por ejemplo, García Amado, expresa que Alexi no puede admitir que las cosas sean de tal manera, sino que tiene que retorcer la naturaleza de las normas y explicar en términos mucho más oscuros el razonar de los tribunales, pues, de no hacerlo así, tendríamos que desaparecer la diferencia entre reglas y principios y que

²³²Para Atria, “Ahora bien, es crucial notar que, vista así las cosas, la distinción entre reglas y principios supone una comprensión inaceptablemente tosca de las reglas. Dicha comprensión puede haber sido útil en 1967, cuando el paradigma era el positivismo hartiano de el Concepto de Derecho, pero hoy ya no es necesario detenerse aquí mucho”. Atria Lemaitre, Fernando: “Lo que importa sobre los principios”, en “Principios Jurídicos análisis y crítica”, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 69.

todas las normas de derechos fundamentales (y todas las del ordenamiento jurídico) tienen idéntica estructura básica: son enunciados normativos con un núcleo de significados y una zona de penumbra y rigen sin excepciones en lo referente al núcleo de significado y son interpretadas en su zona de penumbra; y dicha interpretación delimita con carácter general el alcance de la norma sin espacio para más ponderación que la simple valoración de las razones en pro de una u otra de las interpretaciones posibles”²³³. En este mismo sentido Atria señala “entender la razón por la cual el argumento de Dworkin fue tan influyente en entender por qué la misma distinción entre reglas y principios se ha consumado y hoy debe ser abandonada. En efecto, la idea de principios fue puesta en el centro de la discusión por ese artículo de Dworkin en 1967, pero cumplió su propósito de modo, que ya no tiene sentido seguir discutiendo en esos términos”²³⁴. En igual sentido, Eduardo Aldunate Lizana.²³⁵

3.3.- La interpretación constitucional.

Examinaremos los problemas que plantea la cuestión interpretativa en estudio respecto de los derechos fundamentales que se proyectan a la relación laboral. En primer término, es pacífico que nos enfrentamos a ciertos derechos de rango constitucional que amerita un método interpretativo, y que en nuestro país no se encuentra consensuado. En este punto Aldunate²³⁶ sostiene que “la interpretación de los preceptos sobre derechos fundamentales debe conciliar, para ser coherente, dos

²³³García Amado, Juan Antonio: “Principios y reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis parcial de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexi” en “Principios Jurídicos, análisis y crítica”, ob. Cit. Pág. 63.

²³⁴ Atria, Fernando: “Lo que importa sobre los principios”. ob. Cit., p. 65.

²³⁵ Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. Cit., p. 112.

²³⁶ Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. Cit., p. 108 y sgtes.

elementos básicos , una teoría de la constitución, con especial énfasis en el concepto y función de los derechos fundamentales dentro de ella, y una teoría general de la interpretación jurídica y de la interpretación constitucional en particular". Este autor enfatiza que actualmente debe abandonarse la idea de que interpretar es determinar el sentido de un término, sino que la actividad interpretativa pasa en algún momento, por una operación de asignación de sentido (significado) a los textos normativos. En sentido similar se pronuncia Bassa,²³⁷quién postula que la interpretación debe ser "suficientemente flexible para no perder su vigencia normativa, incorporando las transformaciones que ha experimentado de la realidad que regula...La interpretación constitucional es clave. La aplicación de todo método de interpretación constitucional se fundamenta en una teoría constitucional previa, muchas veces implícita, que resulta decisiva para el resultado de la interpretación. En efecto, la adopción de un determinado método no es una decisión neutra y avalorativa, sino que obedece a una finalidad determinada... Desde esta perspectiva, el originalismo utilizado por la doctrina constitucional chilena no es solo un método de interpretación sino que es un elemento de una teoría constitucional previa, subyacente a dicho método, que obedece a determinada concepción de la Carta en tanto norma jurídica, la Constitución como testamento".

Las opiniones anteriores están lejos de zanjar cuál es el método interpretativo que se debe utilizar al enfrentar los derechos

²³⁷ Bassa Mercado, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelski y Haberle" en Revista de Derechos Fundamentales, N°5, Universidad Viña del Mar, año 2011, pp. 39-40.

fundamentales. Nogueira²³⁸ afirma “el objeto de la interpretación constitucional es encontrar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar ese resultado de modo igualmente racional y controlable, creando de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de simple decisión por la decisión... que es un punto pacífico en materia de interpretación constitucional que los operadores pueden usar los diferentes métodos en forma combinada, sin que ninguno de ellos pueda ser eliminado ni absolutizado”.

En el plano comparado, Haberle, en una postura deliberativa y acorde con un estado constitucional, propone que “en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente, todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución. Hasta ahora la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menor *realiter*, un asunto de una sociedad cerrada, la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participan materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad”²³⁹

²³⁸Nogueira Alcalá, Humberto: “El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional” en Revista Ius et Praxis. Vol. 12. Nº 1, Talca, 2006, p. 95 y sgtes.

²³⁹ Haberle, Peter: “El estado constitucional “. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1993, p. 150 y siguientes.

Por lo anterior, y para efectos de proporcionar un camino relativamente seguro para el intérprete constitucional-laboral, creo útil acudir a una visión pedagógica del proceso interpretativo, la que en mi opinión es recogida con gran claridad por Zapata²⁴⁰, el que propone “ocho reglas de interpretación, que pueden servir de referencia a quién emprende la compleja tarea de encontrar el verdadero sentido de nuestro texto jurídico fundamental... Varios de los criterios que sugiero se vinculan con las reglas de interpretación de nuestro Código Civil; algunos han ido siendo formulados por la doctrina nacional y extranjera, y otros, en fin,

²⁴⁰Los criterios corresponden a los siguientes: *Primera Regla*: Las palabras de la Constitución, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo que resulte evidente que la Constitución las utiliza con significado distinto; *Segunda Regla*: Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; *Tercera Regla*: Para definir el sentido de un concepto, el intérprete podrá además, valerse de una definición legal calificada, de la opinión jurisprudencial autorizada y de los acuerdos expresos de la Comisión constituyente; *Cuarta Regla*: El sentido y alcance de una disposición, se fijará en atención al tenor de las palabras, guardándose la debida correspondencia y armonía con el contexto constitucional y considerando la finalidad del precepto; *Quinta Regla*: En la interpretación de un precepto podrá recurrirse, a título de elementos auxiliares, a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, a la jurisprudencia, a la opinión de la doctrina, a la historia constitucional y al Derecho Comparado. El valor que se le conceda en el caso concreto a cada uno de estos elementos de juicio, dependerá tanto de la autoridad y autenticidad intrínseca de la fuente, como del grado de correspondencia que exista entre la conclusión que deriva del examen de la fuente y la norma que se interpreta; *Sexta Regla*: No podrá interpretarse una disposición de modo que el resultado pugne con las Bases Fundamentales, afecte un derecho básico en su esencia o bien conduzca a la falta de solución efectiva de la cuestión; *Séptima Regla*: Los preceptos constitucionales que reconozcan derechos o establezcan garantías se interpretarán de la manera más amplia y plena posible, en tanto no se atente contra algún límite expreso, el derecho ajeno o el bien común, y, *Octava Regla*: Las normas constitucionales que regulan el establecimiento, organización, atribuciones y funcionamiento de los Poderes Públicos y las que limitan o restrinjan los derechos de las personas se interpretarán atendiendo al sentido estricto y expreso del precepto. Zapata Larraín, Patricio: “La interpretación constitucional”. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, N° 1, enero –abril, 1990, p. 168 y sgtes.

derivan de nuestra jurisprudencia. La originalidad de mi propuesta radica quizás, en haber recogido, ordenado y sistematizado estos diferentes principios de interpretación, dándole la forma de un canon". El orden y número de criterios propuesto por Zapata, permitirían obtener el verdadero significado de los textos sobre derechos fundamentales, resaltando que dicho autor formula algunas precisiones respecto del criterio originalista y finalista que también se postula como método hermenéutico constitucional.²⁴¹ En todo caso debe puntualizarse que más recientemente, Zapata ha defendido el método finalista al señalar que "Hay ciertos casos, sin embargo, en que la lectura finalista pone de relieve la existencia de una tensión mayor dentro del sistema constitucional. Son aquellas situaciones en que el tenor literal de un precepto aislado no admite ninguna lectura coherente o conciliable con las exigencias del resto del texto constitucional. ¿Qué hacer en estos casos? Mientras el literalista, apretando los dientes, se sentirá obligado a aplicar de todas maneras la norma disfuncional y el originalista irá presuroso a buscar en las actas de la Comisión Ortúzar alguna frase que le permita elegir, el finalista dirimirá la contradicción a favor de la integridad constitucional".²⁴² En esta misma línea, Guastini expresa que la interpretación constitucional debe ser evolutiva, esto es, que "al texto constitucional se le ha de atribuir un

²⁴¹ El método de interpretación constitucional "originalista", postula que la tarea del intérprete es descubrir la intención original del redactor de la norma constitucional. Es decir se busca reproducir la realidad en que el redactor crea la norma. Es una posición subjetiva, en cuanto el objetivo a lograr es el sentido pensado por el constituyente. A su vez, el método "finalista" propugna que el intérprete debe contextualizar la norma y ubicarla dentro del sistema constitucional, luego deberá establecer el papel o función que cumple el precepto dentro de dicho sistema. Así se logra descubrir la finalidad del precepto, y con esta finalidad se puede obtener el sentido auténtico del texto constitucional interpretado, independiente de la intención que tuvo o pudo tener el constituyente.

²⁴² Zapata Larraín, Patricio: "Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes." En "Anuario de Derecho Público". Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p.351.

significado diverso del histórico, diverso del que tenía en el momento de su creación, con la finalidad de adaptar el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales. Así, si cambian los valores socialmente difundidos, debe cambiar la interpretación de la misma”²⁴³

En concordancia a lo dicho por Zapata, y por la fuerza de las circunstancias, los métodos clásicos de interpretación de la ley son usualmente utilizados por el tribunal constitucional chileno. Así, el tribunal en sentencia de 9 de noviembre de 1981, Rol N° 5, señala que el método interpretativo aplicado a la Constitución debe realizarse conforme a los principios hermenéuticos de la ley. En fallo de 31 de enero de 1985, Rol N° 21, reconoce la aplicación del elemento gramatical por lo que el sentido puede obtenerse del tenor literal del precepto constitucional. En fin es perfectamente reconocible que el tribunal encargado del control de constitucionalidad acude sin mayores complejos a los métodos interpretativos concedidos en las reglas 19 al 24 del Código Civil, lo que no deja de sorprender dada la distinta jerarquía normativa de una y otra regla.

En este escenario, el intérprete debe tener en cuenta los criterios antes expuestos y que configuran al día de hoy, en el derecho chileno, que la interpretación constitucional está lejos de asentarse en un método relativamente consensuado, cuestión que se debe acometer para otorgar mayor protección y desarrollo a los preceptos jusfundamentales y en especial los que se proyectan a la relación de trabajo.

²⁴³Guastini, Riccardo: “Estudio sobre la interpretación jurídica”. Ob. Cit., p. 86.

3.4.- Interpretación y fuentes internacionales.

Adicionalmente, debe precisarse que el método de interpretación anterior difiere sustancialmente del método para desentrañar el contenido y alcance de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales. En esta materia respecto del bloque de constitucionalidad, Aldunate²⁴⁴ indica que “los derechos consagrados en tratados internacionales, por el contrario, representan una suerte de estándar que la comunidad internacional –o la de los respectivos Estados partes- acuerda imponer a los Estados, como obligaciones para los mismos, expresando de este modo no las particularidades de cada sistema, sino los elementos compartidos comunes, del ethos jurídico internacional imperante”. En esta línea debe necesariamente citarse la Convención de Viena sobre derecho de los tratados²⁴⁵, la cual contiene ciertas reglas interpretativas, que se ha admitido ampliarlas a los tratados de derechos humanos, como por ejemplo, que los tratados deben interpretarse de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que se atribuye a sus términos y al contexto de estos, y teniendo en cuenta los objetivos y propósitos al tratado, e incluso a los trabajos preparatorios. Este escenario no descarta el surgimiento de

²⁴⁴Eduardo Aldunate, Ob. Cit, p. 124.

²⁴⁵La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, fue adoptada en la ciudad de Viena, Austria, el 21 de marzo de 1986. Y en el Capítulo III, sobre observancia, aplicación e interpretación de los tratados, se expresa que los tratados deben ser cumplidos de buena fe. Asimismo, se indica que “un estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado”. Además se contiene reglas de interpretación, entre las que debe mencionarse, que el tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, y que en la interpretación debe incluirse su preámbulo y anexos, e incluso toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

una categoría propia de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos²⁴⁶.

Desde un punto de vista de la doctrina del trabajo, Barbagelata²⁴⁷ señala ciertos criterios a que debe ajustarse la interpretación del Bloque de Constitucionalidad referido al ámbito del trabajo. Así indica que estos pueden sistematizarse en los siguientes: a) El principio de complementariedad e interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, que implica un mandato para el intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos – en el caso, los atinentes a los derechos humanos laborales- cualquiera que sea su fuente, como un todo indisoluble; b) Primacía de la disposición más favorable a la persona humana el cual permite que en el proceso interpretativo de estos tratados debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; c) El principio de progresividad, el que se manifiesta en su número, su extensión, garantías, su reconocimiento internacional y creación de garantías supranacionales, en otras palabras, se debe lograr una aplicación evolutiva y expansiva de las normas que componen el bloque de constitucionalidad; y d) El principio de irreversibilidad, esto es, la imposibilidad jurídica de que se reduzca la protección ya acordada a los trabajadores por normas anteriores. Este viene a ser una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador que puede reputarse un principio del Derecho del

²⁴⁶“Se sostiene que los tratados de derechos humanos son un tipo especial de tratados internacionales, no son tratados multilaterales concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos inspirado en el beneficio mutuo de los Estados contratantes, su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente al propio Estado de cada individuo como frente a los demás”. Babace, Héctor: “La ciudadanía social del mercosur...”, Ob. Cit, p. 254.

²⁴⁷Barbagelata, Héctor Hugo “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales”, ob. Cit., p. 240 y siguientes.

Trabajo. Este principio en nuestro país correspondería a la versión de la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa, que forma parte del principio protector²⁴⁸.

Efectuada estas consideraciones, debe recordarse que el Bloque de Constitucionalidad también se integra por los principios implícitos y normas de jus-cogens, lo que naturalmente plantea interrogantes respecto de su significado, lo que en todo caso excede las posibilidades de este trabajo, pero es útil dejarlo en claro, a fin de abordar estos problemas dado el progreso e influencia que va ejerciendo estas normas en los derechos internos de cada país.

3.7.- El método interpretativo de la ley laboral.

En el caso de la interpretación legal laboral de estos derechos fundamentales o los que provienen del bloque de constitucionalidad, la interpretación reviste algunas particularidades.

A modo inicial se debe enfatizar la vigencia y vinculación del método interpretativo contenido en los artículos 19 al 24 del Código Civil, esto es, el gramatical, histórico, lógico y sistemático. En general, la interpretación de la ley laboral admite sin obstáculos la aplicación de los criterios antes enunciados y a veces se ha postulado la prevalencia del método gramatical, pero tal prevalencia no es correcta²⁴⁹, debiendo utilizarse los cuatro elementos de lo contrario no se cumple con dicho método legal. En

²⁴⁸“La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se aplica”. Plá Rodríguez, Américo: “Los principios del derecho del trabajo”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, año 1998, p. 108.

²⁴⁹ Ducci Claro, Carlos: “La interpretación judicial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 92 y 93.

todo caso, la existencia de un método interpretativo legal laboral fue arduamente debatido, imponiéndose una negativa y ello se ve reflejado en el C.T., el cual no contiene reglas sobre la interpretación de la ley laboral²⁵⁰. En efecto, la posibilidad de incorporar reglas interpretativas fue objeto de algún debate, y es así como en el proceso de discusión de la Ley N° 19.250²⁵¹, en Sesión Ordinaria del Senado, se abordó la necesidad y conveniencia de aprobar un inciso final incluido en el artículo 2 del C.T., el cual tenía el siguiente contenido “la legislación del trabajo y las normas laborales de origen contractual o emanadas de fallos arbitrales, en caso de ambigüedad o duda se interpretarán del modo que resulte más favorable al trabajador”. El debate fue arduo y es posible resumir algunas afirmaciones de los senadores de la época²⁵². En sentido contrario a incluir el texto, el senador Sergio Diez señala que incluir una favorable norma que otorga una interpretación a una de las partes del contrato, implica desconocer la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que se le concede a todos los ciudadanos. Agrega, que se introducen principios ajenos a los de interpretación que se contienen en el C.C. y que por lo demás el artículo 24 de dicho cuerpo legal civil, resguarda a los trabajadores en cuanto expresa que los pasajes oscuros o contradictorios de la ley se interpretarán del modo más conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Finalmente precisa que el texto propuesto en el C.T. se contradice y deja sin aplicación otras reglas de interpretación, como el sentido obvio de las

²⁵⁰El C.T. de nuestro país no contiene reglas interpretativas aplicables a la legislación laboral, lo que ha llevado a la aplicación de las normas 19 al 24 del C.C., dado el carácter supletorio, con fundamento en el artículo 4 del texto legal antes citado.

²⁵¹D.O. de 30 de Septiembre de 1993.

²⁵²Discusión del proyecto de ley en Sesión Ordinaria del Senado, respecto de las reformas que debían introducirse en el C.T. una vez restablecida la democracia en nuestro país, con el primer parlamento elegido en el año 1990.

palabras y la historia fidedigna de la ley, proponiendo incluso que la modificación sería inconstitucional.

En sentido opuesto, el senador Hernán Vodanovic sostuvo que la modificación consagra uno de los principios generales del derecho laboral, el cual se encuentra indisolublemente ligado a la necesidad de corregir en el plano jurídico, la desigualdad de hecho que existe entre empresarios y trabajadores. Tampoco existe una vulneración al principio de igualdad ante la ley, ya que lo prohibido por la Constitución, es la discriminación arbitraria, lo que no sería el caso. Finalmente precisa, que la regla interpretativa que se pretende introducir en el artículo 2 del C.T., no sustituye las normas del C.C., sino que constituye un criterio auxiliar, complementario y así se haría constar en la historia de la ley.

Finalmente el texto fue rechazado por lo que no existe regla interpretativa vigente en el C.T.

Efectuadas las reflexiones anteriores, es útil destacar que pese a la negativa a incluir una regla interpretativa que imponga el criterio más favorable para el trabajador, la doctrina y jurisprudencia laboral ha aceptado la función interpretativa de la regla "in dubio pro operario"²⁵³. En la jurisprudencia del trabajo, son numerosas las sentencias que acuden a principios del derecho del trabajo en su función interpretativa²⁵⁴ aún cuando se debe reconocer que muchas veces, la judicatura menciona el principio como fórmula general sin mayor desarrollo que justifique el rol

²⁵³ Es el criterio según el cual en caso que una norma se pueda entender de varias maneras se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador". Plá Rodríguez, Américo: "Los principios del derecho del trabajo" Ob. Cit., pp. 83-84.

²⁵⁴A modo ejemplar, en un juicio de despido, se admite la función interpretativa del principio de la primacía de la realidad en fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de marzo de 2011, Rol N° 2.474-2010.

interpretativo²⁵⁵ . Sobre este punto, Pla Rodríguez²⁵⁶, señala que en cuanto a los principios en la interpretación de las normas laborales, debe accederse a los llamados principios jurídicos del derecho del trabajo, esto es, el principio protector, la irrenunciabilidad de los derechos, continuidad, la primacía de la realidad, la razonabilidad y la buena-fe, a lo que deben agregarse las reglas, "in dubio pro-operario, la norma más favorable y el de la condición más beneficiosa. Así, se reafirma la función interpretativa que estos principios cumplen en la disciplina laboral.

Para Palomeque, las normas jurídicas son desde luego, vinculantes, pero raras veces claras, y además existen lagunas o insuficiencias normativas. De ahí que la aplicación del derecho compara dos operaciones lógicas, una referida a la determinación de la norma o normas que pueden dar respuesta al problema planteado (indagación de la norma aplicable) y otra, la que se emprende para dar sentido a las normas en presencia. La interpretación destinada a encontrar una solución jurídica ha de ser, sin duda, motivada y argumental²⁵⁷. Las expresiones del gran jurista español permiten demostrar la ausencia de una teoría interpretativa de estos derechos fundamentales de proyección legal, por cuanto confunde la aplicación e interpretación como cuestiones separadas, y claramente se adscribe a una visión clásica de la interpretación, aunque debe reconocerse como se demostró con la sentencia de nuestro Máximo

²⁵⁵ En sentencia Corte Suprema, 13 de marzo de 2012, Rol N° 6.682-2011, se alude al carácter tutelar y el principio de irrenunciabilidad de los derechos recogidos por el C.T., sin explicar su contenido. En igual sentido, Sentencia de Corte Suprema, de 23 de febrero de 2012, Rol N° 1.151-2012, se refiere al principio de la primacía de la realidad y el principio pro-operario sin explicitar su alcance.

²⁵⁶Pla Rodríguez, Américo: "Curso de Derecho Laboral", Tomo 1, Volumen 1: "Introducción al derecho del Trabajo", Edición Idea, Montevideo-Uruguay, año 2000, pp. 179 y 180.

²⁵⁷Palomeque, Manuel - Alvarez De La Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", Ob. Cit., p.307.

Tribunal, que ello sigue siendo utilizado por nuestros tribunales del trabajo o los tribunales superiores cuando conocen de los conflictos sobre derechos de doble regulación, constitucional y legal.

Como corolario de lo antes expuesto es útil señalar que la interpretación en sede laboral, en coherencia con su noción clásica, se ha ocupado de algunos problemas que resultan de dicha actividad, esto es, la retroactividad o irretroactividad de la interpretación auténtica, la calificación de una ley si es o no interpretativa, la existencia de órganos especializados que tienen función interpretativa y casos específicos de interpretación auténtica, fundamentalmente justificada por la permanente producción legislativa en materias del trabajo.

En primer término se ha planteado una interesante discusión, acerca si la ley interpretativa posee o no, efectos retroactivos. Para la tesis mayoritaria, la ley interpretativa no posee efecto retroactivo. No se trata de una nueva norma y solo busca el entendimiento de la ley original, pero lo cierto es que esto es una pura ficción, y en los hechos se está aplicando un texto a una época precedente a su dictación, aun cuando limitado a determinar el sentido y alcance de una regla pretérita. Por lo anterior, para la tesis minoritaria la ley interpretativa es retroactiva y ello conlleva su natural rechazo por cuanto pudiere encubrir la aplicación de reglas del juego distintas a las que existían durante la ley que se interpreta.

Igualmente es útil tener presente que muchas veces no es fácil calificar una ley como norma interpretativa, por cuanto aunque se indique en el texto que sí lo es, al examinar el contenido puede concluir que es una ley distinta y que no busca interpretar sino regular situaciones

nuevas. Este problema se resolverá mediante un proceso de calificación de la misma, por mucho que se la nomine como ley interpretativa. Esta calificación es fundamental para establecer la vigencia del nuevo texto, por cuanto si se concluye que es interpretativa, ella regirá desde la regla interpretada. De lo contrario y si nada dice el texto, se estará a las reglas del artículo 8 del C.C., esto es, que rige desde la publicación en el diario oficial. Sobre este punto el Máximo Tribunal ha emitido algunos pronunciamientos en cuanto a calificar una ley como interpretativa.²⁵⁸

En cuanto a la interpretación auténtica, esto es, la fórmula disponible por el legislador, se pueden encontrar algunos casos de leyes interpretativas laborales.²⁵⁹

²⁵⁸ Sentencia R.D.J. tomo 47, sección 1ª, pág. 215; Sentencia R.D.J. tomo 56, sección 1º, pág. 262. Sentencia RDJ tomo 61 sección 1ª pág. 429; Sentencia RDJ tomo 67 sección 1ª pág. 46.

²⁵⁹ Así, la Ley 19.945 de 25 de mayo de 2004, interpreta el artículo 1º del C.T. y señaló: “declárese interpretado el inciso cuarto del artículo 1º del C.T. en el siguiente sentido: El inciso cuarto del artículo 1º del C.T. en cuanto señala “que los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías archiveros o conservadores se regirán por las normas de éste Código”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que la totalidad del estatuto laboral, en todas sus manifestaciones y expresiones, que emana del Código del Trabajo y leyes complementarias, resulte aplicable a los trabajadores que laboran en los oficios de notarías, archivadores o conservadores”. Este texto pretendía dilucidar si los trabajadores de estos órganos regulados en el C.O.T., podían o no invocar el principio de la continuidad, o ejercer derechos de naturaleza colectiva, como por ejemplo constituir sindicato. Otro ejemplo de interpretación auténtica, lo constituye la ley 20.194 de 7 de julio de 2007, que interpreta el inciso tercero del artículo 162 del Código del Trabajo, precisando su sentido y alcance al disponer “declárese interpretado el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo en cuanto señala que “Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador comunica al trabajador que ha

En relación a la interpretación judicial. Esta es realizada por el juez, quien realiza el proceso interpretativo aplicando los criterios señalados al inicio de este capítulo. La interpretación judicial se plasma principalmente en la sentencia, aun cuando es perfectamente procedente que la actividad interpretativa se realice desde la primera resolución que se dicte en el juicio del trabajo, como ocurriría por ejemplo si el juez debe declarar o no la caducidad de una acción propuesta en una demanda, dando cumplimiento al artículo 447 inciso segundo del C.T. La interpretación judicial no vincula al juez para interpretar de la misma forma como lo hizo en un caso anterior por aplicación del principio contenido en el artículo 3° del C.C., en cuanto éste dispone que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” conocido como el efecto relativo de las sentencias judiciales, salvo el caso de algunas sentencias que producen un efecto absoluto y vinculante como ocurre con aquella que declara que un hijo tiene la condición de tal respecto de un cierto padre. Sin embargo, lo normal será que el juez mantenga su tesis interpretativa, salvo la natural influencia que ejerce la doctrina y jurisprudencia.

Destacadamente, el derecho del trabajo nacional otorga gran valor al precedente judicial, lo que se ve confirmado de manera reciente por la introducción del llamado recurso de unificación de jurisprudencia, regulado en los artículos 483 y siguientes del C.T. Este recurso procede “cuando

pagado las cotizaciones morosas , con las formalidades indicadas en el inciso sexto de dicha disposición legal, sin perjuicio del plazo de prescripción señalado en el inciso tercero del artículo 480 del mismo Código (actualmente el precepto corresponde al 510 del C.T.), el que sólo se considerará para los efectos de la interposición de la demanda” . Como se puede concluir, hoy por hoy, la sanción de la ineficacia del despido por no pago de cotizaciones previsionales, no tiene límite y debe aplicarse por la judicatura laboral sin restricciones.

respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales Superiores de Justicia". Lo anterior no significa que los problemas de interpretación del derecho del trabajo son todos conocidos por el Máximo Tribunal, por cuanto los Juzgados del Trabajo y las Cortes de Apelaciones en forma permanente realizan dicha actividad jurisdiccional; pero destacamos la función uniformadora de la interpretación laboral que el nuevo juicio oral del trabajo entrega a la Corte Suprema.²⁶⁰

²⁶⁰ A modo ejemplar es útil citar algunas sentencias que se pronuncian sobre materias controvertidas, que han sido objetos de distintas posiciones interpretativas, a) Sentencia de Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, dictada el 16 de junio de 2011, Rol 10120-2010, en que se resuelve si es aplicable la sanción de la nulidad del despido en los casos en que la relación laboral se establece en la sentencia respectiva. El máximo tribunal señaló "que ha sido la sentencia definitiva la que en mérito de la prueba rendida en el proceso, tuvo por establecido que la vinculación habida entre las partes que de naturaleza laboral. En consecuencia no es posible concluir que el demandado incumpliera la obligación prevista en el inciso quinto del artículo 162 del C.T. y, consecuentemente aplicarle la sanción del inciso séptimo de la misma norma legal, porque no ha efectuado retención de suma alguna por este concepto, sin perjuicio que deba enterar las cotizaciones previsionales por todo el período que duró el vínculo contractual". b) Sentencia de Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, dictada el 14 de julio de 2009, Rol N° 2886-2009, en que la Corte se pronuncia si es o no aplicable a los contratos de trabajo suscritos en el marco de una prestación de servicios de agenciamiento de naves, (vínculo civil entre el empleador y un tercero), la causal de terminación del contrato contemplado en el artículo 159 N° 5 del C. T. esto es, la conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato. El máximo tribunal, al respecto dictaminó "la tendencia en nuestra legislación laboral es la estabilidad en el empleo, la que se traduce, entre otras manifestaciones en la regulación de contratos de trabajo de naturaleza indefinida, convención ingénita a dicho sistema de estabilidad y que presupone la permanencia en la vinculación a celebrarse entre empleador y trabajador, excluyendo naturalmente la temporalidad en la prestación de los servicios. Tales contratos, en su finalización, deben circunscribirse a las causales preestablecida por el legislador, las cuales recogen, en general, situaciones excepcionales y que deben acreditarse fehacientemente por quien las invoca, incluso tratándose de las necesidades de la empresa, establecidas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Indudablemente, la interpretación armónica consecencial es la improcedencia de la causal prevista en el artículo 159 N° 5 del Código del

Se concluye de esta manera la improcedencia de calificar como contratación temporal una de naturaleza indefinida.

3.8.- La actividad interpretativa de la Administración.

La interpretación administrativa se contiene en las resoluciones y dictámenes de algunos Órganos de la Administración del Estado que poseen facultades interpretativas en materia laboral, entre las cuales se debe citar destacadamente la Dirección del Trabajo, a través de los llamados "Dictámenes"²⁶¹. Si bien la interpretación administrativa es ejercida por otras instituciones como la Contraloría General de la República o la Superintendencia de Seguridad Social, o incluso el Servicio de Salud en cuanto actúa en el ámbito de la higiene y seguridad en el trabajo; es la Dirección del Trabajo, sin duda alguna, la que realiza la más prolífica y trascendente tarea interpretativa administrativa laboral.

Trabajo, en relación con los contratos de naturaleza indefinida, por cuanto la esencia de éstos excluye el elemento temporal en la prestación de los servicios como antecedente a considerar para su legítima y válida terminación, el empleador asume el denominado "riesgo de la empresa", es decir, el empresario, al crear una organización de medios personales, materiales o inmateriales, con finalidades de diversa índole, genera también ciertas contingencias, de las cuales resulta responsable en determinadas condiciones, en consecuencia, en caso de término de la relación laboral, son de su cargo las indemnizaciones pertinentes cuando ellas correspondan".

²⁶¹"El Dictamen es un acto administrativo de efecto general... y estos son aquellos cuyos efectos involucran un número amplio e indeterminado de personas...Pero el contenido del Dictamen es normativo pues fija el sentido y alcance de las leyes del trabajo. Desde este ángulo hemos de ver en el Dictamen una fuente de derecho, de origen estatal, en tanto emana de un organismo que integra la administración del estado, de gran importancia frente a un derecho en permanente cambio y mutación en donde los principios doctrinales y los emanados de esta jurisprudencia administrativa lo enriquecen". Novoa Fuenzalida, Patricio: "La fiscalización administrativa de la legislación laboral y la Dirección del Trabajo", en "Estudios en homenaje al profesor William Thayer", Publicación de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, año 1998, pp. 197-198.

La interpretación administrativa que corresponde a la Dirección del Trabajo tiene sus fundamentos en el artículo 505 del C.T. y los artículos 1 y 5 del D.F.L. N° 2 de 1967, y ella presenta como característica, el que es vinculante para la Dirección; no obliga a los tribunales y tiene un carácter científico, en cuanto la interpretación se mantiene mientras no se advierte en un nuevo dictamen que la interpretación sostenida se sustituye por la contenida en un nuevo Dictamen. La actividad interpretativa goza de gran prestigio en la doctrina y jurisprudencia judicial, y normalmente se emiten muy cercanamente a la publicación de leyes laborales.²⁶² La

²⁶² A modo ejemplar, se pueden citar dos dictámenes sobre problemas interpretativos de la ley laboral: a) Dictamen contenido en Ordinario N° 1133/36 de 2005, sobre el sentido y alcance de la ley 20.005, dictado con fecha 21 de marzo de 2006. Este dictamen se pronuncia casi inmediatamente después de publicada la ley y se refiere al entendimiento de diversas normas que modificó o introdujo la ley 20005 de 18 de marzo de 2006 en el C. T. Así, la interpretación administrativa señala que “ la represión del acoso sexual tiene su fundamento en el respeto y promoción de los derechos fundamentales de la persona afectada en el trabajo”, más adelante precisa que “el acoso sexual corresponde en lo fundamental a una conducta ilícita que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador afectado tales como la integridad física y psíquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos derivados de la dignidad de la persona, cuestión, por lo demás, expresamente protegido en la nueva redacción del artículo 2 del C.T. al señalar que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad humana”; b) Dictamen contenido en el Ordinario N° 2763/049 de 08 de julio de 2011, que fija el sentido y alcance del inciso 3° del artículo 4° del Código del Trabajo agregado por el artículo único de la ley 20510. Este dictamen resuelve el problema que sugiere la dictación de la Ley 20.510 de 28 de abril de 2011, cuyo artículo único agregó un nuevo inciso final al artículo 4° del C.T., en relación a la continuidad de la relación laboral de los dependientes de notarías, archiveros o conservadores, ante el cambio del dominio, posesión o mera tenencia del respectivo oficio. Por lo anterior la Dirección estimó necesario fijar el sentido y alcance de la norma legal actualmente vigente. El pronunciamiento administrativo agrega, “en síntesis, que el nuevo dueño debe, en virtud del mandato contenido en las disposiciones anteriormente citadas, no tan sólo mantener las relaciones laborales existentes con el antiguo dueño y las condiciones de trabajo y de remuneraciones con él convenidas, sino también asumir el pago de las diversas prestaciones que aquél hubiere quedado adeudando a los dependientes por cualquier concepto. La conclusión anteriormente enunciada, debe entenderse sin perjuicio de a facultad

interpretación administrativa emanada de la Dirección del Trabajo posee dos características cuya ausencia es notable en su homóloga judicial, esto es, que la doctrina que se consagra no cambia hasta que el propio intérprete fundamenta el cambio de opinión, y en segundo lugar, el carácter vinculante para el propio órgano que la realiza. De esta forma se asegura su carácter científico. Se debe puntualizar que ella no obliga a los particulares, pero si el Dictamen es requerido por algún particular, bien pudiere esgrimirse en su contra el acto propio, en cuanto el contenido del Dictamen no le fuere favorable.

3.10.- A modo conclusivo, y dada la dispersión metodológica respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, y particularmente en el caso de los derechos de doble regulación, no mediados por el legislador, se hace aconsejable, que el proceso intelectual del intérprete, en virtud del cual le asigna un significado al texto que analiza, tenga en cuenta los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional Chileno, destacándose el método finalista, lo que no implica descartar totalmente el originalismo, por cuanto su gran falencia, sin duda alguna, está vinculada al origen no democrático de la Constitución de 1980.

que asiste al nuevo titular, en conformidad a las normas del derecho común, de ejercer las acciones judiciales que correspondan en contra del empleador anterior para los efectos de obtener el reembolso de lo que haya debido pagar”.

V.- La interpretación de los derechos de doble regulación, constitucional y legal.

1.- La colisión de métodos.

Habiendo descrito las consecuencias más relevantes de la doble regulación de los derechos fundamentales tanto en la Constitución como en la ley, en este caso, en el C.T., el análisis se centrará ahora a proponer un esquema teórico que permita abordar los problemas interpretativos que necesariamente surgen al converger la norma constitucional y legal, incluyendo en la primera, tanto la dignidad, el catálogo de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 de la C.P. aunque reducidos a los casos mencionados en el capítulo III de este trabajo, como también los derechos provenientes del bloque de constitucionalidad. En todo caso debe precisarse y como ya se dijo en el capítulo precedente, que los derechos fundamentales admiten una metodología interpretativa según sea si provienen de los derechos constitucionales positivizados en la Constitución o si provienen de tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La importancia de este análisis se puede validar con el Derecho Fundamental a la Libertad Sindical²⁶³, recepcionado en el artículo 19 N° 19 y 16 de la C.P. (esto es entendiéndole en una forma orgánica y funcional,

²⁶³La doctrina laboral no es concordante en calificar la Libertad Sindical como derecho humano, o derecho económico social, lo cual puede influir en su grado de realización en cada comunidad nacional. En relación a este punto se ha sostenido" Se arguye que los derechos económicos y sociales adolecen de inespecificidad jurídica. Al demandar la acción interventora del Estado y no sólo la abstención para respetar la libertad individual que constituye una prestación específica, verificable y sancionable, los derechos económicos y sociales serían en extremo genéricos, universales y por ende, jurídicamente inespecíficos, sin acción concreta para exigir su cumplimiento ni contraparte determinada obligada a ello". López, Diego: "El derecho del trabajo: su crítica y su revitalización." en "Derechos Fundamentales. Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida", Ob. Cit., p. 149.

abarcando la constitución del sindicato, la negociación colectiva y la huelga), derecho que bien puede ser calificado como derecho humano, por lo que si se invoca la norma internacional proveniente de los convenios 87 y 98 de la O.I.T. sobre libertad sindical y negociación colectiva²⁶⁴ , nos encontraremos que en nuestro país, la interpretación de dichas normas debe referirse al denominado bloque de constitucionalidad y no a la interpretación estrictamente constitucional del artículo 19 N° 19 y 16 de la C.P. Así, parece evidente que es necesario abordar estos problemas²⁶⁵.

Otro aspecto que influirá, además de los dichos en los capítulos precedentes de este trabajo, es que las proposiciones que se harán están centrados en los casos de derechos fundamentales laborales que se denominan in-específicos, los cuales son replicados en el C.T., (debemos precisar que no todos, como ocurre con el derecho a la vida e integridad física y psíquica, y la igualdad ante la ley en la perspectiva laboral)) sin que exista mediación legal que desarrolle el contenido de dichos derechos, fijando algunas condiciones de aplicación de los mismos²⁶⁶.

²⁶⁴ El Convenio N° 87 de la OIT. año 1948, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación fue incorporado el 01 de febrero de 1999. A su vez, el Convenio N° 98 de la OIT, año 1949, sobre libertad sindical y negociación colectiva, fue incorporado a nuestra legislación interna el 01 de febrero de 1999.

²⁶⁵ La doctrina en general está de acuerdo en que una de las formas en manifestarse el particularismo del derecho laboral se da precisamente en materia de fuentes...Dando una particular significación a esa circunstancia, se suele hacer una clasificación de las fuentes del derecho del trabajo, distinguiendo las generales o comunes con otras disciplinas jurídicas y las peculiares o específicas...En ese entendido, lo más apropiado parece ser atender a la jerarquía de las normas y habida cuenta del mayor peso específico de los principios y disposiciones constitucionales, distinguirlos de las demás fuentes, para luego tratar de éstas y examinar globalmente el problema de la interpretación". Barbagelata, Héctor-Hugo, "Derecho del trabajo", ob. Cit., p. 132.

²⁶⁶ La decisión del legislador laboral chileno de mencionar disposiciones constitucionales en el C.T, sin desarrollar su contenido normativo genera el

Es cierto que el problema de colisión del método interpretativo (dado los diferentes criterios que sustentan cada una) no surge solo del caso anterior, sino también se puede dar respecto de los derechos fundamentales específicos (libertad de trabajo, libertad sindical, prohibición de discriminación laboral) , o incluso los que provienen de bloque de constitucionalidad, pero en cuanto ellos son mediados por el legislador laboral, el interés en la determinación del método interpretativo pierde trascendencia, sin perjuicio de la importancia de la cuestión dada la vinculación directa de los derechos fundamentales y la explicada eficacia horizontal de los mismos²⁶⁷.

De esta forma la clasificación de derechos fundamentales laborales formulada por Palomeque²⁶⁸ que lo distingue entre específicos e inespecíficos resulta de gran importancia, por cuanto en los de carácter específicos, la mediación legal permitirá que su entendimiento se fije primero por el método interpretativo contenido en la ley (dada la mediación legal del derecho constitucional), caso en el cual las reglas sobre el elemento gramatical, histórico, lógico y sistemático deberán ser usadas de consuno, toda vez que hoy es insostenible postular una

problema de estimarlo una regla o un principio constitucional, lo que obligará al juez a realizar las precisiones necesarias para aplicarlas en un caso concreto.

²⁶⁷La eficacia horizontal ha sido varias veces aludida en este trabajo. En Chile, Gamonal, señala " Durante el transcurso del siglo XX esta eficacia vertical fue complementada con una eficacia horizontal que implica, en principio, la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales entre particulares. Así se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia constitucional chilenas en base al principio de vinculación directa que consagra expresamente la Constitución ", Sergio Gamonal Contreras, "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos", Ob. Cit., p. 20.

²⁶⁸Palomeque, Manuel - Alvarez De La Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", ob. Cit., p. 118 y siguientes.

prevalencia del método gramatical, por mucho que las sentencias laborales parecieran mantener una cierta prevalencia de dicho elemento²⁶⁹.

Al continuar con este proceso, el operador deberá incluir especialmente la regla "in dubio pro-operario"²⁷⁰ toda vez que el sentido de la ley laboral debe aprehenderse en coherencia con ese principio, el cual goza de una gran aceptación doctrinaria²⁷¹ en sede laboral. En todo caso la función interpretativa que se le atribuye a los principios, no excluye los otros del ordenamiento jurídico laboral (protector, irrenunciabilidad de los derechos, continuidad, primacía de la realidad, buena fe y razonabilidad, por nombrar los que gozan de más aceptación), pero destacadamente el pro-operario ha sido utilizado en forma prevalente.

A modo conclusivo el proceso interpretativo de cláusulas laborales no puede descartar la regla pro-operario, dado que ella materializa todo el estatuto protector y de orden público del derecho del trabajo²⁷².

²⁶⁹Por ejemplo, en Sentencia de Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol N° 8609-2011, se sostuvo lo siguiente "Además hay otras dos razones que fortalecen la conclusión anterior, la historia fidedigna del establecimiento de la norma y el principio pro-operario... junto a otros derechos fundamentales, carácter normado del que deriva el criterio pro-operario conforme al cual ha de rechazarse la interpretación inicua, en la especie, que del despido en la época prohibida sin invocar causal legal durante la época prohibida no derive la consecuencia de la indemnización especial del artículo 87 del Estatuto Docente".

²⁷⁰Sarthou, Helios: "Trabajo, Derecho y Sociedad", Ob. Cit., p. 129, y Plá Rodríguez: "Los Principios del Derecho del Trabajo", Ob. Cit., p. 85 y sgtes.

²⁷¹Ibidem.

²⁷²Para Guzmán, el derecho del trabajo se define "como el conjunto de preceptos de orden público regulador de las relaciones jurídicas que tienen por causa el trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, con el objeto de garantizar a quién lo ejecuta su pleno desarrollo como persona humana, y a la comunidad la efectiva integración del individuo en el cuerpo social y la regularización de los conflictos entre los sujetos de esas relaciones". Guzmán, Rafael: "Nueva didáctica del derecho del trabajo", Melvin 12 edición, Caracas, año 2001, p. 9 y sgtes.

Una vez desentrañado el sentido de la regla laboral, se hace necesario someterla al test de constitucionalidad de la solución obtenida. Este test se puede realizar en dos niveles; " a nivel de intérprete operativo de la constitución (órgano de control de constitucionalidad), y a nivel del interprete operativo de la ley (órgano jurisdiccional, órgano administrativo)"²⁷³. Se trata de la denominada "interpretación conforme"²⁷⁴ la que naturalmente no está exenta de crítica, pero por ahora goza de buena salud en el derecho nacional. De acuerdo a esta técnica, y dada la eficacia normativa de la Carta Fundamental, el intérprete legal debe cuidar que su resultado no contraríe las disposiciones del derecho fundamental, evitando las contradicciones, y en coherencia o armonía con el estatuto constitucional. Guastini²⁷⁵ señala que "frente a un texto legislativo que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales está en conflicto con un principio constitucional mientras que la otra no, el juez constitucional elige comúnmente esta segunda interpretación descartando la primera y el principio constitucional en cuestión se esgrime, precisamente, como argumento para justificar la interpretación previamente elegida". En la misma línea, el exministro del Tribunal Constitucional de nuestro país, Viera-Gallo indica que " La Constitución es un todo constituido por un entramado de reglas y principios: cada disposición constitucional adquiere su verdadero sentido en relación con la Constitución como un todo. La finalidad de la Carta Fundamental debe estar referida a un texto objetivo cuyo significado evoluciona con el

²⁷³En el caso Chileno, ello correspondería al T.C, órgano especial de control de constitucionalidad. Los tribunales ordinarios al efectuar el control "difuso" y, la Dirección del Trabajo al emitir un Dictamen para determinar el sentido de alguna norma laboral.

²⁷⁴Viera Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales". Ob. Cit., p.119.

²⁷⁵Guastini, Riccardo: "Teoría e ideología de la interpretación constitucional", año 2008. ob. Cit., p. 189.

desarrollo de la sociedad y su cultura. Por su parte, la norma legal pretende reglar un conjunto de relaciones sociales en coherencia con la Constitución a lo largo del tiempo. La ley siempre tiene un propósito que debe ser concordante con el sentido del texto constitucional²⁷⁶

En esta óptica, SILVA IRARRAZABAL,²⁷⁷ comentando un caso resuelto por las justicia norteamericana, señala que “ Marshall postula que la interpretación conforme a la Constitución es la adecuada expresión de la supremacía constitucional en la protección judicial de los derechos fundamentales. El efecto horizontal de los derechos fundamentales significa que la Constitución sirve como criterio vinculante de interpretación del derecho aplicable”.

Si la interpretación del texto legal laboral, mediador de la disposición constitucional resulta “conforme” al estatuto fundamental, ello ratificaría que el proceso interpretativo se ha efectuado correctamente. Pero puede ocurrir que el resultado sea al revés, esto es, que la interpretación lleva a la conclusión que la regla de rango legal esta en contradicción con la norma jusfundamental. Esta cuestión ha sido arduamente debatida en la doctrina y aparentemente las posibilidades se mueven en que el juez del trabajo prescinda de aplicar el texto legal, resolviendo la controversia con la aplicación directa del mandato constitucional, o bien deba obtenerse un pronunciamiento previo del tribunal constitucional respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma legal. Sobre este punto se efectuaron los comentarios pertinentes

²⁷⁶ Viera-Gallo Quesney, José: “Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable”. Ob. Cit., p. 14.

²⁷⁷ Silva Irarrázabal, Luis: “Supremacía constitucional y tutela laboral”. Revista de Derecho. Valdivia, Vol. XXIV. Nº 1. Julio 2011, p. 31 y sgtes.

sobre el control difuso o concentrado de constitucionalidad²⁷⁸. Una solución que compartimos se indica por Aldunate²⁷⁹ al expresar “lo que entrega la Constitución al tribunal constitucional es la facultad de declarar inaplicable un precepto legal a un caso, por ser inconstitucional su aplicación. Por lo tanto, esta facultad apunta a descargar, al órgano de la instancia, del problema de la antinomia. Dicho de otra forma, el recurso de inaplicabilidad implica la posibilidad de un pronunciamiento anticipado que sustrae de las facultades del órgano jurisdiccional la consideración del precepto legal que ha sido declarado inconstitucional. No es por tanto, una forma de resolver la antinomia en la instancia, sino de impedirla. Por lo tanto, no puede entenderse que el recurso de inaplicabilidad prive el órgano jurisdiccional de una facultad ajena a éste (o a la jurisdicción como atributo, habría que decir con mayor propiedad), cual es la de pronunciarse sobre la antinomia cuando ella se produce. Menos aún puede estimarse que la consagración del recurso de inaplicabilidad dispense al juez de la instancia de su deber de cumplir cabalmente con el artículo 6° y dar primacía a la Constitución por sobre las normas que la contravenga. Si, al hacerlo, el juez aplica mal el derecho, queda abierto el camino de recursos ordinarios y extraordinarios, incluyendo casación de su criterio jurídico al resolver la antinomia entre Constitución y ley. Por lo demás nuestro ordenamiento jurídico ya acoge procedimientos destinados a hacer valer, en sede distinta al Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales cuando han sido lesionados por una sentencia judicial (recurso de nulidad en el proceso penal)”.

²⁷⁸ En nuestro país, el control de constitucionalidad de los textos legales puede resultar de la actividad del Tribunal Constitucional (control concentrado) o también de la actividad de la judicatura común y especial en virtud de los principios de la vinculación directa y eficacia horizontal de los derechos fundamentales (control difuso).

²⁷⁹Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., pp. 203-204.

De esta manera, se ha expuesto una solución posible respecto del problema de elección del método interpretativo de derechos de doble regulación, constitucional y legal, pero circunscrito al caso de los derechos fundamentales laborales específicos, o aquellos in-específicos que se encuentran mediados por la ley laboral, como ocurre con el derecho a la vida e integridad física y síquica, que se encuentra desarrollado en el CT., a través de la obligación de seguridad que forma parte del contenido del contrato de trabajo. Igualmente ocurre con la prohibición de discriminación, que abordada desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, se trataría de un derecho fundamental in-específico, pero si nos centramos en la prohibición de discriminación laboral contemplada en el artículo 19 N° 16 de la Carta Política, ella constituiría un derecho fundamental específico, pero en todo caso hay que enfatizar que en ambos casos, el derecho fundamental ésta claramente mediado por el estatuto legal, e incluso es una de las materias que más fuertemente se han desarrollado en la legislación laboral los últimos años.²⁸⁰

2.- La interpretación de los derechos fundamentales inespecíficos.

Analizado el caso de los derechos fundamentales específicos, corresponde analizar el método interpretativo que habrá de seguirse en el caso de los derechos fundamentales inespecíficos, y especialmente aquellos que si bien se replican casi en los mismos términos que se describen en la Carta Fundamental, ellos no son mediados por la ley, como ocurre con los mencionados derechos de libertad de trabajo, libertad sindical y prohibición de discriminación laboral.

²⁸⁰A partir de los criterios de discriminación que menciona el artículo 2 del C.T, se han ido incorporando varias reformas que han reforzado la prohibición de discriminación laboral, entre las que se pueden citar la prohibición de acoso sexual (artículo 2 del C.T) el acoso laboral (artículo 2 del C.T.) y la prohibición de discriminación salarial entre varones y mujeres(artículo 62 bis, del C.T.).

Sobre este punto debe efectuarse una advertencia, por cuanto en el caso de los derechos constitucionales susceptibles de tutela por el procedimiento contenido en los artículos 485 y siguientes del C.T., se constata una concurrencia de derechos fundamentales laborales específicos como inespecíficos, e incluso derechos de rango legal, como ocurre con la garantía de indemnidad, las prácticas antisindicales, las prácticas desleales en la negociación colectiva²⁸¹ y los dos casos de prohibición de discriminación que corresponden a la mediación de los derechos constitucionales contemplados en el artículo 19 N° 2 y 19 N° 16 de la C.P.²⁸²

En otras palabras concurren diversos derechos tanto de naturaleza constitucional como de rango legal. En este escenario se advierte entonces, que el método interpretativo que se propone ahora, es el que corresponde a los derechos fundamentales inespecíficos, y que no se encuentran mediados por el C.T. En esta situación se encuentra la vida privada, intimidad y honra, la inviolabilidad de toda comunicación privada, la libertad de conciencia y la libertad de expresión (se excluye el derecho a la vida e integridad física y psíquica y la igualdad ante la ley, que si bien son derechos fundamentales in-específicos, ellos se encuentran mediados

²⁸¹Los derechos de rango legal admiten la solución de subsumir, dada las condiciones de aplicación que ostentan las reglas que lo consagran, aunque es preciso reconocer la estrecha conexión entre la garantía de indemnidad con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, el caso de las prácticas antisindicales y desleales, con el derecho a la libertad sindical.

²⁸²El procedimiento de tutela laboral contemplado en el tantas veces citado artículo 485 y siguientes del C.T. es admitido para conocer restringidamente los casos de: a) Actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del C.T., con excepción de las distinciones o preferencias que se produzcan en las ofertas de empleo o procesos de selección de personal, y b) El caso del despido discriminatorio calificado como grave por resolución fundada del juez del trabajo.

largamente en el C.T., como en el cual se deberá comenzar con el método interpretativo legal, luego hacer el control de constitucionalidad).

Para acertar en la determinación del contenido del derecho fundamental, no cabe duda que el método a emplear es el que proporciona el derecho constitucional, y en especial el método interpretativo constitucional. Esta primera fase excluye las reglas de la interpretación de la ley, por cuanto al ser replicado el derecho constitucional, los términos empleados corresponden casi exactamente a los que utilizan las normas jusfundamentales.

Así por ejemplo, si existe una cierta oscuridad respecto del contenido del derecho a la vida privada o intimidad, y un trabajador estima lesionado dicho derecho por la acción del empleador dentro del contexto de la relación laboral, la interpretación constitucional se impone sin contrapeso, por cuanto, si bien el artículo 5 del C.T. alude a este derecho en la siguiente fórmula "la intimidad, la vida privada o la honra de estos", como se aprecia, replica casi en los mismos términos la regla constitucional y en esta situación no cabe duda que no hay mediación, y por ende predomina el entendimiento constitucional del derecho, más aún si nos encontramos ante un procedimiento de "tutela laboral"²⁸³. Luego, no hay posibilidad de sugerir una primera etapa de interpretación legal. A modo conclusivo, en la hipótesis en análisis se produce una alteración en el método interpretativo y ello justifica estas reflexiones.

²⁸³El procedimiento de tutela viene a constituir el subsidio procesal para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva al trabajador que ha sido vulnerado en sus derechos constitucionales. Ello explica la incompatibilidad con la acción de protección, si es que ésta se inició antes, según lo resuelve expresamente el artículo 485 inciso final del C.T. Sobre este punto ver: Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro, "Conflicto de derechos constitucionales...". Ob. Cit., p. 188 y sgtes.

Adicionalmente, en este caso, no se divisa posibilidad alguna de admitir la función interpretativa de la regla "in-dubio pro-operario", o de algún otro principio propio del derecho del trabajo (como la irrenunciabilidad de los derechos o la primacía de la realidad). Ello porque los derechos fundamentales laborales inespecíficos corresponden al trabajador en cuanto ciudadano, caso en el cual la calidad de trabajador no tiene trascendencia alguna, dado el trato igualitario que se postula a todas las personas en cuanto destinatarios de la protección constitucional²⁸⁴.

Esta particularidad ocasionará un efecto inquietante en la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales laborales inespecíficos, en cuanto será el juez del trabajo, quien hará esa función, recordando que normalmente esta actividad, por su importancia en la vida social de un país, normalmente queda radicada en los tribunales superiores de justicia, en este caso las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En suma, se originará una jurisprudencia constitucional emanada de un tribunal que ocupa la jerarquía más baja en la pirámide típica del Poder Judicial. Así, la facultad entregada al juez del trabajo ha consagrado un control difuso de constitucionalidad lo que se ve agravado por el carácter de única instancia que reviste el procedimiento del trabajo, y por ende, esta conclusión se extiende al juicio de tutela laboral tantas veces mencionado. Particularmente influye en esta realidad jurisprudencial, la circunstancia que el control de la sentencia en única

²⁸⁴ Sobre este punto Sagardoy señala: "Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos". Sagardoy Bengoechea, José: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo", ob. Cit., p.13.

instancia está dado por la competencia que entrega el recurso de nulidad laboral contemplado en los artículos 477 y siguientes del C.T.²⁸⁵ . Este recurso descansa sobre causales, de agravios muy precisos, constitutivos de vicios tanto en la tramitación como en la sentencia, lo que dificulta y restringe el control de la Corte respectiva respecto del fondo de la cuestión resuelta por el juez del trabajo. Este diseño de control de lo resuelto por un juez de grado inferior, puede ser morigerado por la causal de nulidad contemplada en el artículo 477 inciso primero del C.T., esto es, la posibilidad de impugnar la sentencia, o el procedimiento, sea total o parcial, por infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales²⁸⁶. Al respecto existen numerosos pronunciamientos respecto de esta causal²⁸⁷ y especialmente en relación a la vulneración del derecho constitucional de un proceso racional y justo²⁸⁸, como se puede

²⁸⁵La jurisprudencia emanada de las Corte de Apelaciones del país respecto del ámbito de control de la sentencia del juez del trabajo es notablemente restringida, y para ello se acude al argumento de que el recurso de nulidad es derecho estricto. Así se puede apreciar en sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, de 30/ septiembre / 2013, en la se señala” el recurso de nulidad es un medio de impugnación de carácter extraordinario y de derecho estricto, que debe ajustarse cabalmente a la normativa que lo regula, por lo que su procedencia está limitada, en primer término, por la naturaleza de las resoluciones impugnables; en segundo lugar, por las causales expresamente establecidas en la ley; y, finalmente, por las formalidades que debe cumplir el escrito respectivo”. Esta postura no es correcta y los argumentos se pueden ver en el capítulo, *El recurso de nulidad y la errada calificación como un recurso de derecho estricto*, de Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro: “El recurso de nulidad laboral”. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°229-230, año 2011, p. 121 y sgtes.

²⁸⁶ El proceso laboral chileno contempla la hipótesis de infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales, como causal de nulidad de la sentencia dictada por el juez del trabajo, y esta infracción se puede producir durante el curso del juicio o en la sentencia misma.

²⁸⁷ A vía ejemplar se puede citar sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de julio de 2008, Rol N° 4-2008, en que se acoge la causal, y sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 17 de junio de 2011, Rol N° 113-2011, en que se rechaza la causal de infracción sustancial de garantías constitucionales.

²⁸⁸ En este punto, la Corte Suprema ha acogido recursos de queja respecto de inadmisibilidad de recursos fundado en un rigor formal incompatible con la tutela

apreciar en varias sentencias de máximo tribunal, al conocer de procesos del trabajo. Si bien, en estos últimos casos, el derecho constitucional se refiere a la tutela judicial, algunos autores también lo mencionan como derecho fundamental inespecífico del trabajador²⁸⁹.

3.- La acción de la jurisprudencia.

Una materia estrechamente, vinculada a las reflexiones anteriores, está constituida por la práctica judicial de los jueces laborales en cuanto, al relacionarse con casos de vulneración de derechos fundamentales laborales inespecíficos (particularmente los que se incluyen en el artículo 485 del C.T., esto es, derecho a la vida, la integridad física y psíquica, vida privada y honra del trabajador, la inviolabilidad de toda comunicación privada, libertad de conciencia y libertad de expresión) proceden a determinar primeramente si existen reglas aplicables al caso.²⁹⁰ En la hipótesis de los derechos antes mencionados, al parecer la aplicación de reglas solo sería posible en el caso que se invoque como derecho constitucional vulnerado, la vida e integridad psíquica y física, por cuanto

judicial. Así, en sentencia de 10 de octubre de 2010, Rol N° 6985-2010, se sostuvo “es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso 5° del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador, la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en que, a lo menos, lo conforman el derecho a ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido”.

²⁸⁹Sagardoy Bengoechea, Juan: “Los derechos fundamentales en el trabajo”. Ob. Cit., p.16.

²⁹⁰En la sentencia dictada por el Juez del Trabajo de Copiapó, de 15 de septiembre de 2008, RIT N° T-1-2008, conocida como el caso “ Cronos ”, el juez señala “ Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por la vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma.”

dicho derecho fundamental está claramente mediado por un numeroso elenco de reglas en el C.T., y también en la ley 16.744 sobre accidentes del trabajo²⁹¹. Luego, si el juez concluye que no existen reglas, pasa a resolver la controversia aplicando la “ponderación”²⁹², estimando que existe una antinomia de derechos fundamentales, los cuales importan en esta caso, principios o valores, siguiendo de esta forma las posturas de Alexi y Dworkin, antes descritas²⁹³. Esta postura se ve facilitada por las expresiones utilizadas por el artículo 485 del C.T., en cuanto su tenor literal emplea las expresiones “justificación suficiente”, “arbitrariedad” y “proporcionalidad” lo que implicaría la consagración positiva del método de ponderación y además vinculante para el juez laboral, quien no podría eludir el incumplimiento de dicho método, so pena de incurrir en una infracción legal manifiesta o ajustar ese reproche a la causal de nulidad de la sentencia por infracción sustancial de derechos constitucionales antes mencionada. En esta misma línea argumental debe puntualizarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral, según lo expresan Mella y Domínguez²⁹⁴, han acogido como correcto el proceso antes descrito, según

²⁹¹D.O. 7 de junio de 1968. Esta ley contiene un sistema de seguro social en el empleo que busca entregar una cobertura médica, hospitalaria y rehabilitadora a los trabajadores que sufran un accidente del trabajo, entendiéndose por tal “ toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte”. De esta forma su conexión con la integridad física y psíquica del trabajador es ostensible.

²⁹²“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios de un mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutivas puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Prieto Sanchiz, Luis: “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Miguel Carbonell (Editor), Quito-Ecuador, año 2008, p. 99 y sgtes.

²⁹³ Ver citas en este trabajo a las obras de Alexi y Dworkin, N° 198, 200, 202 y 208.

²⁹⁴Mella, Patricio- Domínguez, Álvaro: “Conflicto de derechos constitucionales...”. Ob. Cit., p.194.

se aprecia al examinar el estado actual de esta materia. En todo caso y a modo de advertencia, existe una fundada crítica respecto de la aplicación de la ponderación en relación al conflicto de derechos institucionales de competencia del juez del trabajo, así, Ferrada y Walter²⁹⁵ señalan que “En concreto la tesis que se sostiene aquí es que el nuevo procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador, pero al contrario de lo afirmado por la doctrina mayoritaria nacional, no por oposición de los derechos fundamentales de ambos, sino como controversia específica entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido la controversia no se resolvería por la ponderación entre dos derechos fundamentales, sino como un análisis más complejo de las reglas específicas que regulan estas facultades y derechos en nuestro ordenamiento jurídico”. En sentido similar Silva Irarrázabal²⁹⁶ agrega que en los casos de tutela laboral, el juez debe acreditar dos cosas, la ilegalidad de la actuación del empleador, y por otra, la lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Para la prueba del primer aspecto, el juez del trabajo debe necesariamente acudir a la ley, en cambio para la segunda condición, la jurisprudencia demuestra que normalmente la lesión de un derecho fundamental se corresponde con la infracción de un deber legal por parte del empleador. Para este autor no se recogería la ponderación en la regla del artículo 485 del C.T., al referirse a la insuficiente justificación, la arbitrariedad o disposiciones y la afectación al contenido esencial, ya que estas hipótesis solo serían la tipificación del ilícito laboral y ello será o no el resultado del análisis de la

²⁹⁵ Ferrada Borquez, Juan -Walter Díaz, Rodolfo: “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV. N° 2. Diciembre 2011., p.92.

²⁹⁶ Silva Irarrázabal, Luis: “Supremacía constitucional y tutela laboral”. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV. N°1. Julio 2011, p. 31 y sgtes.

conducta del empleador como titular de ciertas facultades que la ley le reconoce, destacadamente en los preceptos 7 y 306 del C.T.

Estas objeciones, lejos de constituir un obstáculo a la proyección y eficacia de los derechos fundamentales del trabajador durante la vigencia y extinción del contrato de trabajo, constituyen un aporte al esclarecimiento de cuestiones trascendentes para la doctrina jusfundamental laboral, y especialmente en lo relacionado con la competencia del juez del trabajo para establecer el contenido de los derechos constitucionales en la controversia entre el capital y al trabajo. En todo caso, y como ya se dijo, en la actualidad domina ampliamente la primera postura, que podemos llamar "laboral", pero lentamente se ha ido abriendo una lectura constitucional a esta temática.

4.- La interpretación de las normas provenientes del bloque de constitucionalidad.

A modo conclusivo de este capítulo, y respecto del problema hermenéutico, es preciso efectuar algunas consideraciones respecto de la interpretación cuando concurren normas sobre derechos fundamentales provenientes del denominado bloque de constitucionalidad, cuyo contenido y efecto vinculante es objeto de gran debate.²⁹⁷ En todo caso y para los efectos de este trabajo, Barbagelata,²⁹⁸ estima que dicho bloque, está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es

²⁹⁷ En relación al carácter vinculante del bloque de constitucionalidad, Barbagelata, sostiene que "Las disposiciones y principios de los instrumentos internacionales, sin perder tal condición – y sin dejar de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes para ello -, se incorporan plenamente al ordenamiento nacional y en la mayoría de los casos, se les reconoce superlegalidad, expresamente o como consecuencia de su naturaleza". Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo...". Ob. cit., p.225.

²⁹⁸ Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales". Ob. Cit., p.223.

decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina; lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos. A lo anterior se debe agregar lo dicho en el capítulo anterior respecto de la normativa internacional sobre derechos humanos²⁹⁹. Por otra parte, es inconcuso que dentro de la normativa internacional que comprende el bloque de constitucionalidad debe incluirse a los principios y convenios que emanan de la actividad de la Organización Internacional del Trabajo³⁰⁰

En este escenario, no cabe duda que algunos derechos fundamentales laborales han constituido una ocupación especial de la OIT, y entre ellos se debe mencionar especialmente aquellos que se ocupan de la libertad sindical y la prohibición de discriminación. Esto es fácilmente comprobable con la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de la OIT del año 1998, la cual incluye dentro de los derechos que deben asegurarse en el ámbito internacional, precisamente los dos anteriores³⁰¹.

²⁹⁹Ver cita N° 242.

³⁰⁰“Los convenios internacionales del trabajo emanados de la Conferencia Internacional del trabajo y debidamente ratificados constituyen la categoría de las normas internacionales del trabajo por excelencia...que si bien, los convenios ratificados operan como leyes, hay que situarlos en un rango superior en la escala jerárquica de las normas, o, más precisamente, que poseen una mayor dureza por relación a las leyes ordinarias de origen interno”. Barbagelata, Héctor Hugo: “Derecho del Trabajo”, Ob. Cit., pp.140-141.

³⁰¹ La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (órgano máximo de la OIT) en Ginebra, el 18 de junio de 1998, y entre sus considerandos se menciona “que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales”, para luego declarar que el catálogo de esos derechos corresponden a : 1.- La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. 2.- La eliminación

Para los efectos de proporcionar alguna orientación respecto de cuales sería el catálogo de estos derechos, de naturaleza laboral, sea que provengan de la OIT o de otra fuente internacional, se sostiene que ellos corresponden en " términos generales y a la luz de los textos constitucionales e internacionales correspondientes, parece posible admitir que poseen este carácter, prácticamente todas las disposiciones de fondo dirigidas a la protección del trabajador y concretamente, además de las constitucionales del respectivo país, las concernientes, de los instrumentos internacionales de que abarcan en su conjunto los derechos humanos ³⁰², entre éstos se pueden citar en nuestro país, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, los cuales contienen cláusulas laborales.³⁰³ Como ya se dijo, dentro de las normas constitutivas del bloque de constitucionalidad se deben incluir las provenientes de los Convenios de la OIT, que en el caso chileno corresponden a los diversos instrumentos ratificados por Chile, dentro de los cuales deben destacarse aquellos que se estiman fundamentales, entre los que se debe citar, de acuerdo a las fechas de su ratificación, los siguientes: Convenio N° 29, sobre el trabajo forzoso; Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la

de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. 3.- La abolición efectiva del trabajo infantil, y finalmente, 4.- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y la ocupación.

³⁰²Barbagelata, "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales". Ob. Cit, p. 236

³⁰³El Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1966, y ratificado el 10 de febrero de 1972, junto con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 10 de agosto de 1990. Para la revisión de las cláusulas laborales en comento recomendamos Nash Rojas, Claudio: "Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno", p. 27 y sgtes. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> (última revisión 09 de octubre de 2013).

protección del derecho a sindicación; Convenio N° 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva; Convenio N° 100, sobre igualdad de remuneración; Convenio N° 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio N° 138, sobre la edad mínima y, Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. La nómina anterior, para el caso de nuestro país, puede ser objeto de alguna crítica. En este aspecto, PláRodríguez propone una lista más o menos amplia, distinguiendo derechos laborales que corresponden a una dimensión individual y otra colectiva, aun cuando refiere que N. Válticos circunscribe las materias internacionales del trabajo a tres categorías de derechos fundamentales; la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación en el empleo y la profesión.³⁰⁴ Al parecer esta indeterminación doctrinaria puede conspirar contra la eficacia de esta normativa en el ámbito interno, pero preciso es puntualizar, que el CT, en el artículo 459 N° 5, ha dado un poderoso impulso a esta fuente en cuanto señala que los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, deben ser parte de las fuentes que puede utilizar el juez del trabajo al conocer de una controversia laboral, y particularmente si se refiere a un caso en que se alega la vulneración de un derecho fundamental.-³⁰⁵

³⁰⁴Plá Rodríguez, Américo. Revista Debate laboral. Roma-San José Costa Rica, año 1990, Montevideo, p.11.

³⁰⁵ Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un presente griego del nuevo juicio oral del trabajo". Revista del Colegio de Abogados, Concepción. N° 15, año 16, enero 2011. ob. cit., p. 34., expresa "ahora el nuevo juicio oral del trabajo impuso como regla ineludible que las sentencias laborales deben contener en relación a las fuentes: los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda(artículo 459 n°5 del C.T)".

La situación antes descrita, lo que obligará al juez del trabajo efectuar las distinciones respecto del método interpretativo a utilizar, permiten concluir que en la hipótesis de un conflicto de derechos fundamentales, emanados del bloque de constitucionalidad – y en particular si se trata de tratados internacionales o Principios y Convenios de la OIT - cuya aplicación es motivo de la controversia, debe necesariamente acudir a criterios interpretativos propios de estas fuentes, entre los cuales se puede citar: El principios de complementariedad o interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, el principio “pro homines” o la primacía de la disposición más favorable a la persona humana, y el principio de progresividad entre otros. En relación al primero se ha dicho que “ En su formulación actual, el criterio de complementariedad se asocia con la idea de interdependencia de las normas sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, para configurar un mandato al intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos- en el caso, los atinentes a los derechos humanos laborales- cualquiera que sea su fuente, como un todo indisoluble.”³⁰⁶ Un tema de interés se relaciona con la obligatoriedad de la aplicación de las reglas interpretativas contenidas en la Convención de Viena. Harris y Campusano,³⁰⁷ expresan que “ todas las normas contenidas en el acápite sobre interpretación de los tratados se han basado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y contienen la esencia de los principios fundamentales que han asumido la categoría de reglas de derecho internacional en esta materia. Estas deben ser aplicadas a los tratados, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, no pudiendo ser consideradas solo textos doctrinarios o guías de conducta”

³⁰⁶Barbagelata, “El particularismo...”. ob. cit., p. 240.

³⁰⁷Harris, Jaime – Campusano, Enrique: “El juez nacional y la interpretación de los tratados internacionales, en “Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 1992., p.260.

Particularmente, en relación a la interpretación de la normativa de la OIT, un autor estima necesario puntualizar que " en otros extremos de la Constitución de la OIT que interesa resaltar, tienen que ver con la idea de que las normas laborales deben ser interpretadas en el contexto de los derechos fundamentales generales"³⁰⁸

Finalmente es útil tener presente que en el caso de derechos fundamentales provenientes del bloque de constitucionalidad, y que estén mediados por el legislador interno, como ocurre en Chile con la libertad sindical, (incluyendo la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga) la prohibición de discriminación laboral y la libertad de trabajo, ello requiere primeramente establecer el contenido de esas normas mediante el uso de la interpretación legal, admitiendo la función interpretativa de los principios de derecho del trabajo, especialmente la regla " in dubio pro-operario ", para luego contrastarla con la normativa que emana del bloque, y que ella no sea contrariada por la interpretación de rango legal, como se dijo en el párrafo 2º de este capítulo.

³⁰⁸Barbagelatta, Héctor Hugo. "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista ". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Año 2009, p. 161.

Bibliografía.

Libros y Revistas.

Aguilar, Gonzalo - Contreras, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 13, N° 1, Talca, 2007.

Alexi, Robert: "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". N° 5, año 1988.

Alexi, Robert: "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alexi, Robert: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional, México, año 2009.

Aldunate, Eduardo: "Derechos Fundamentales". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Álvez Marín, Amaya: "El postnatal parental creado por la ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad". Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: "Sobre Principios y Reglas" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". N° 10, año 1991.

Atria, Fernando: "Entre la soberanía y lo político", en "Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.

Ayala Corao, Carlos: "El derecho humano a la libertad de expresión" en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6, N° 1, Talca, 2000.

Babace, Héctor: "Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos." Anuario del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2004.

Banda Vergara, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa". Revista de Derecho, Vol. N° 13, Valdivia, diciembre 2002.

Barbagelata, Héctor Hugo. "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista ". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Año 2009.

Barbagelata, Héctor Hugo: "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales" en "Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2009.

Barría, Jorge: "El movimiento obrero en Chile, síntesis histórico-social". Ediciones UTE, Santiago, 1971.

Bassa, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle" en Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Viña del Mar, 2011.

Baylos Grau, Antonio: "Sindicalismo y Derecho Sindical", Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Beltrán, Mikel: "La noción de interpretación de Dworkin" en Revista Quadema de Pensament, N°6.

Bulnes Aldunate, Luz: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 28, Santiago de Chile, año 1980.

Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 30, Valparaíso, 2008.

Caamaño Rojo, Eduardo – Ugarte Cataldo, José Luís: "Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Cea Egaña, José: "Los derechos a la intimidad y la honra en Chile" en Ius et praxis. Universidad de Talca, vol. 6, n°2, Talca, 2000.

Cea Egaña, José: "Derecho Constitucional Chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2004, t. II.

Cianciardo, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108, año 2003.

"Comisión de Estudio: Informe con proposiciones e ideas precisas de 16 de agosto de 1978", reproducido en Revista Chilena de Derecho, N°1-6, Santiago de Chile, 1981.

Diez, José Luis: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXXI, 2º semestre, año 2008.

Ermida Uriarte, Oscar: "Libertad Sindical y Derecho de Asociación ". En "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional ". Asociación Laboral para el desarrollo, Lima, 1992, p. 63.

Evans De la Cuadra, Enrique: "Los derechos constitucionales". Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición, Santiago, 1999.

Eyzaguirre, Jaime: "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile". Editorial Universitaria, 10º edición, 2004.

Fernández Brignoni, Hugo- Moreira Rocca, Danubio: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos". Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

Ferrada Borquez, Juan - Walter Díaz, Rodolfo: "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV. N° 2. Diciembre 2011.

Ferrada Bórquez, Juan: "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Buenas intenciones malos instrumentos (Juzgado de Letra del trabajo de Copiapó)" en Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Diciembre de 2008.

Gamonal Contreras, Sergio: "Perspectivas Futuras del Derecho Sindical Chileno. Desafíos de nuestro Derecho Sindical" en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997.

Gamonal Contreras: "El Derecho Colectivo Chileno Frente a los Convenios N°s. 87 y 98 de la OIT" en "Trabajo y derecho". Legal Publishing, Santiago, 2011.

Gamonal Contreras, Sergio: "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos" Editorial fundación de cultura universitaria, año 2004.

Gamonal Contreras, Sergio: "Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena". Anuario de Derecho del trabajo y Seguridad Social. N° 3. Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa. Sociedad Chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004.

Gamonal, Sergio- Ugarte, José: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en "Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social". Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012.

Garcés, Mario - Milos, Pedro: "Taller Nueva Historia. Cuadernos de Historia Popular". Serie Historia del Movimiento Obrero N°2, Centro de Estudios del Trabajo CETRA/CEAL, Santiago de Chile, 1983.

García Ortega, Jesús, et al., Curso de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Gauché Marchetti, Ximena: "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, año 2011.

Gernigón, Bernard: et. al., "Principios de la OIT sobre el derecho a huelga", en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, N° 4, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, año 1998.

Grez Toso, Sergio: "De la *regeneración del pueblo* a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)", vol. XIII, Colección Sociedad y Cultura, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Ediciones RIL, Santiago, 1998.

Guastini, Riccardo: "Estudios sobre la interpretación jurídica ". Traducida por Gascón, Mariana - Carbonell, Miguel. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1999.

Haberle, Peter: "El estado constitucional ". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1993.

Harris, Jaime – Campusano, Enrique: "El juez nacional y la interpretación de los tratados internacionales, Artículo libro "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

Huepe, Fabián: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°227-228 (1-2), Concepción, 2010.

Javillier, Jean Claude: "Derecho del Trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007.

Julio Estrada, Alexei: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000.

"La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT". Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición, Ginebra.

"Libertad sindical y relaciones de trabajo", Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30a reunión, Ginebra, 1947.

Lifante Vidal, Isabel: "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos". Revista Jueces para la Democracia, N° 36, año 1999.

Lizama Portal, Luis: "derecho del Trabajo". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

Lizama Portal, Luis: "Derecho a la intimidad de los trabajadores y Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)". En "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida", Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. N° 3, Santiago de Chile, 2004.

López, Diego: "Los derechos fundamentales en el trabajo" en Temas Laborales. Dirección del trabajo N°22(año 9), Santiago de Chile, 2004.

Mangarelli, Cristina: "Acoso laboral, concepto y prevención". En "Derecho Laboral", Fundación de Cultura Universitaria. tomo L-N° 225, 2007.

Mangarelli, Cristina: "Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo". Memorias VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Legis S.A., Colombia, 2010.

Martínez Estrada, Eduardo: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución política de 1980". En Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida". Santiago. Año 2004 N° 3.

Maturana Toledo, Carlos: "La libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia" en European Public Law Series, edición especial de la European Review of Public Law , vol. B, Londres, 2009.

Melis Valencia, Christian: "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Editorial Abeledo Perrot, Santiago, año 2010.

Mella Cabrera, Patricio: "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la ley N° 19.759 publicada en el D.O. del 05.10.2001". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°208, año 2000.

Mella Cabrera, Patricio: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 215-216, año LXXII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004.

Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un precedente griego del nuevo juicio oral del trabajo". En Revista del Colegio de Abogados de Chile, Regional Concepción, N° 15, Concepción, 2011.

Mella, Patricio- Domínguez, Álvaro: "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial" en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, Valparaíso, 2012, semestre II.

Molina, Hernán: "Derecho Constitucional". Editorial Legal Publishing, 11ª edición, Santiago de Chile, 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto: "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y, la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno" Revista Ius et praxis Vol. 12, N° 2, Talca, 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto: "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional" en Revista Ius et Praxis. Vol. 12. N° 1, Talca. 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto: "Derechos fundamentales y garantías constitucionales". Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2007.

Palavecino Cáceres, Claudio: "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, volumen 1, N° 1, Santiago, año 2010.

Palomeque, Manuel: "Derecho del Trabajo e ideología", Madrid, Editorial TECNOS, 2002.

Palomeque López, Manuel- Álvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces, 18va edición. Madrid, España, 2010.

Peces-Barba Martínez, Guillermo: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en Anuario de Derechos Humanos, Editorial Universidad Complutense, N°5, Madrid, 1988-1989.

Pérez Royo, Javier: "Curso de Derecho Constitucional" Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2012.

Piñera, José: "La Revolución Laboral", Editorial ZIG-ZAG, Santiago, 1990.

Quezada Meléndez, José: "La competencia", Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1985.

Plá Rodríguez, Américo, Revista Debate laboral. Roma-San José Costa Rica, Montevideo, 1999.

Quintana Bravo, Fernando: "Interpretación y argumentación jurídica". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Quispe, Carlos: "La interpretación constitucional". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, N°13, Madrid, 2011.

Rentero Jover, Jesús: "El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

Rifo Melo, Mauricio: "La formación económica social y la organización de los trabajadores en Chile (1830-2008). Una Mirada desde el Materialismo Histórico", Seminario de título para optar al grado de Licenciado en Educación mención Historia y Geografía, Universidad de Concepción, año 2010.

Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad en la república de Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, Talca, año 2008.

Rojas Miño, Irene: "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el plan laboral" en Revista Ius et Praxis, N° 13 año 2010.

Rojas Rivero, Gloria: "La libertad de expresión del trabajador". Editorial Trotta S.A., Madrid, 1991.

Romagnoli, Umberto: "la desregulación y la fuentes del derecho". Cuadernos de Relaciones Laborales. N°1. Editorial Complutense. Madrid, 1992.

Romagnoli, Umberto: "Las transformaciones del derecho del trabajo", en "Experiencias de flexibilidad normativa", Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992.

Romagnoli, Umberto: "El Derecho, el trabajo y la Historia", Madrid, España, año 1997.

Ruiz Tagle, Pablo: "La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales". En "Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

Sarthou, Helios: "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo", en Revista de Derecho Laboral de Uruguay, N° 123, Septiembre de 1981.

Sarthou, Helios: "Rasgos Ontológicos Generales de la Libertad Sindical", AA.VV. Buen Lozano, Néstor – Morgado de Valenzuela, Emilio (coords.): "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social", Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1997.

Sarthou, Helios: "Trabajo, derecho y sociedad", tomo II, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2004.

Sagardoy Bengoechea, Juan: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi S.A, Navarra, año 2005.

Silva Bascuñán, Alejandro: "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tomo XI, 2ª edición, 2006, p. 241.

Silva Irrarrázabal, Luis: "Supremacía constitucional y tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV. Nº1. Julio 2011.

Terrile, Ricardo: "Interpretación judicial de la Constitución nacional". Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001, tomo I, p. 220.

Thayer, William- Novoa, Patricio: "Manual de Derecho del Trabajo". Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago de Chile, t. I.

Tosto, Gabriel: "A partir del concepto de dignidad en el contrato de trabajo. Lo íntimo, lo privado y lo público". Revista Actualidad Jurídica Laboral. Vol. 143. Año VI, 2010.

Toyama Miyagusuku, Jorge: "Instituciones del Derecho Laboral".

En: [http:// es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku](http://es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku) (última visita 29/07/13).

Ugarte, José Luis: "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol XX, Nº 2, Valdivia, diciembre 2007.

Ugarte, José Luis: "La Corte Suprema y derecho de huelga : aquí no, por favor". Estudios laborales en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No. 4, Santiago de Chile, 2009.

Ugarte, José Luis: "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Editorial Legal Publishing, 3ª edición, Santiago de Chile, 2010.

Valdés Dal-Re, Fernando: "Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo". Sociedad Internacional del derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Montevideo, año 2003.

Varas Marchant, Karla- Gutiérrez Domínguez, José: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos", Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

Viera-Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable" en "Cuadernos del Tribunal Constitucional", n° 46, Santiago de Chile, 2011.

Villavicencio, Alfredo: "Constitución y Libertad Sindical", en Neves, Javier (director): "Trabajo y Constitución". Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1989.

Zapata Larraín, Patricio: "La interpretación constitucional". Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, N° 1, enero –abril, 1990.

Zapata Larraín, Patricio: "Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. " En "Anuario de Derecho Público," Universidad Diego Portales", 1999.

Páginas web.

Biblioteca del Congreso Nacional./http://www.bcn.cl.

Caamaño, Eduardo- Ugarte, José Luis- Gamonal, Sergio: "Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)" Instituto de Estudios Laborales FIEL (Santiago, 2009), p. 46, disponible en <http://fielchile.org/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DERECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf (última consulta: 9 de mayo de 2013)

Ugarte, Luis: "El Derecho Fundamental de Huelga en Chile" Disponible en http://www.sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11:el-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3:informacion-de-utilidad (última revisión 7/10/2013).

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales



“LOS DERECHOS LABORALES DE DOBLE REGULACIÓN.
CONSTITUCIONAL Y LEGAL”

○
“ESTUDIO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE REGULAR
EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y EN LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA ALGUNOS DERECHOS LABORALES”

Patricio Mella Cabrera

Tesis para optar al Grado
de Magíster en Derecho

Concepción
2013



Esta tesis ha sido elaborada con la
Dirección del Profesor Jesús Escandón Alomar.

Índice

Índice	2
Abreviaturas	4
I.- Consideraciones preliminares	6
1.- El constitucionalismo	6
2.- La constitucionalización del derecho laboral	8
3.- Legalización o laboralización de los derechos constitucionales....	11
4.- Conclusión	14
II.- Los derechos laborales y su recepción en el C.P.	16
1.- La reforma constitucional del año 1971	16
2.- La Constitución Política de 1980	18
3.- Crítica al modelo constitucional de 1980	23
III.- Los derechos constitucionales y su descenso a la legislación laboral.	25
1.- La réplica legal de los derechos constitucionales.....	25
2.- La ciudadanía laboral.....	26
3.- La reforma al Código del Trabajo en el año 2001	28
4.- La dignidad del trabajador	30
5.- El derecho a la vida e integridad física y psíquica.....	36
6.- La igualdad ante la ley.....	39
7.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia	50
8.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.	53
9.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos	57
10.- La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.....	61
11.- La Libertad de Trabajo	67
12.- La Libertad Sindical:.....	72
12.1.- Libertad Sindical y su contenido	76
12.2.- El modelo regulatorio de la Libertad Sindical en Chile	80

12.3.- La normativa internacional sobre libertad sindical.....	84
12.4.- El marco legal de la libertad sindical.	85
13.5.- la deficiente regulación de la libertad sindical.....	92
12.6.- La autonomía sindical y su contribución a las fuentes.	94
13.- El bloque de constitucionalidad y su relación con los derechos de naturaleza laboral.....	97
IV.- La doble regulación de los derechos fundamentales. Efectos y consecuencias en el derecho chileno.....	102
1. La supremacía o prevalencia constitucional.	102
1.1. El carácter vinculante de los derechos fundamentales.....	102
1.2. El test de constitucionalidad.....	106
1.3.- La mediación legal de los derechos fundamentales.	108
1.4.- Las antinomias entre la Constitución y la ley.	110
2.- La doble regulación y la vinculación con la teoría de las normas que distingue entre principios y reglas.....	114
2.1. La influencia de Alexi y Dworkin.....	114
2.2.- Los poderes empresariales como límite a los derechos fundamentales.	123
3.- La doble regulación y los problemas interpretativos originados en la concurrencia de fuentes.	125
3.1.- La elección del método interpretativo.	125
3.2.- La incertidumbre del método interpretativo.	127
3.3.- La interpretación constitucional.	133
3.4.- Interpretación y fuentes internacionales.	139
3.7.- El método interpretativo de la ley laboral.....	141
3.8.- La actividad interpretativa de la Administración.....	149
V.- La interpretación de los derechos de dobleregulación, constitucional y legal.....	152
1.- La colisión de métodos.	152
2.- La interpretación de los derechos fundamentales inespecíficos.....	159
3.- La acción de la jurisprudencia.....	164
4.- La interpretación de las normas provenientes del bloque de constitucionalidad.....	167

Abreviaturas.

art., arts.	artículo, artículos
CC.	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
C. de T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
CP.	Código Penal
CPC.	Código de Procedimiento Civil
COT.	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley
DL.	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS.	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
F. del M.	Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc. incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia

sgtes.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
v.	ver o véase
vol.	Volumen



I.- Consideraciones preliminares.

1.- El constitucionalismo.

El derecho del trabajo al igual que otras disciplinas jurídicas ha recibido en estas últimas décadas, la influencia constitucionalista, que en opinión de la doctrina mayoritaria comienza con la vigencia de las llamadas "Constituciones Modernas"¹, esto es, las que abandonan la tesis programática o no ejecutable² de sus disposiciones, sino que ellas deben ser una realidad exigible por los ciudadanos. Si bien se cita como paradigma de esta clase de Constituciones, la Alemana de Weimar³ del

¹ "Probablemente la historia de la constitucionalización de los derechos fundamentales laborales, en todas sus complejas facetas y sinuosas vicisitudes, está aún por escribir, habiéndose destinado más esfuerzo a narrar, con un cierto tono épico, el punto de partida (Querétaro y Weimar) que las fases intermedias entre aquél y la actualidad de nuestros días... La historia del constitucionalismo puede ser descrita como la historia de una progresiva ampliación de los derechos fundamentales...La consagración de aquellos derechos, los denominados derechos sociales en su doble vertiente de derechos de libertad colectiva y de prestación, es el resultado histórico de una profunda ruptura del modelo constitucional hasta entonces imperante." Valdés Dal-Re, Fernando: "Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo". Sociedad Internacional del derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Montevideo, año 2003, p. 46 y sgtes.

² "Los derechos constitucionales pueden resultar operativos (auto-ejecutivos) o programáticos. Los primeros son aquellos directamente ejecutables, es decir que no requieren o necesitan una norma que los complemente. Los programáticos formulan una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que debe reglamentarse el derecho programático, podría llegar a sostenerse que ellas valen solo como un programa de acción". Terrile, Ricardo: "Interpretación judicial de la Constitución nacional". Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001, tomo I, p. 220.

³ "Si bien la Constitución de Weimar no tiene el contenido específico de la Constitución de Querétaro, consagra principios generales (artículo162) como el principio protector –el principio base del Derecho del Trabajo– y la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva. Fue la segunda Constitución en el mundo y la primera europea en incorporar derechos y principios laborales en la

año 1919, debe recordarse que ya en América, en el año 1917 se dictó la Constitución Mexicana de Querétaro⁴. Estos cuerpos fundamentales postulaban la eficacia y exigibilidad de los derechos constitucionales, constituyendo la Norma Fundamental un cuerpo de garantías del ejercicio y disfrute de esos derechos, consagrando al mismo tiempo la inclusión de derechos sociales (trabajo, salud, habitación, educación) los cuales también podían ser exigibles por los ciudadanos, configurándose de esta forma un nuevo Estado Democrático y Social de Derecho⁵ que reclamaba la sociedad de post guerra de los años 50 del siglo pasado.

más alta jerarquía de la normativa estatal". Toyama Miyagusuku, Jorge: "Instituciones del Derecho Laboral".

En: [http:// es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku](http://es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku) (última visita 29/07/13).

⁴ La Constitución de Querétaro se aprueba durante el mandato del Presidente Venustiano Carranza, durante el proceso revolucionario que se inicia con la caída de Porfirio Díaz (1910) y culmina, aunque sin consenso de los historiadores, con la muerte del presidente aludido (1920). Así, el 5 de febrero de 1917, en la ciudad de Querétaro, México, se promulga la "Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos", y puede calificarse como la primera Constitución social del mundo. En el ámbito laboral, se consagra la libertad de trabajo y la propiedad del producto del trabajo, la justa retribución, se reconoce la prevalencia de los derechos civiles y políticos respecto del contrato de trabajo, e incluso contiene un título denominado "Del trabajo y la previsión social", donde se desarrolla la duración de la jornada máxima que alcanza a 8 horas diarias, normas sobre protección de la maternidad, salario mínimo, derecho a participación en las utilidades, el derecho a formar sindicatos y el reconocimiento del derecho a huelga, entre otros. Como se puede apreciar, la frondosidad de las normas constitucionales sobre temas sociales perfilan este cuerpo normativo como un paradigma del naciente estado social y democrático de derecho.

⁵ El término de estado democrático y social de derecho, no es cuestión pacífica en el constitucionalismo, para un autor, se puede conceptuar como el modelo de organización social en que " la democracia exige con carácter fundamental el Estado social, un organismo que se asemeja al estado de derecho, pero que no se limita como éste a conservar lo mío y lo tuyo, mientras que confía su formación al juego del poder y la casualidad, sino que pone como objeto de su previsión una justa distribución de cargas y privilegios en su totalidad sobre la base de la igualdad de todos ". Agrega, que dentro de una democracia, el contenido de la noción de estado social puede entenderse desde dos perspectivas. La primera y más difundida es la que lo asimila a Estado de Bienestar, es decir un Estado que, a nivel constitucional, consagra derechos económicos-sociales, y a nivel

2.- La constitucionalización del derecho laboral.

El escenario anterior generó un gran impulso al constitucionalismo, el cual se proyectó en las distintas disciplinas jurídicas. Particularmente en el derecho penal y civil, al cual se agregaron entre otros, el Derecho del Trabajo. Debe recordarse que el nacimiento de esta parcela jurídica, se ubica a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, primeramente formando parte del derecho civil, hasta desprenderse completamente con la primera codificación laboral del año 1931⁶, que es el corolario a la dictación de leyes aisladas y los 7 cuerpos legales aprobados por el Congreso Nacional, fruto de la presión ejercida por los militares en el llamado "ruido de sables" del año 1924⁷.

administrativo provee una serie de prestaciones a los ciudadanos principalmente en el ámbito de la seguridad social. Ejemplos clásicos de tal concepción son la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución Española de 1978. La segunda acepción no se vincula a la idea de prestaciones asistenciales, sino al perfeccionamiento del Estado Liberal de Derecho. Así entendida el deber del Estado será de intervenir en el ordenamiento jurídico a fin de establecer condiciones que compense la debilidad relativa de algunos frente al poder social de otros. La regulación y reforzamiento de los derechos de sindicación y huelga y los derechos irrenunciables a favor de los trabajadores constituirían típicos ejemplos de tal regulación.

Respecto de esta última concepción el autor en comento afirma que ella posee la ventaja de remitirse a una determinada configuración del ordenamiento jurídico, independiente de los recursos que el Estado posea. Así, sería un paso en la evolución del Estado de Derecho y no una desviación del mismo. Aldunate, Eduardo: "Derechos Fundamentales". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p. 68 y sgtes.

⁶ D.O. de 28 de Mayo de 1931, no obstante entró en vigencia 6 meses después. Se trata de una compilación de leyes entre las se debe citar; la N°2.951 de 1915, de sillas en establecimientos comerciales; N°3.321 de 1917, sobre descanso dominical; N° 3.915 de 1923, sobre peso máximo de sacos de carguío; N° 4.053 de 1924, sobre contrato de trabajo; N°4.055, de 1924, sobre accidentes del trabajo; DL N° 442, de 1925, sobre protección a la maternidad obrera y salas cunas, entre otras. Este Código distinguía una reglamentación diferente entre empleados y obreros, criterio posteriormente abandonado, utilizándose ahora la expresión "trabajadores".

⁷ Se conoce como tal a la fuerte presión que ejerció la oficialidad del ejército sobre el Congreso Nacional el 08 de Septiembre de 1924, exigiendo la aprobación de 7 leyes laborales. Ella fue una muestra del descontento de la

De esta forma, las distintas ramas del derecho comienzan a reclamar el lugar que estimaban, les correspondía, en el contenido de estas nuevas constituciones, introduciéndose cláusulas que consagraban derechos de esas respectivas parcelas jurídicas originando la corriente conocida como "Constitucionalización de los derechos".⁸

Actualmente y a fin de abordar el contenido de este trabajo, la constitucionalización que alcanzó también a las materias laborales, no se

oficialidad frente a la preocupación del Congreso por aumentar su dieta parlamentaria, en desmedro de legislar sobre las imperiosas necesidades laborales y sociales; pero sus antecedentes se remontan a muchos años de descontento social enmarcados en diversos movimientos obreros y civiles que buscaban reivindicar derechos primordialmente laborales. Eyzaguirre, Jaime: "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile". Editorial Universitaria, 10^o edición, 2004, p. 204 y 205.

⁸ La Constitucionalización del Derecho se refiere al proceso mediante el cual las Cartas fundamentales dejan de ser simples textos programáticos, adquiriendo fuerza normativa vinculante. En relación a ello Cea indica que "tal constitucionalización encierra otra implicancia, seguramente más novedosa, aunque difícil de aceptar por nuestra tradicional sumisión a la ley...Nos referimos al rasgo, hoy casi universal y pacíficamente sustentado, de la aplicación, directa o indirecta, de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin necesidad que las disposiciones legales mediaten, según la tesis de la ley como pantalla, esa ejecución de los preceptos supremos". Cea, José: "Derecho Constitucional Chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2004, t. II, p.69; asimismo Huepe, Fabián: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°227-228 (1-2), Concepción, 2010, pp.173-175. En el derecho del trabajo, la constitucionalización se manifiesta con la inclusión de cláusulas laborales en la Carta Fundamental y ello se produce históricamente con posterioridad a la recepción de los derechos civiles y políticos (En nuestro país este proceso se inicia tardíamente con la reforma a la Constitución del año 1925, mediante la ley N° 17.398, del año 1971), completándose de ese modo el reconocimiento de la ciudadanía social plena al más alto nivel jerárquico en los ordenamientos nacionales. Babace, Héctor: "Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos." Anuario del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N°3, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 255.

produjo temporalmente en la misma época de México o Alemania, toda vez que la Constitución del 1925 dictada durante el período en que gobernó el presidente Arturo Alessandri Palma, no incluyó estrictamente disposiciones laborales⁹. Es posteriormente, mediante la reforma constitucional del año 1971, a través de la Ley N°17.398¹⁰ del año 1971, y producto de la negociación que llevó adelante la Unidad Popular y la Democracia Cristiana, movimientos políticos que suscribieron el llamado Estatuto de Garantías Democráticas, que permitió el ascenso al poder del presidente Salvador Allende, cuando se produce la verdadera constitucionalización del derecho laboral chileno¹¹, al introducir en la Carta Política, el derecho al trabajo y la justa remuneración, el derecho de los trabajadores a participar en los beneficios de su actividad, la libertad de trabajo, la libertad sindical y la huelga; que bien pueden estimarse como parte del núcleo básico de los derechos de los trabajadores en una sociedad liberal que adopta el modelo económico de producción capitalista¹².

⁹ D.O. de 18 de septiembre de 1925. Dicha Carta Fundamental contenía en el Capítulo III, las denominadas "Garantías Constitucionales", que recibieron el incipiente catálogo de derechos sociales o de prestación, entre los que se encuentran mencionados: El derecho a la educación, (N° 7) la imposibilidad de prohibir cualquier clase de trabajo, (N° 4) y la protección del trabajo, la industria y a las obras de previsión social (N°14) entre otros.

¹⁰ D.O. de 09 de enero de 1971. Esta Ley fue conocida como el Estatuto de Garantías Democráticas, en cuanto fijaba un marco constitucional que debía ser respetado tanto por el conglomerado político que había triunfado en la elección parlamentaria, como por el partido que apoyó la ratificación de Salvador Allende como Presidente de la República.

¹¹ En efecto, la comentada Ley N°17.398 efectúa diversas reformas constitucionales de relevancia, siendo fundamentales a nuestro análisis las del artículo 10, correspondiente a las Garantías Constitucionales, donde incorpora en el numeral 14 el Derecho al Trabajo y en el numeral 16 el Derecho a la Seguridad Social.

¹² Sin perjuicio de lo señalado debemos recordar que el modelo liberal capitalista puro se muestra diametralmente opuesto a lo propugnado por el derecho laboral, lo que se evidencia con la falta de normativa laboral en la Constitución de 1925. En efecto "las garantías constitucionales, versión jurídica positiva de los derechos

Como es lógico, la ascensión de derechos de naturaleza laboral a la constitución no puede ser frondosa, incluyéndose solo aquellos que se estiman indispensables en relación al trabajo humano, cuya conexión con la dignidad de las personas, es hoy ampliamente reconocida en todas las constituciones democráticas.

3.- Legalización o laboralización de los derechos constitucionales.

Sin embargo, constatando la realidad actual de nuestro país, se ha ido configurando una cierta tendencia, que este autor estima de interés, esto es, que si bien la constitucionalización pudiere ser la aspiración de una máxima garantía para el ejercicio y disfrute de los derechos laborales de rango constitucional; en estos últimos años, al parecer, este reconocimiento requiere una técnica adicional, cual es, replicar casi en los mismos términos, los derechos constitucionales, pero ahora en la ley. Así, se produce un fenómeno inverso al de constitucionalización, que puede calificarse de "legalización o laboralización de los derechos constitucionales"¹³, haciendo presente desde ya, que esta realidad se

fundamentales son, antes que todo, las prerrogativas que el Estado Liberal acuerda para proteger al comerciante y al burgués de la invasión estatal. Se trata, en ese sentido, de derechos individuales" En Ugarte, José Luis: "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Editorial Legal Publishing, 3ª edición, Santiago de Chile, 2010, p. 7.

¹³ Esta hipótesis de regulación permite acuñar la expresión "laboralización de los derechos constitucionales", en cuanto al replicarlos casi textualmente desde la Constitución al C.T., presenta la dificultad de adaptar su contenido a los principios, características y fuentes propias del derecho del trabajo, adicionalmente surge la necesidad de la protección y eficacia de dichos derechos y que no se transformen en meramente programáticos. Mella Cabrera, Patricio: "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la ley N° 19.759 publicada en el D.O. del 05.10.2001". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°208, año 2000, pág.25. En este mismo sentido Sagardoy señala que "la importancia de la laboralización de los derechos fundamentales tiene su razón de

proyecta más allá de los derechos típicamente laborales, como la libertad de trabajo o la libertad sindical, extendiéndose a los otros derechos que pertenecen propiamente a todos los ciudadanos y no solo a los trabajadores, citándose entre estos, el derecho a la vida e integridad física y psíquica, la igualdad, honra, libertad de opinión y religiosa, etc. El fenómeno anterior ha constituido la base del gran desarrollo de la llamada "teoría de los derechos fundamentales laborales" y aquella que los distingue entre derechos fundamentales específicos e inespecíficos¹⁴.

Si bien algún lector puede rebatir fácilmente esta aparente novedad, afirmando que es perfectamente lógico que los cuerpos legales desarrollen el contenido de los derechos constitucionales contemplados en la Carta Política, dada la postulada intermediación que debe hacer la ley respecto de la Constitución - y además por el carácter sintético y resumido de sus disposiciones - ello en mi opinión no es suficiente, toda vez que con las recientes reformas procesales llevadas a cabo en nuestro país, se ha entregado a los jueces de grado inferior, que dan inicio a la pirámide o

ser en la propia esencia del contrato de trabajo... La relevancia de la persona del trabajador, que lleva aparejada la limitación de los poderes del empresario." Sagardoy Bengoechea, Juan: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi S.A, Navarra, año 2005, p. 25.

¹⁴ Es Palomeque quien difunde esta clasificación que tendría un gran impacto en la doctrina y jurisprudencia laboral. Para este autor al describir los que denomina "derechos constitucionales laborales inespecíficos " señala que al lado de ciertos derechos constitucionales, cuyo origen específico o razón de ser, se encuentra en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente sus ejercicio fuera de las mismas, mencionando el derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc., existen otros, 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)siendo titulares de ellos en razón de ser ciudadanos, mencionando un catálogo que comienza con el derecho a la igualdad y no discriminación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, y así hasta culminar con el derecho a la educación. Palomeque López, Manuel- Alvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces, 18va edición. Madrid, España, 2010, pp. 119 Y 120.

jerarquía del Poder Judicial, la potestad de aplicar directamente la normativa constitucional. Si bien se podría retrucar que el principio de la vinculación directa o inmediata de los preceptos constitucionales y su eficacia horizontal,¹⁵ ya tenían cierta data en nuestro país, la reforma del contenido de las sentencias en el juicio penal, de familia y finalmente laboral,¹⁶ obliga al juez a fundar y justificar sus decisiones entre otras fuentes, en la constitución, lo que inmediatamente lo conducirá a determinar cómo aplicar textos de doble regulación, en los que , normalmente, las disposiciones constitucionales deben interpretarse conforme a ciertos criterios interpretativos distintos a la interpretación de

¹⁵ La teoría de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales encuentra su origen en un trabajo de Hans Carl Nipperdey, en Alemania, en el año 1950, quien postula la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado como proveniente directamente de la Constitución sin necesidad de mediación legislativa. Esta teoría se la denomina "Drittwirkung der Grundrechte" y encontró su reconocimiento en una sentencia del Tribunal Federal del Trabajo, al pronunciarse expresamente en favor del precepto constitucional de la igualdad salarial de hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral. Esta tesis, que predomina en nuestro país, enfrenta serias objeciones, y destacadamente pueden citarse dos: Una, que la eficacia horizontal anula la autonomía privada, y terminaría por destruir el derecho privado, al hacerlo por completo innecesario, pues los jueces podrían basar sus decisiones directamente en el texto constitucional prescindiendo de las prescripciones legales existentes (conclusión que se puede extender al derecho del trabajo de rango legal) y la segunda, es que esta doctrina en la práctica retira importantes ámbitos de la configuración social de las manos del legislador democrático, en cuanto serán los jueces quienes finalmente configurarían el modelo social y jurídico aceptado, es decir, se puede generar un verdadero "Estado Judicial". Julio Estrada, Alexei: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000, p.95 y sgte.

¹⁶ "Así, siguiendo un camino irreversible, iniciada por las reformas al proceso penal y de familia (Código procesal Penal, artículo 342, letra b) y ley sobre Juzgados de familia N° 19.968, artículo 66 N° 5) ahora el nuevo juicio oral del trabajo impuso como regla ineludible que las sentencias laborales deben contener en relación a las fuentes "Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes..." Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un precedente griego del nuevo juicio oral del trabajo". En Revista del Colegio de Abogados de Chile, Regional Concepción, N° 15, Concepción, 2011, p. 34.

las leyes (en cuyo caso imperan sin restricción las reglas de los artículos 19 al 24 del Código Civil Chileno)¹⁷.

4.- Conclusión.

Efectuadas las consideraciones precedentes, examinemos ahora la regulación legal y constitucional de los derechos laborales, afirmando desde ya que conforme al estado actual de la teoría de los derechos fundamentales laborales, y las variadas reformas introducidas en los últimos años al C.T.¹⁸ , la doble regulación supera los llamados derechos

¹⁷ Recordemos que según la doctrina tradicional dichos preceptos consagran los criterios de interpretación clásicos, gramatical, histórico, lógico y sistemático, propuestos por Savigny; para la interpretación de la Constitución dichos criterios resultan insuficientes, y la doctrina nacional ha propuesto dos concepciones diversas de interpretación: el Originalismo, que atiende a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente (como el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Constitución), y el Evolucionismo, que interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la misma. Al respecto recomendamos Bassa, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle" en Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Viña del Mar, 2011, pp. 15-42; Quispe, Carlos: "La interpretación constitucional". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, N°13, Madrid, 2011; En el ámbito legal laboral el CT. no contempla reglas sobre interpretación, por lo tanto la doctrina como jurisprudencia laboral reconocen la aplicación supletoria de los criterios interpretativos contenidos en el CC., esto es, gramatical, lógico, sistemático e histórico; aunque destacadamente en el método gramatical se ha acudido al principio pro-operario, que postula en que los distintos sentidos de una norma del trabajo se debe optar por aquella que favorezca al trabajador.

¹⁸ Desde el año 2000 a la fecha se han publicado más de una veintena de leyes en el ámbito laboral, entre las que destaca la Ley N°19.759 de 05/11/2011 que modifica modalidades de contratación, derecho a sindicación y derechos del trabajador; Ley N°20.005 de 18/03/2005 que tipifica acoso sexual; Ley N°20.022 de 30/05/2005 que crea Juzgados Laborales y de Cobranza Laboral y Previsional; Ley N°20.087 de 03/01/2006 que sustituye el procedimiento laboral del Libro V CT; Ley N°20.255 de 17/03/2008 que establece Reforma Previsional; Ley N°20.611 de 08/08/2012 en materia de protección de las remuneraciones, entre otras.

laborales constitucionales típicos, extendiéndolos a otros del catálogo del artículo 19 de la C.P., surgiendo el concepto “derechos fundamentales inespecíficos”.¹⁹ Sin duda alguna contribuye a este desarrollo el progreso del constitucionalismo en cuanto propone que el diseño de los derechos fundamentales no puede limitarse a los denominados derechos de libertad, indispensables en una etapa histórica marcada por grandes guerras y pérdida de vidas humanas, sino que ahora, ha surgido el tiempo de los derechos sociales, dado que no es posible profundizar el modelo democrático occidental sino se resuelven las brechas de desigualdad existentes en las sociedades modernas.



¹⁹ La distinción entre derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos ya descrita por Palomeque tiene por objetivo destacar la falta de concreción y eficacia de los segundos, los cuales habían sido desatendidos por el legislador, y en la práctica el poder prevalente del empresario en la relación de trabajo, constituía un factor de ineficacia de dichos derechos. El autor los define como “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, trabajadores”. Ver cit. (14).

II.- Los derechos laborales y su recepción en el C.P.

1.- La reforma constitucional del año 1971.

En nuestro país y como ya se indicó, destacadamente la recepción de derechos de naturaleza laboral recogidos por la Carta Política se concreta en la reforma constitucional del año 1971,²⁰ consagrándose el derecho al trabajo, la libertad de trabajo, la justa remuneración y participación en los beneficios de la actividad que realiza el trabajador, la libertad sindical y la huelga. Si bien no se menciona la negociación colectiva, la doctrina laboral es prácticamente uniforme en señalar que la libertad sindical la comprende²¹. Igualmente se consagró el derecho al trabajo, lo que implicaba la obligación del Estado Chileno a proporcionar a sus connacionales una labor efectiva a fin de concretar este nuevo estado

²⁰ El artículo 10 de la Constitución de 1925 substituye la referencia a la Libertad de Industria en su numeral 14° por lo siguiente:

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.

Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

²¹ En Palomeque, Manuel- Álvarez de la Rosa, Manuel: “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit., pp.336-346; Villavicencio, Alfredo: “Constitución y Libertad Sindical”, en Neves, Javier (director): “Trabajo y Constitución”. Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1989, p.180; Caamaño Rojo, Eduardo – Ugarte Cataldo, José Luís: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico”. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 14-15; Thayer, William- Novoa, Patricio: “Manual de Derecho del Trabajo”. Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago de Chile, t. I, pp.119-120.

democrático y social de derecho. Adicionalmente surge también como derecho autónomo, la libertad de trabajo y la huelga, mencionándose la Seguridad Social, la cual actualmente se ha desprendido del Derecho del Trabajo, normándose actualmente en el artículo 19 N° 18 de la Constitución del año 1980, actualmente vigente²². También debe destacarse que junto al reconocimiento del derecho al trabajo de todo ciudadano, se indicó que el trabajador tendrá derecho a una “remuneración suficiente acorde con la dignidad humana”, cuestión que no se replicó en la Constitución de 1980, lo que no ha sido óbice para generar en nuestro país un serio debate entre trabajadores, empresarios y gobierno, postulándose la necesidad de un ingreso mínimo garantizado, el cual permanentemente se busca aumentar por los trabajadores. Adicionalmente se incluye una “justa participación en los beneficios que de su actividad provengan”, derecho que claramente ha permanecido sin contenido sustancial para los trabajadores de nuestro país, toda vez que tanto la participación en la gestión empresarial o respecto a las utilidades que obtienen los empleadores, ha sido una cuestión negada sistemáticamente por el empresariado nacional.

Este modelo constitucional, intentado en una circunstancia histórica que trajo aparejado el quiebre constitucional, sustituyendo una orientación estatista por una de libre mercado, originó como natural consecuencia un brusco cambio en nuestra tradición constitucional, imponiéndose durante

²²D.O. de 24 de octubre de 1980. En nuestro país existe un arduo debate acerca de sobrevivencia de la Constitución de 1980, ello en razón de las numerosas reformas introducidas. Así, Cristi, señala que la Constitución actual no corresponde a la original de 1980, toda vez que el titular o sujeto del poder constituyente es distinto al que aprobó el texto de 1980. Cristi, Renato: “El pensamiento político de Jaime Guzmán”. LOM ediciones, Santiago de Chile, 2000, p.147. En sentido contrario, ver: Atria, Fernando: “Entre la soberanía y lo político”, en “Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009, p. 157y sgtes.

el gobierno militar de la época (1973-1990), la Constitución Política de 1980²³, la cual quita la potencia constitucional que entregó la modificación del año 1971, peyorizando los derechos constitucionales laborales, y suprimiendo derechamente algunos de sus contenidos fundamentales²⁴.

2.- La Constitución Política de 1980.

Dicha Carta Política, que rige actualmente, sufrió durante los años venideros, diversas modificaciones, sin que estas alcanzaran a las cláusulas constitucionales laborales. De esta forma, el contenido laboral contemplado en los artículos 19 N° 16 y 19, no ha experimentado cambios, y sin duda alguna, su reglamentación es coherente al nuevo modelo económico y político que pretendían los gobernantes de facto de esa época.



²³ En efecto, la Constitución de 1925, predecesora de la actual, cesó en su vigencia el 11 de septiembre de 1973 con el DL N°1 de la Junta de Gobierno, que atribuye a la Junta “el mando supremo de la nación”. Con fecha 16 de noviembre de 1973, mediante DL N°128, se precisa el alcance de dicha frase, señalando que la Junta de Gobierno, desde el 11 de septiembre de 1973 había asumido el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”. Ver Molina, Hernán: “Derecho Constitucional”. Editorial Legal Publishing, 11^a edición, Santiago de Chile, 2011, p. 27 y sgtes.

²⁴ El ejemplo más patente al respecto lo encontramos respecto al Derecho a Huelga, que sólo aparece expresado en la Carta Fundamental con un contenido negativo, es decir, expresando prohibiciones y restricciones en cuanto al mismo. En ese sentido Cea señala que “La Constitución de 1925, después de ser reformada con el estatuto de garantías de 1971, optó por reconocer la huelga con el carácter de derecho y no de un mero hecho o circunstancia inevitable. Para esto el poder constituyente se atuvo a los tratados internacionales que reconocen a la huelga como una facultad legítima de los trabajadores. Pero en la Constitución de 1980 se cambió de criterio, buscando comprimir la huelga lo más posible...En la Comisión de Estudio se planteó que la huelga fuera considerada un simple hecho sin regulación jurídica...”. Cea, José Luis. Ob. cit., p. 438.

Así, se consagra la libertad de trabajo, eliminándose la referencia al derecho al trabajo,²⁵ derecho de libertad que tiene un contenido múltiple, abarcando la libre elección del empleo, la libre contratación y imposibilidad de establecer trabajos prohibidos, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Esta redacción no implica que las partes de la relación laboral disfruten de autonomía para fijar el contenido obligatorio del contrato de trabajo, ya que ella está limitada por el orden público laboral bajo la fórmula de mínimos inderogables; esto es, remuneración mínima, jornada máxima de 45 horas semanales, descansos, feriado anual, etc., los que se desarrollan en el C.T. Esta lectura de la constitución resulta de la aplicación armónica del 19 N° 16 de la Carta Política, en cuanto el texto expresa como regla en el inciso primero, “la protección del trabajo”.

También se incluye la justa retribución, sustituyendo la expresión “justa remuneración” que empleaba la modificación constitucional 1971, transformando la norma en una textura abierta, sujeta a un valor de difícil determinación en un caso concreto.

Se garantiza también la prohibición de discriminación laboral, salvo que se funde en la capacidad o idoneidad personal, consagrándose entonces que ciertas condiciones no pueden estimarse criterios discriminatorios como es el caso de un trabajador que posea calificaciones académicas que otro no tiene. La prohibición de trato desigual alcanza tanto a la discriminación directa como la indirecta²⁶. Aún cuando el texto

²⁵ Se ha cambiado la nomenclatura del otrora artículo 10N°14 de la Constitución de 1925, “Derecho al trabajo”, en el actual artículo 19N°16 de la actual Carta Fundamental, por la “Libertad de trabajo y su protección”.

²⁶ En relación a la igualdad en su acepción jurídica laboral, Cea, siendo conteste en la doctrina constitucional, señala que esta igualdad o isonomía laboral debe

constitucional expresa que los criterios de discriminación por nacionalidad y edad, quedan regulados por la ley, en relación a esta última diferenciación, lo cierto es, que el trato diferente está suficientemente justificado por la protección del trabajo a menores, verdadera lacra de las sociedades libremercadas, conclusión que no se extiende a la protección del trabajo a los nacionales ya que la fórmula general empleada por el Código del Trabajo Chileno al regular esta materia (artículos 18 y 19 del C.T.) no es incompatible con la prohibición, salvo que optemos por limitarlos a ciertos casos, de manera particular, interpretando la aludida disposición constitucional de forma "pro-homines"²⁷ a favor de los trabajadores inmigrantes.

En el precepto 19 N° 16 ya mencionado, se contiene también el derecho a la negociación colectiva, pero limitada al ámbito de la empresa,

relacionarse con la consagrada en el artículo 19N°2. Cea, José Luis, Ob. Cit., tomo II, p. 429; En el mismo sentido Molina, quien explica dicha igualdad señalado que "deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentran en análogas situaciones de hecho". Molina, Hernán, ob. Cit., p. 266. En base a lo señalado podemos concluir que no se trata de una igualdad absoluta, sino que una igualdad en situaciones equiparables, discriminando en las situaciones distintas. Para Gauché, en "una primera y simple aproximación se puede decir que la discriminación es "directa" cuando una persona recibe un trato inferior en el goce y ejercicio de sus derechos en razón específicamente de alguno o algunos de los criterios que forman su identidad, tales como el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, el color de la piel, la nacionalidad, la religión, etc. La discriminación es "indirecta" en cambio cuando se adopta una medida o política que si bien no busca otorgar el trato inferior, en los hechos lo produce en función justamente de alguno o algunos de estos criterios de identidad y diferenciación que he señalado". Gauché Marchetti, Ximena: "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, año 2011, p.149.

²⁷Sobre la interpretación "pro-homines o pro-libertatis", se sostiene que conforme a este principio hermenéutico, en caso de ser admisibles distintas operaciones interpretativas legítimas, debe prevalecer la que más favorezca a las personas y su libertad. Viera-Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable" en "Cuadernos del Tribunal Constitucional", n°46, Santiago de Chile, 2011, p. 121.

expresión constitucional del llamado Plan Laboral implementado por el Gobierno Militar con los Decretos Leyes N° 2756 y 2759 de 1979, y obra del Ministro del Trabajo de esa época, José Piñera Echeñique, el cual buscaba excluir la negociación colectiva por rama de actividad o a nivel nacional. Si bien en la codificación se contempla la posibilidad de una negociación interempresa (artículo 334 del C.T.) ella requiere acuerdo previo, por escrito, y otorgado ante un ministro de fe, más una autorización de los trabajadores, a la organización sindical de que se trate, decidida por la mayoría absoluta de los trabajadores afiliados. Como se advertirá basta la negativa empresarial y el derecho se transforma en impracticable. Curiosamente, esta negociación por rama de actividad o a nivel nacional está prohibida para los funcionarios públicos chilenos y sin embargo se puede apreciar que en la práctica negocian por sectores de la administración pública, paralizan sus funciones y los representantes de los trabajadores del sector público son reconocidos y legitimados por las autoridades correspondientes. Se produce una antinomia entre el goce de un derecho típico del trabajador del sector privado, y una conducta que está prohibida para el funcionario público. Así las cosas parece que en nuestro país se puede sostener la validez de la costumbre contra ley al reconocerse la eficacia de los acuerdos suscritos entre los funcionarios públicos y las autoridades de la Administración del Estado a pesar que la ley niega tal opción.

Conjuntamente con el derecho a negociar colectivamente, concebido de manera restrictiva en la C.P. del año 1980; se menciona la huelga en una fórmula negativa, despojando notoriamente a este derecho de su contenido sustancial, esto es, el paro de actividades como medio de

presión legítima del cual dependen los trabajadores en los procesos negociadores con sus empleadores.²⁸

Además, se circunscribe la huelga a los casos que se vinculan a un tipo de negociación (la llamada negociación reglada de los artículos 315 y siguientes del C.T.) descartándose en las dos otras hipótesis autorizadas por el C.T. o cualquier otra que provenga del natural conflicto de interés entre trabajadores y empleadores²⁹. Así las cosas, la huelga requiere una consagración distinta a la indicada en nuestra Carta Política y ello es perfectamente validable por la circunstancia que la mayoría de los países adheridos al modelo de producción capitalista, la contemplan en sus Constituciones³⁰ sin las restricciones que se mantienen en la Carta Institucional de nuestro país.

²⁸ Resulta interesante analizar el modo que la Comisión de estudio de la Constitución, es decir la que efectivamente redactó la Carta de 1980, entendió a la huelga: "La Comisión no considera a la huelga como un derecho, sino como una solución de fuerza que no conlleva en sí ningún principio de justicia y, además, en nuestro país ha sido usada por ciertos grupos políticos como un instrumento de lucha de clases. La experiencia enseña que no pocas veces ella perjudica a los trabajadores y generalmente a la comunidad". "Comisión de Estudio: Informe con proposiciones e ideas precisas de 16 de agosto de 1978", reproducido en Revista Chilena de Derecho, N°1-6, Santiago de Chile, 1981, p. 227.

²⁹Recordemos que el C.T., en sus artículos 314, 314 bis A, 314 bis B y 314 bis C autoriza, además de la negociación colectiva reglada (arts. 315 y sgtes.), la negociación colectiva semi-reglada y negociación no reglada.

³⁰A modo de ejemplo tenemos la regulación legal de la huelga en EE.UU., donde se sigue un modelo polivalente restringido. Es decir que en él las normas legales fijan una pluralidad de objetivos o finalidades pero restringidas a una enumeración legal, que en general están limitadas a la expresión de reivindicaciones económicas y/o de defensa de intereses profesionales. A pesar de su restricción el modelo Estadounidense reconoce una pluralidad de finalidades y objetivos lícitos a la huelga, a diferencia de lo que ocurre en nuestro régimen de ella. Al respecto recomendamos ver Ugarte, Luis: "El Derecho Fundamental de Huelga en Chile" Disponible en http://www.sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11:el-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3:informacion-de-utilidad (última revisión 7/10/2013)

3.- Crítica al modelo constitucional de 1980.

Al contrastar estos derechos constitucionales (negociación colectiva y huelga) con la anterior modificación constitucional, aparecen seriamente afectados en su contenido, ya que en la redacción del año 1971, tanto la libertad sindical, como la huelga no incluían limitaciones en el texto, pudiendo perfectamente compatibilizarse con la concepción moderna de la libertad sindical, esto es, inclusiva de la libertad para afiliarse y constituir sindicatos, dotarse de su reglamentación con autonomía, negociar colectivamente y ejercer el derecho al paro³¹.

Finalmente, y en un precepto separado, el artículo 19 N° 19, la Constitución, asegura el derecho de sindicación, esto es, formar parte, constituir y retirarse de un sindicato. La libertad de afiliación no siempre ha sido compartida por los trabajadores, los cuales postulan que una afiliación obligatoria les permitiría fortalecer sus organizaciones sindicales, aumentar su capacidad de negociación frente a los empresarios, los cuales claramente se organizan a nivel no solo local sino también nacional.

La fórmula constitucional da cuenta de una visión meramente orgánica del sindicato, lo que explica la separación de sus facultades

³¹ Así respecto de la Huelga tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical de la OIT han estimado que el derecho a huelga forma parte del derecho a organizar sus actividades y formular su programa de acción, contenido en el art. 3 del Convenio N°87 OIT, y que es parte esencial del contenido de la Libertad Sindical. Segundo informe del Comité de Libertad Sindical, 1952, caso N°28 (Jamaica), párr. 68; en cuanto a la Negociación Colectiva, tanto el Convenio N°98 en su artículo 4, como el Convenio N°154 más detalladamente, señalan que ella es parte del contenido de la libertad sindical. "Libertad sindical y relaciones de trabajo", Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30a reunión, Ginebra, 1947, p. 53. También en "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT". Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición, Ginebra, 2006, párr.881.

naturales (negociación colectiva y la huelga) en un precepto separado de la constitución. Postulo la necesaria modificación o adecuación constitucional de este derecho, separando los aspectos individuales de la relación laboral (contenidos en un precepto constitucional) de los colectivos (reformulación del actual artículo 19 N° 19 de la C.P.) a fin de lograr el disfrute efectivo de este derecho constitucional como lo postula la mayoritaria doctrina³² y el hecho que la mayoría de los estados democráticos y social de derecho, los contienen, sin quebranto en sus respectivos ordenamientos jurídicos.



³²En este sentido, en la doctrina comparada, Ermida Uriarte, Oscar: "Libertad Sindical y Derecho de Asociación ". En "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional ". Asociación Laboral para el desarrollo, Lima, 1992, p. 63 y sgtes. Y en la nacional, Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 30, Valparaíso, 2008, p. 265 y sgtes.

III.- Los derechos constitucionales y su descenso a la legislación laboral.

1.- La réplica legal de los derechos constitucionales.

Hechas las reflexiones sobre el estado de las cláusulas constitucionales laborales, abordaré la manera como la Constitución desciende a la ley, replicando los derechos fundamentales, sean los estrictamente laborales o específicos o aquellos que pertenecen al trabajador en cuanto a ciudadano, como es el caso de los derechos fundamentales inespecíficos.

En este punto, no se trata simplemente de un desarrollo del derecho constitucional por la ley, cuya redacción es de carácter comprimida y dudosamente calificada como principio,³³ sino de una réplica literal, originando la dificultad de si debe aplicarse uno u otro, destacando ya la primacía del texto constitucional, y la circunstancia que en algunos casos que se examinarán, no se indican condiciones de aplicación (cuando

³³ La designación de los derechos fundamentales y su manejo como principios tiene un origen germánico, primeramente con conexión al texto constitucional de Weimar(1919), en cuanto la Constitución tiene una función integradora en torno a ciertos valores. Estos valores se expresan en primera línea en los derechos fundamentales. Luego, tiene como antecedente casos resueltos por el Tribunal Constitucional federal alemán al recoger la idea de un orden objetivo de valores plasmado en los derechos fundamentales a propósito del caso LUTH. Y finalmente, por la influencia de Alexi, quién postula que los derechos fundamentales expresarían valores, y la faz deóntica de los valores serían los principios a los que reconoce el carácter de normas. Un autor estima errada la tesis que le atribuye el carácter de principios a los derechos fundamentales, desarrollando una sólida argumentación al respecto. Aldunate, "Derechos Fundamentales". Ob. Cit. p. 117). Sin embargo esta postura no sido seguida en el ámbito laboral, tanto en la doctrina como jurisprudencia. En este sentido, ver, Gamonal Contreras, Sergio: "Fundamentos de Derecho laboral", Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 36 y sgtes.

es la ley la que los menciona) que debería ser lo usual al desarrollar los derechos constitucionales en sede legal.

2.- La ciudadanía laboral.

La fórmula antes explicada se hace patente en nuestro ordenamiento jurídico laboral a partir de la reformas al C.T. introducidas por la ley 19.759 del año 2001, en la que destacadamente se produce el reconocimiento a la ciudadanía laboral³⁴ la cual postula que la empresa no es un lugar propicio para el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador, esto, dada la estructura del contrato de trabajo, que en el plano individual se plasma en el elemento de la subordinación (artículo 7 del C.T.) y en el plano colectivo, la facultad privativa del empresario en cuanto se niega al trabajador toda ingerencia en la organización, dirección, administración de la empresa y que se concreta en la redacción del artículo 306 del C.T.³⁵ Si bien la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre privados (la relación laboral lo es) estaba disponible desde la Constitución de 1980, en la práctica, al ingresar el trabajador a su empleo, reproducía una abdicación constitucional del trabajador a favor del empleador, cuestión inadmisibles dado el trato igualitario que las constituciones modernas postulan.

³⁴Los derechos fundamentales propiamente laborales aluden al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a toda la protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados. Habitualmente denominados como Ciudadanía Laboral, forman parte protagónica de los derechos económicos y sociales. López, Diego: "Los derechos fundamentales en el trabajo" en Temas Laborales. Dirección del trabajo N°22(año 9), Santiago de Chile, 2004, p.1

³⁵En efecto, el inciso segundo del precepto indicado prescribe: "No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma".

Particular comentario debe hacerse en relación a la ineficacia del recurso de protección como medio idóneo para obtener el disfrute de los derechos constitucionales del trabajador, dado que su eventual uso colocaba en peligro la permanencia del trabajador en su empleo³⁶. El escenario anterior hizo patente la ineficacia de la tutela procesal de los derechos constitucionales del trabajador, sea por la aludida acción de protección, sea por medio de las acciones de cumplimiento típicas del juicio del trabajo, que podían ejercerse a través del procedimiento de aplicación general del C.T.

De esta forma, a pesar de la reforma del C.T., en relación a incluir una serie de modificaciones que dieran cuenta del reconocimiento y eficacia de los derechos constitucionales durante la vigencia del contrato de trabajo, en la práctica después de años de efectuada (destacadamente a través de la mencionada ley 19.759 de 2001) se logró un consenso en el llamado Foro para la Reforma Laboral y Previsional, creado durante la administración del Presidente Lagos en el año 2000³⁷ para implementar un procedimiento especial tendiente a conocer los conflictos de derechos constitucionales entre trabajador y empleador, surgiendo de este modo el llamado Procedimiento de Tutela Laboral regulado en los artículos 485 y siguientes del C.T.³⁸ La elección de este procedimiento por el trabajador

³⁶Ugarte Cataldo, José. "Tutela de derechos fundamentales del trabajador". Legal Publishing, Santiago, año 2010, p. 18.

³⁷ En junio del año 2000, el Gobierno convocó a una instancia técnica, compuesta por académicos, jueces, litigantes laborales y técnicos, a la que se llamó " Foro para la Reforma de la Justicia laboral y Previsional " la que se encargó de formular las propuestas de reforma, materializadas en los proyectos de ley respectivos que se presentaron en agosto del año 2003 al Congreso Nacional

³⁸La Ley N°20.087 de 03 de enero de 2006, que modifica el Libro V del CT. incluyó el llamado Procedimiento de Tutela Laboral, en carácter de especial, con algunas particularidades respecto del procedimiento de aplicación general, el cual actúa como procedimiento supletorio.

se hizo incompatible con la acción de protección según se indica en el inciso final del artículo 485, del C.T.

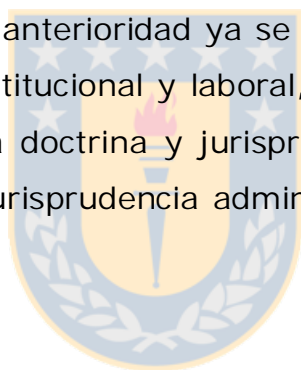
3.- La reforma al Código del Trabajo en el año 2001.

A modo conclusivo, si bien se incorpora en el título preliminar del C.T., la regla de que las facultades del empresario no podrán afectar las garantías constitucionales del trabajador (artículo 5 inciso primero del C.T.), reforzando la eficacia horizontal de dichos derechos, ello no implica una prevalencia a favor del trabajador, ya que ello conspiraría contra el trato igual de las disposiciones constitucionales, sin distinción de alguna de las partes de la relación laboral. Particular interés tiene el hecho que el precepto antes citado no limita el catálogo de derechos constitucionales que se contemplan en el artículo 19 de la Carta Fundamental, incluyendo a las cláusulas laborales constitucionales como a las que corresponden a todo ciudadano con prescindencia de si es trabajador o no; criterio que fue abandonado a la hora de decidir la competencia del juez laboral para conocer de esos conflictos a través del Procedimiento de Tutela Laboral, restringiéndolo a un catálogo reducido de derechos constitucionales, entre los que se incluyen el N° 1, esto es, derecho a la vida, integridad física y psíquica, el N° 4, 5, 6, 12 y 16 en lo relativo a la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y los trabajos prohibidos. A este catálogo se deberá agregar otros de rango legal ³⁹ como las contiendas planteadas por el trabajador con ocasión de represalias del empleador, las prácticas

³⁹Si bien el artículo 485 en su inciso 2° hace aplicable este procedimiento a otros casos de rango legal, como por ejemplo los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del CT., o las prácticas antisindicales, la conexión con derechos fundamentales es evidente, así, en el primer caso se trata de garantizar la igualdad de trato y prohibición de discriminación laboral, y en el segundo, la libertad sindical, todos los cuales están contemplados en los numerales 2, 16 y 19 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

antisindicales y prácticas desleales en la negociación colectiva, el despido discriminatorio grave y la prohibición de discriminación salarial en razón de sexo,⁴⁰ casos en que claramente se vinculan a derechos constitucionales, pero que tienen condiciones de aplicación que permiten resolver estas controversias por la vía de resoluciones legales, y no constitucionales, acudiendo destacadamente al método de subsumir y no ponderar como se postula para los conflictos de naturaleza constitucional⁴¹.

Como se indicó anteriormente, el período en que se manifiesta la tendencia de replicar los derechos constitucionales en los textos legales, al menos en la zona del derecho del trabajo, es a partir del año 2001, dado que si bien con anterioridad ya se encontraban algunos derechos de doble regulación constitucional y laboral, ello era de manera aislada y sin reacción alguna en la doctrina y jurisprudencia nacional. Esta conclusión no se extiende a la jurisprudencia administrativa, ya que existían algunos



⁴⁰ Originalmente sólo se incluía como derechos de rango legal amparados por el procedimiento de tutela, la garantía de indemnidad y los casos relacionados con actos discriminatorios del artículo 2 del C.T. y el despido discriminatorio grave, a lo que se agregaron las prácticas antisindicales, las prácticas desleales en la negociación colectiva y, más recientemente, por obra de la ley N 20.348 de 19 de junio de 2009, que extendió la tutela laboral a los casos de discriminación salarial en razón de género.

⁴¹ La elección de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, tenía como soporte la existencia de un catálogo (cerrado o abierto) de derechos fundamentales (específicos o inespecíficos), lo que sería coherente con lo dispuesto en el inciso 1º del art. 5º CT. Sin embargo, por obra de la Ley N° 20.087, de 3 de enero de 2006 y la ley N°20.348 de 19 de junio de 2009, se incluyeron hipótesis de transgresión de reglas como materias del procedimiento de tutela laboral. Se debe puntualizar que este procedimiento era concebido como una verdadera acción de protección de los derechos fundamentales laborales del trabajador.

dictámenes que ya permitían ir configurando una protección a los derechos constitucionales del trabajador al interior de la empresa⁴².

Para el autor, a fin de proporcionar una visión clarificadora de cuáles son estos derechos de doble regulación, es útil acudir al mismo orden que se contiene en el artículo 19 de nuestra Carta Política, agregándose a dicho catálogo, la dignidad humana, la que es postulada en el artículo 1º de la Constitución e impregna el contenido del resto de las garantías constitucionales. Sobre este punto el Tribunal Constitucional ha señalado que “el artículo 1ª de la Carta Política es de un profundo y rico contenido doctrinario; refleja la filosofía que impregna nuestra constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”⁴³. Examinemos cuales son estos:

4.- La dignidad del trabajador.

Existe un consenso generalizado en la doctrina constitucional que la dignidad humana⁴⁴, es un derecho fundamental con reconocimiento en el artículo 1º, inciso 1º de la Carta Fundamental, al señalar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En este aspecto, la dignidad si bien no se incluyó en el catálogo de derechos constitucionales

⁴²Gamonal Contreras, Sergio: “Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos” Editorial fundación de cultura universitaria, año 2004, pág. 25 y sgtes.

⁴³ Sentencia Tribunal Constitucional 27 octubre 1983 Rol N°19.

⁴⁴ Sobre el punto, Cea Egaña, señala” Ella es el valor que, en la teoría de los derechos humanos que sigo, se reconoce como el cimiento, presupuesto y base de todos los derechos fundamentales, sin la cual no cabe hablar de lo que es un derivación de la misma, que son las libertades, las inviolabilidades y en general, los atributos públicos subjetivos conocidos como derechos humanos”. José Luis Cea Egaña. Los derechos a la intimidad y la honra en Chile” en *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, vol. 6, n°2, Talca, 2000, p. 155.

cuyo disfrute debe ser asegurado por la Constitución Política, se estima que constituye el núcleo básico del entramado de derechos esenciales⁴⁵, en otras palabras, inunda todo el sistema de protección constitucional y así fue recogido por nuestra jurisprudencia constitucional⁴⁶. Es interesante destacar que la doctrina constitucional es aún incipiente en determinar el contenido o sustancia de la dignidad humana, lo que permite postular que la jurisprudencia, tanto emanada del tribunal constitucional a través del control concentrado de constitucionalidad⁴⁷ como el de la judicatura del trabajo en general, al ejercer el control difuso de constitucionalidad⁴⁸, debe abordar esta omisión, dándole un contenido real a este núcleo

⁴⁵ En la sesión N°92.10 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano asesor del ejecutivo encabezado por la Junta Militar de la época, respecto del valor de la dignidad, Guzmán enfatiza que " los derechos que emanarán de esa dignidad son, precisamente todos los que se consagrarán en el texto constitucional, de manera que es innecesario mencionarlos en el encabezamiento del precepto" más adelante en sesiones posteriores reafirmará dicha conclusión al indicar que tanto los derechos de libertad como de igualdad arrancan de la circunstancia que los hombres nacen libres e iguales en su dignidad". A su vez, el T.C. ha resuelto que el contenido de la dignidad a la que se alude en el art. 1° de la C.P. corresponde a un "principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados". Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 28 de octubre de 2003, Rol N°389.

⁴⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, Rol N° 1340. Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 11 de enero de 2007 Rol N° 591. Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 06 de agosto de 2010, Rol N° 1710-10.-

⁴⁷ El control concentrado de constitucionalidad alude a las atribuciones de un tribunal especial encargado de establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto legal. En nuestro país, conforme a las normas contenidas en el capítulo VII, de la Carta Fundamental, corresponde al "Tribunal Constitucional".

⁴⁸ El control difuso se refiere al examen de constitucionalidad que realiza el juez de la judicatura común, al resolver las controversias que se someten a su conocimiento, caso en el cual deberá velar por la prevalencia de las normas constitucionales por sobre las reglas de rango legal. En materia laboral este control se puede realizar en todos los procedimientos del trabajo, sin que ello quede reservado a los casos que debe conocer el Juez del Trabajo en el Procedimiento de Tutela Laboral, regulado en los artículos 485 y ss. del C.T.

esencial, de lo contrario se continuará con declaraciones tautológicas del concepto, sin clarificar su contenido, lo que naturalmente no contribuye a la protección y reconocimiento de dicha dignidad.

El constitucionalista español Ruiz Gimenez⁴⁹, expresa, que la dignidad despliega una “función legitimadora del orden político, promocional de otros derechos y hermenéutica”. A su vez El Tribunal Constitucional Español⁵⁰ ha señalado que la dignidad se erige en un “mínimum invulnerable” y postula que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre. Sin embargo el TC. Español no precisa cuales serían hipótesis de “mínimum invulnerables”, y por otra parte tampoco define que es la dignidad, aun cuando se debe reconocer la dificultad de dicha tarea, por lo que necesariamente habrá de concretarse caso a caso, cuales son los atentados a dicha dignidad. A modo conclusivo, no existe inconveniente en afirmar desde el prisma constitucional que la dignidad humana constituye el núcleo de los derechos fundamentales que no admite limitación bajo ningún aspecto ni consideración, es un espacio irreducible de resguardo del ser humano y que la Constitución debe amparar, so pena de perder su función legitimadora del orden social.

En el plano laboral, este derecho fundamental que sirve de guía y soporte ineludible del resto de las garantías constitucionales, también fue recogido por el C.T. en la parte preliminar, esto es, el artículo 2, lo que denota su carácter orientador de la normativa del trabajo, pero eso sí, y al igual que lo ocurrido en sede constitucional, se ha producido una seria ambigüedad en cuanto a establecer su contenido, lo que sin

⁴⁹ Citado por Sagardoy Bengoechea, Juan, Ob. Cit., pp. 49-50.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. 120/1990, 27 de junio de 1990.

duda alguna deberá esclarecerse con el desarrollo de la jurisprudencia laboral, a propósito de los fallos dictados en los juicios de tutela laboral regulado en el párrafo VI, Capítulo II del libro V del C.T., varias veces aludido en este trabajo. De esta manera, en la disciplina laboral, la dignidad del trabajador tiene un sentido polivalente y, porque no decirlo, también difuso y a ello ha contribuido la doctrina, en cuanto le asigna un contenido según sea la materia sobre la cual discurre su opinión⁵¹. Lo que si es claro, que la dignidad es un valor fundamental y superior al cual debe sujetarse el ejercicio de los derechos y deberes que conforman la relación del trabajo, luego no se proyecta solo como defensa del trabajador sino también alcanza y beneficia al empleador, aunque destacadamente debemos precisar que es el ejercicio de las facultades que se conceden al empresario, la causa u origen de la afectación de la dignidad del trabajador dada la prevalencia del primero, con fundamento en la subordinación, el cual es un elemento configurante de la relación jurídica laboral.

En la perspectiva de este trabajo, la dignidad se replica en la legislación laboral, al igual que en la Constitución Política, esto es, sin describir o explicar cuál es su contenido. En efecto, el señalado artículo 2 del C.T., expresa que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas”. Esta fórmula se mantiene en otras reglas del C.T. Así ocurre en el caso de las normas

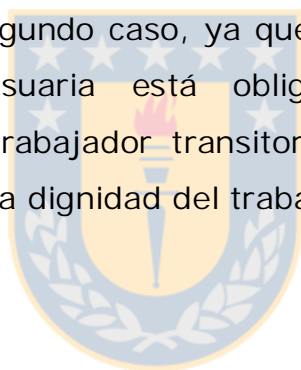
⁵¹ “El lenguaje de la dignidad referido al trabajador y a los diversos aspectos vinculados con el contrato de trabajo, aunque frecuente en el discurso jurídico laboral no está suficientemente esclarecido”. Tosto, Gabriel: “A partir del concepto de dignidad en el contrato de trabajo. Lo íntimo, lo privado y lo público”. Revista Actualidad Jurídica Laboral. Vol. 143. Año VI, 2010. En todo caso podemos encontrar algunas nociones de ella en Mangarelli, “El empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto”. Mangarelli, Cristina: “Acoso laboral, concepto y prevención”. En “Derecho Laboral”, Fundación de Cultura Universitaria. tomo L-Nº 225, 2007, p. 101.

sobre el Reglamento Interno contenidas en el artículo 153 y siguientes del C.T. Destacadamente se puede citar el precepto 154 inciso final del C.T., el cual dispone que las obligaciones y prohibiciones que deben contenerse en el mencionado Reglamento, y en general, respecto de las medidas de control que el empresario pueda implementar para el control de las actividades del establecimiento o del personal que presta sus servicios al interior, el empleador solo puede efectuar dicho control “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”. Esta última regla nuevamente alude al respeto de la dignidad sin explicar su contenido. Sin embargo, y como ya se dijo, la jurisprudencia emanada de la judicatura laboral ha ido realizando tímidos aportes acerca de la determinación de su contenido, optando por indicar como en un caso concreto se afecta la dignidad del trabajador⁵². Como se aprecia del examen jurisprudencial que se cita en apoyo a la conclusión anterior, la dignidad puede ser afectada por efecto de una variedad de conductas, entre las cuales se puede citar, el acoso laboral, el acoso sexual, el ejercicio del poder de variación que se le concede al empleador en virtud de la regla 12 del C.T, o simplemente por la afectación de cualquier otro derecho constitucional, como por ejemplo, por una conducta discriminatoria en razón de origen étnico⁵³.

⁵² Sentencia de 28 de diciembre de 2009, causa sobre tutela laboral, RIT N° T-33-2009, Segundo juzgado del Trabajo de Santiago, en la que se decide que la investigación llevada adelante por la empresa con ocasión de una pérdidas de mercaderías, incluyendo interrogatorios, lo que podía ser advertido por sus compañeros de trabajos, constituyen una abierta transgresión a la dignidad de la trabajadora, la que además fue despedida por ese hecho. En igual sentido, Sentencia de 27 de octubre de 2010, Tutela Laboral, 2° Juzgado del Trabajo Santiago, RIT N° t-220-2010 y, Sentencia de 26 de agosto de 2010, Tutela laboral, Juzgado del Trabajo de Chillán, RIT N° T-3-2010.

⁵³ En sentencia de 19 de marzo de 2011, emanada del Juzgado del Trabajo de Santiago dictada en una denuncia de la Inspección del Trabajo, causa RIT N° T-403-2010, se estableció “que en el caso de marras., la denuncia se basa en que

Las reflexiones anteriores respecto de la función primordial del respeto a la dignidad del trabajador, la cual actúa como un filtro o tamiz que excluye las conductas lesivas de este valor supremo de la relación de trabajo, pueden extenderse sin obstáculo alguno al trabajo en régimen de subcontratación introducido por la ley 20.123 del año 2006, agregándose un título VII al libro I del C.T., y desarrollándose esta institución en los artículos 183 y siguientes del mismo cuerpo legal⁵⁴. La conclusión anterior se puede justificar en que tanto el artículo 183-E, en el caso del trabajador subcontratado, y el precepto 183-Y, ubicado en el régimen del trabajador transitorio, señalan que el trabajador subcontratado goza de los mismos derechos que puede ejercer ante su empleador, respecto de la empresa mandante, y en el segundo caso, ya que la norma dispone expresamente que la empresa usuaria está obligada a respetar los derechos constitucionales del trabajador transitorio, y como se explicó en dichos derechos esta insita, la dignidad del trabajador.



la señorita Lepileo habría acusado recibir por parte del señor Haase un trato despectivo hacia su persona, haciéndose referencias en tono insultante por su origen étnico. Que en reuniones con el personal realizó comentarios como “esta mapuche” o “esta indígena”. Para luego concluir el tribunal, “Que, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, razón por la cual se acogerá la denuncia”.

⁵⁴ D.O. de 16 de octubre de 2006. En este cuerpo legal se amplían los efectos de la legislación laboral, a terceros que no son parte del contrato de trabajo, esto es, la empresa mandante en el caso de la subcontratación y la empresa usuaria, en el caso de los trabajos transitorios. Lo anterior a fin de suplir insuficiencias del concepto de empleador del C.T.

5.- El derecho a la vida e integridad física y psíquica⁵⁵.

Para Evans De la Cuadra, este derecho significa que todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar la vida y de exigir que el ordenamiento jurídico la proteja contra atentados de la autoridad y particulares.⁵⁶ La protección de la vida humana en el caso de la relación laboral, tanto en su aspecto físico como psíquico, es uno de los principales objetivos de toda una zona legal y reglamentaria laboral, particularmente en la regulación de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales. En este sentido el Tribunal Constitucional ha expresado " que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales "⁵⁷ Para el Derecho del Trabajo, la vida y salud del trabajador tiene grandes posibilidades de quebrantarse durante la ejecución de las labores que implica la prestación de los servicios.

El carácter esencial de este derecho conlleva su proyección al ámbito de las relaciones laborales, entendiéndose que el estado e incluso los particulares, están obligados a respetarlos en cuanto persona-ciudadano, el empleador tiene la misma obligación en cuanto persona-trabajador, ya que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en

⁵⁵Para MOLINA el Derecho a la vida es la prerrogativa para conservar la propia existencia; la Integridad psíquica es aquella integridad psicológica o espiritual de la persona y la Integridad física es un modo de ser físico de la persona, perceptible mediante los sentidos". Molina, Hernán, Ob. Cit., pp. 204-205; LINARES al respecto señala que "mientras que el bien de la vida consiste pura y simplemente en la existencia, la integridad física, que presupone la vida, agrega la incolumidad física, cuya jerarquía indudablemente es superior a su presupuesto" Citado por Molina, ibídem.

⁵⁶ Evans De la Cuadra, Enrique: "Los derechos constitucionales". Editorial Jurídica de Chile.2ª Edición, Santiago, 1999, pág.113.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 18 de abril de 2008, Rol N° 740.

modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano⁵⁸.

El escenario anterior coloca en un riesgo permanente el derecho constitucional que nos ocupa en relación al trabajador y ello explica la obligación del contrato, conocido como "obligación de seguridad" desarrollada en el artículo 184 y siguientes del Código Laboral⁵⁹, la cual impone al empleador la adopción de todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y salud del trabajador mientras presta sus servicios. El lenguaje utilizado por el legislador, esto es, la vida y salud del trabajador, sugiere inmediatamente la garantía constitucional, por cuanto la salud del trabajador es comprensiva de la intangibilidad de su cuerpo como la salud mental. De esta manera, el derecho constitucional contemplado en el N° 1 del artículo 19 de la C.P., puede ser tutelado no solo por las acciones típicas del contrato de trabajo y en sede del procedimiento de aplicación general, sino también como una hipótesis lesiva que autoriza la vía del Procedimiento de Tutela Laboral, en cuanto la vida y salud física como mental sea afectada por la ejecución de la labor, es decir exista una relación de causalidad entre la prestación de los servicios por parte del trabajador y la consecuencia lesiva de su integridad física como psíquica. Como se puede advertir, en un caso concreto la elección de la tutela procesal es de gran importancia, por cuanto si se trata de un caso que se plantee en sede ordinaria laboral, se

⁵⁸ Martínez Estrada, Eduardo: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución política de 1980". En Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida". Santiago. Año 2004 N° 3, p. 193.

⁵⁹ La obligación de seguridad constituye una de las fundamentales del contrato de trabajo, por medio de la cual se impone al empleador adoptar eficazmente todas las medidas que permitan evitar que la vida y salud del trabajador puedan ser afectadas durante la prestación de los servicios.

bien se puede invocar y obtener la aplicación directa de la constitución por el juez del trabajo, al utilizar el juicio de tutela se beneficia con el alivio probatorio que facilita acreditar la lesión de derecho constitucional que invoca el trabajador⁶⁰. Además en este último caso, y por una orientación que cada vez se hace más perceptible en la judicatura laboral, los sentenciadores tienden a ocupar la ponderación como método obligatorio para decidir la colisión de derechos constitucionales entre trabajador y empresario⁶¹; y en este caso, se materializaría esa colisión en que el trabajador estima afectada su vida y, salud física y psíquica, lo que es retrucado por el empleador en cuanto propondrá como estrategia defensiva, que simplemente ejercía su derecho constitucional de propiedad, lo que se manifiesta en el reconocimiento del poder de dirección que le otorga la subordinación, según lo autoriza el artículo 7 del C.T. y 306 del mismo Código Laboral según se explicó con anterioridad en este trabajo. Más adelante se profundizará sobre este punto.

Las reflexiones antes expuestas permiten concluir la conexión entre el derecho constitucional a la vida e integridad física y psíquica, y la obligación de seguridad, que es una de las fundamentales del contrato,

⁶⁰ "El alivio probatorio que debemos descartar como inversión del peso de la prueba, en cuanto el C.T. señala que si la víctima o el que ejerce la acción, aporta antecedentes de los cuales resultan indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos constitucionales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (artículo 493 C.T.). Naturalmente esos indicios corresponden a elementos probatorios que el trabajador o denunciante deben acompañar a su demanda de tutela, a fin de resguardar el principio de bilateralidad de la audiencia". Mella, Patricio-Domínguez, Alvaro: "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial" en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, Valparaíso, 2012, semestre II, pág. 192.

⁶¹ Sentencia de 17 de agosto de 2011, Tutela Laboral, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-32-2011; Sentencia de 1º de febrero 2010, Tutela laboral, 1º Juzgado del Trabajo Santiago, RIT N° T-71-2009.

configurándose el derecho a realizar la prestación de servicios en forma segura, la cual puede ser exigida por el trabajador, y en caso de incumplimiento, no solo pedir que se adopten las medidas tendientes a resguardar la salud e integridad física y psíquica, sino también a ser reparado, incluyendo el daño moral⁶², y además, a poner término al contrato fundado en la causal del artículo 160 N° 7 del C.T., esto es, incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo, según lo han resuelto nuestros tribunales⁶³.

6.- La igualdad ante la ley.

Plasmada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental. La noción de igualdad recogida por la Constitución, postula que todos los ciudadanos deben ser tratados en la misma forma si se encuentran en condiciones similares, repugnándose toda discriminación. Sobre la noción de igualdad ALVEZ ,⁶⁴ señala que " la igualdad junto con la libertad, es presentada en la doctrina política occidental actual como el sustento de un sistema democrático constitucional... La igualdad se entiende hoy en día como un

⁶² La posibilidad de solicitar la indemnización del daño moral es posible fundarla en la redacción del artículo 495 N° 3, del C.T. que señala los requisitos que debe cumplir la sentencia de tutela, incluyendo las expresiones " la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales" y " las indemnizaciones que procedan", lo cual, en opinión del autor, autoriza la indemnización de dicho daño.

⁶³ Se ha resuelto que "el mantener al trabajador en un ambiente saturado de polvo y otros elementos tóxicos que, en definitiva, le produjeron graves y perniciosas consecuencias para su salud, desde que le fue diagnosticada silicosis...por consiguiente no cabe duda que en las condiciones planteadas, la conducta del empleador, incumpliendo la exigencia impuesta por el art. 184 del C de T., configurándose la causal en estudio." Sentencia Corte Suprema. 29 de enero de 2007, Rol N° 5131-2007.

⁶⁴ Alvez Marín, Amaya: "El postnatal parental creado por la ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad". Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p. 218 y sgtes.

parámetro mínimo de vida social, para lo cual, a partir de un principio prima facie de igualdad (según la teoría de Robert Alexi), cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos, decisiones que serán adoptadas por los representantes políticos". De acuerdo a la postura de la autora anterior, en nuestro país existe un debate pendiente respecto al tratamiento doctrinal y jurisprudencial en relación al contenido de este derecho fundamental. En esta línea, Gauché Marchetti, refiere, "Como lo señalan la gran mayoría de los teóricos preocupados de la igualdad, entre ellos Bobbio, a diferencia de otros valores, la igualdad es un concepto vacío y de tipo relacional, que sólo tiene contenido cuando lo ponemos en contacto con otro... El carácter relacional de la idea de igualdad, esto es, su postulación como relación entre persona, cosas o hechos, excluye que tal noción pueda referirse a propiedad alguna atribuible a personas, cosas o hechos, según ocurre en otros conceptos importantes en filosofía práctica como los de libertad o seguridad".⁶⁵ De este modo el ideal igualitario se proyecta al derecho del trabajo, imponiendo la obligación que el estatuto laboral no reconozca diferencias de trato injustificadas a las partes de la relación laboral. Para lograr este objetivo –aun cuando el propio legislador sanciona jurídicamente una prevalencia a favor del empleador en virtud de la subordinación- el legislador laboral ha diseñado un grupo de derechos mínimos, o mínimos inderogables que permiten suplir la insuficiencia de la posición del trabajador. Estos mínimos inderogables o también signados con la expresión "derechos irrenunciables"⁶⁶, se refieren a derechos que la

⁶⁵ Gauché Marchetti, Ximena, Ob. Cit., pág.132-133.

⁶⁶ Los derechos irrenunciables constituyen un elenco reconocido por la ley laboral, de orden público, acudiendo al método de fijar un estándar mínimo inderogable, debiendo mencionarse entre estos derechos, la remuneración mínima, la jornada de trabajo y el feriado anual, entre otros. Sobre este punto, se puede sostener que estos derechos se relacionan con "la identificación del umbral mínimo por debajo del cual ni la ley ni la contratación colectiva pueden comprimir

ley laboral concede en toda la etapa del iter contractual al trabajador. Así, en la formación del contrato, durante la ejecución de obligaciones del mismo y finalmente, en la etapa de terminación del vínculo contractual⁶⁷. El mecanismo de un estándar mínimo, no ha tenido el vigor necesario para lograr un trato igual a los contratantes, prevaleciendo sin contrapeso la posición dominante del empresario, sin que se haya podido lograr la proclamada igualdad de trato que garantiza la Carta Fundamental. Lo anterior explica las variadas modificaciones que ha sufrido el C.T., a partir de la citada ley 19.759 de 2001 en relación a la igualdad ante la ley y que más adelante se analizarán.

La igualdad ante la ley, se complementa con la prohibición de discriminación laboral contenida en la cláusula constitucional laboral del artículo 19 N° 16 de la C.P. al disponer que se prohíbe toda discriminación que no tenga por fundamento la capacidad e idoneidad de las personas, agregando que se puede imponer un trato diferente en los casos de nacionalidad y edad para determinados casos⁶⁸.

legítimamente la protección de situaciones jurídicas de ventajas perteneciente a la dimensión individual". Romagnoli, Umberto: "la desregulación y la fuentes del derecho". Cuadernos de Relaciones Laborales. N°1. Editorial Complutense. Madrid, 1992, p. 31.

⁶⁷ Estos mínimos inderogables se justifican durante toda la existencia del contrato de trabajo, ya que desde la formación del mismo se evidencia la prevalencia del empleador, como por ejemplo la obligación de escriturar el contrato de trabajo que pesa sobre éste, dentro de un plazo breve (en nuestro país, por obra del artículo 9 del C.T. debe efectuarse dentro de 15 días, salvo la hipótesis de excepción, que alcanza a 5 días) por lo que no se podría pactar que la escrituración se puede realizar en un plazo mayor al señalado.

⁶⁸ Gamonal señala, que la "la discriminación y su impacto en la relación de trabajo es uno de los temas más debatidos en el derecho laboral contemporáneo...complementariamente, opinamos que la discriminación laboral es un concepto que no puede estudiarse independientemente de la libertad de trabajo. Para estos efectos, postulamos que toda vulneración del principio de no discriminación en materia laboral, transgrede, como acto reflejo la libertad de trabajo". Gamonal Contreras, Sergio: "Los derechos del trabajador en la

En relación a la prohibición de discriminación del artículo 19 N° 16, el artículo 20 de la C.P. no la hace elegible para protegerla por la vía del recurso de protección, al contrario de la igualdad ante la ley, lo que ha producido una corriente jurisprudencial en cuanto a impedir que esta discriminación se produzca efectivamente en la relación laboral, ligándola a un caso de trato desigual y por tanto vulneratoria de la garantía de igualdad ante la ley. En todo caso, esta vía de protección, como ya se dijo, no ha logrado la tutela judicial efectiva de este derecho, cuestión que ha pasado a constituir una de las preocupaciones más relevantes de las reformas procesales implementadas en Chile⁶⁹.

Este diseño constitucional, notoriamente insuficiente en la práctica, explica el surgimiento en la doctrina laboral, acerca de implementar un procedimiento que asegure la tutela judicial efectiva, y que después de algunos años de peregrinar en el Congreso Nacional, se introduce el llamado procedimiento de tutela de los derechos constitucionales que se reglamenta en el artículo 485 del C.T.

En síntesis, el imperativo constitucional obliga al legislador ha regular la relación laboral, de modo tal, que se cumpla el objetivo igualitario en relación al trabajador y empleador, y ello origina una cierta oscuridad en cuanto a su contenido dado el poder o prevalencia del

Constitución Chilena". Anuario de Derecho del trabajo y Seguridad Social. N° 3. Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa. Sociedad Chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004, p. 61.

⁶⁹ "En todo caso debe enfatizarse que este medio no tuvo la eficacia esperada para obtener el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales laborales, principalmente por su construcción, ya que este recurso no se hacía cargo de la especial situación de conflicto que se suscita al interior de la empresa y que enfrenta a titulares de derechos constitucionales". Mella Cabrera, Patricio-Domínguez, Alvaro. Ob. Cit., p.188 y sgtes.

empresario, reconocido por la ley a través del requisito de la subordinación como elemento configurante de la relación laboral. En todo caso, no cabe duda que el C.T. consagra un importante mecanismo de control al señalar en el citado artículo 5 del C.T. que las facultades que la ley confiere al empleador tienen como límite el respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

Hechas las precisiones anteriores es necesario revisar la forma como este derecho constitucional se replica en la legislación laboral, destacándose el contenido del artículo 2 del C.T. el cual ubicado en el título preliminar del Código, propone su carácter general y orientador respecto del resto de las materias de dicho cuerpo legal⁷⁰. Así, el legislador laboral señala que no son admisibles las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en una serie de criterios discriminatorios que el precepto 2 del C.T describe, los cuales según la doctrina no son taxativos, permaneciendo abierto a la existencia de otros motivos de discriminación que la realidad se encarga de proponernos⁷¹.

En cuanto a los distintos criterios discriminatorios, como raza, sexo, sindicación, religión, opinión política entre otras, es necesario que esas

⁷⁰ El artículo 2 del C.T, posee un potente contenido constitucional, en cuanto incluye normas sobre la dignidad del trabajador, la libertad de trabajo y contratación y la prohibición de discriminación, consagrando la función social del trabajo e impone al Estado la obligación de amparar al trabajador en su derecho a realizar cualquier labor lícita.

⁷¹ Los criterios de discriminación señalados por el C.T. corresponden a exclusiones distinciones y preferencias basadas en motivos de: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. A lo anterior se debe agregar el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, según se indica en el art. 62 bis), del C.T. Esta nómina se estima abierta a otros criterios que pueden surgir en las relaciones de trabajo, según lo sostiene la doctrina. Lizama Portal, Luis: "derecho del Trabajo". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p.71.

distinciones tengan un resultado lesivo, y esto es, que anulen o alteren la igualdad de oportunidades de trato en el empleo y la ocupación. Así se busca inhibir conductas, que por ejemplo, impliquen una contratación que privilegie a un trabajador en desmedro de otros, al otorgar remuneraciones más altas, cursos de capacitación o condiciones ambientales, etc. Sin duda alguna la comparación de las condiciones en que se encuentre el trabajador afectado con el resto del personal de la empresa arroja los datos necesarios para decidir si en ese caso existe o no trato discriminatorio. Destacadamente se mencionan dos conductas discriminatorias que afectan varios derechos constitucionales del trabajador, es el caso del "acoso sexual" y "acoso laboral", los que se encuentran definidos en el inciso segundo del mismo artículo 2, tantas veces mencionado⁷².

Estas figuras ilícitas laborales se estiman que afectan variados bienes jurídicos constitucionales, como por ejemplo, la vida y salud del trabajador, la prohibición de discriminación, la honra y respecto a la vida privada e intimidad e incluso otros derechos si la conducta lesiva afecta también la libertad de expresión, religiosa o incluso la libertad de trabajo⁷³.

⁷² Se entiende por "acoso sexual" el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quién los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. A su vez, el "acoso laboral" corresponde a toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de uno u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Las definiciones anteriores se encuentran en el precepto 2 del C.T. y fueron introducidas al texto por las leyes N° 20.005 del año 2005 de 18 de marzo de 2005, y la ley N° 20.607 del 31 de julio de 2012.

⁷³ Gamonal, Sergio- Ugarte, José: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en "Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social".

Es interesante destacar que el precepto 2, contiene una gran riqueza conceptual en cuanto no solo protege la discriminación que pueda originarse durante la vigencia de contrato de trabajo, sino también se extiende a la etapa precontractual, en cuanto expresa que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, que señalen como requisitos algunos de los criterios discriminatorios que enuncia la norma. Como se advierte, esta regla introducida en la codificación laboral sanciona la conducta discriminatoria ex-contrato, generando un conflicto interpretativo interesante, esto es, si el juez del trabajo tiene competencia para conocer de estas contiendas producidas en los procedimientos empresariales de selección de personal, ya que la competencia en razón de materia está diseñada sobre la base de la existencia de un contrato, como lo indica el artículo 420 del C.T. Sin embargo, este autor estima posible que estos casos sean conocidos por la judicatura laboral, en cuanto carecería de todo sentido incluir una regla para no tener efecto alguno y, por otra parte, el aludido precepto de competencia absoluta laboral, otorga, en la letra g), competencia del juez del trabajo para “conocer de todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral”⁷⁴. La frase anterior no exige una frase sacramental para atribuir competencia y ello podría ejemplificarse con el caso de las normas de subcontratación

Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012, p. 4 y sgtes.

⁷⁴ Si bien las reglas de competencia absoluta tienen el carácter de orden público, y por ende la infracción a sus reglas produce la nulidad procesal, la que puede declararse de oficio o a petición de parte. Quezada Meléndez, José: “La competencia”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1985, p. 8. La ley procesal no utiliza palabras sacramentales para atribuirle a una clase de tribunal, por lo que en opinión de este autor no existe inconveniente en calificar una materia como de aquéllas entregadas a la competencia del juez del trabajo.

contenidas en los artículos 183-A al 183-E del C.T.⁷⁵ en los cuales ninguno alude expresamente a la competencia del juez del trabajo para conocer de estas cuestiones, a pesar que la empresa principal, alcanzada por sus disposiciones no es parte de la relación laboral⁷⁶.

La prohibición de discriminación laboral, al igual que lo dicho respecto del derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona forma parte del contenido obligatorio del contrato de trabajo, estudiándose actualmente como la obligación de prohibición de discriminación que pesa sobre el empleador⁷⁷ con las consecuencias ya expresadas, esto es, que incluso puede servir de fundamento para el auto despedido del trabajador si el empresario la incumple. Esta

⁷⁵ En el caso de la subcontratación no existe una regla que utilice la expresión competencia para conocer de dichas materia por el juez del trabajo, sin embargo, la doctrina no duda en que la aludida judicatura debe conocer de esos casos. Díez, José Luis: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXXI, 2º semestre, año 2008, p. 176.

⁷⁶ "Pero lo cierto es que el empresario principal no es empleador de los trabajadores del contratista; tampoco el contratista lo es de los trabajadores del subcontratista. El propio legislador laboral parece comprenderlo así, puesto que no estableció ningún tipo de ficción en el sentido de considerar a la empresa principal coempleadora". Palavecino Cáceres, Claudio: "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, volumen 1, N° 1, Santiago, año 2010. p. 21.

⁷⁷ Este autor señala que " En el caso de ocurrencia de una conducta discriminatoria por parte del empleador ya sea a propósito de un ascenso o mejores condiciones laborales, el trabajador podría invocar la violación de una obligación contractual toda vez que el artículo 2 del Código laboral, señala literalmente que el contenido antidiscriminatorio forma parte del contrato de trabajo". Mella Cabrera, Patricio: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 215-216, año LXXII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004, p.203 y 204.

contractualización de un derecho constitucional⁷⁸ deja de manifiesto la necesidad del presente trabajo, por cuanto el juez laboral en su caso concreto tendrá que hacerse cargo de la doble regulación de la prohibición de discriminación, esto es, constitucional y legal, con normas que deberán operacionalizarse en la respectiva sentencia.

La prohibición de discriminación laboral ha tenido un notable desarrollo en la legislación laboral, lo que se evidencia con varias leyes que se han incorporado al C.T. y que prescriben conductas determinadas que se estiman discriminatorias. En esta línea argumental se pueden citar aquellas posteriores a las reformas del C.T. introducidas por la ley 19.759 de 2001, ya que como se dijo, es a través de este cuerpo legal y particularmente con la incorporación del inciso primero del artículo 5 del C.T., en que se impulsa el reconocimiento y disfrute efectivo de los derechos constitucionales al interior de la empresa⁷⁹.

En el sentido anterior y siguiendo un orden cronológico, se han producido diversas modificaciones que justifican afirmar que la prohibición de discriminación en el derecho del trabajo ha sido objeto de una intensa y fructífera acción legislativa.

⁷⁸ Una cuestión muy actual del contenido obligatorio del contrato de trabajo, es determinar la relación entre los derechos constitucionales laborales, sean específicos e inespecíficos, y el vínculo laboral. Ello, dado que algunos derechos fundamentales claramente se han contractualizados, como ocurre con la dignidad y el derecho a la vida e integridad física y psíquica, que en el contrato forma parte de la obligación de seguridad.

⁷⁹ "En años más recientes, la doctrina laboral en diversas regiones ha recurrido a los conceptos de "derechos fundamentales inespecíficos" y de "ciudadanía en la empresa" de modo de reafirmar los derechos de la persona del trabajador en la relación laboral." Mangarelli, Cristina: "Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo". Memorias VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Legis S.A., Colombia, 2010, p. 90.

Así, la ley 19.812 del año 2002 agregó un inciso al artículo 2 del C.T. disponiendo la prohibición de condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero o comercial, salvo dos excepciones los gerentes y administradores, y aquellos que su función sea custodiar o recaudar valores, en cuyo caso se puede exigir información de ausencia de registros de morosidades que estén disponibles en las bases de datos existentes en el país, como por ejemplo del conocido DICOM. Más adelante se agrega al mismo artículo la definición del acoso sexual, conducta que se considera discriminatoria en razón de sexo, ello en virtud de la Ley 20.005, del año 2005. Luego, por la ley 20.189 del año 2007, se sustituyó el artículo 13 del C.T. que da inicio a un título que regula el estatuto protectorio del trabajo de menores imponiendo al empleador que los contrate, una serie de requisitos, entre los cuales se debe citar, las autorizaciones de sus padres, representantes o curadores, que las labores no perjudiquen su salud, que no pueden trabajar más de 8 horas diarias, que el trabajo no puede entorpecer o dificultar que cursan sus estudios básicos y medios y, la obligación de registrar el contenido de trabajo de menores en la respectiva Inspección del Trabajo. Más recientemente, la ley N° 20.348 del año 2009, agrega el artículo 62 bis al C.T., señalando que tanto mujeres como varones deben recibir igual remuneración en la medida que presten un mismo trabajo, señalando una serie de criterios que pueden justificar una diferencia y que claramente debe estar justificado. Finalmente la ley 20.607 de 2012, incorporó al artículo 2 del C.T., la institución del acoso laboral, prescribiendo las conductas hostigatorias en contra del trabajador, si ellas producen un menoscabo al afectado, y perjudicándolo en su situación de empleo y ocupación.

La relación de los textos anteriores permiten concluir la importancia de combatir las prácticas discriminatorias y ello ha provocado una interesante jurisprudencia,⁸⁰ precisando que no se mencionan las reglas de protección a la maternidad, las cuales también han sufrido modificación o reformas tendientes a impedir un trato discriminatorio a la mujer que trabaja y que esté embarazada o con un hijo recién nacido,⁸¹ ello por estimarse materias más propiamente de la seguridad social.

⁸⁰En sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 19 de marzo de 2011, RIT N° T-403-2010, se acogió una demanda de tutela fundada en un caso de discriminación por etnia, dada la ascendencia mapuche de la trabajadora. Otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 27 de julio de 2009, Rol N° 163-2009, negó la existencia de un caso de discriminación por edad en el despido de una profesora de idiomas, anulando una sentencia del Juzgado del Trabajo de Valparaíso que había acogido la demanda y dado por establecida la discriminación alegada.

⁸¹La normativa sobre protección de la maternidad de la trabajadora, que excepcionalmente puede beneficiar al hombre, constituye un capítulo que abarca no sólo al derecho del trabajo sino también a la seguridad social, y por ende excede el ámbito de este trabajo, sin perjuicio de estar vinculada estrechamente al derecho fundamental de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación laboral.

7.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia⁸².

La relación de trabajo expone naturalmente al trabajador a una serie de situaciones que pueden traer como consecuencias la afectación de este derecho, y ello se produce desde el proceso de selección del trabajador hasta la conclusión del contrato. En efecto, indagar la situación profesional y personal de quien presta sus servicios puede ser una conducta inocua o totalmente justificada por la naturaleza de la función que se debe desarrollar, pero en ocasiones puede implicar una afectación a la intimidad y honra del trabajador. Un ejemplo puede clarificar lo dicho. Así, solicitar certificaciones respecto de la existencia de enfermedades, o respecto la existencia de procesos criminales, puede estar justificado por tratarse de una prestación de servicios relacionados con la custodia y labores de vigilancia respecto de bienes valiosos, pero si dichos antecedentes no tienen influencia alguna en la prestación laboral, la solicitud de ellos no se encuentra justificada, ya que pueden afectar la esfera íntima y la honra del trabajador.

⁸²Cea Egaña, señala que “la doctrina española, especialmente José María Desantes, ha trazado una diferencia entre lo que es cortical o periférico, cual es el derecho a la vida privada, porque está más próxima a la vida pública; y lo que es real y genuinamente íntimo o secreto, que son los datos sensibles, entre los cuales se encuentra la gama completa de hechos y datos de la intimidad. Estos no pueden ser nunca, en circunstancia, por causa o finalidad alguna, colocados en la situación de ser difundidos sobre la base de invocar un interés social, público o supraindividual”. Continúa este autor, “Conviene añadir que la jurisprudencia chilena no ha desarrollado la definición de la intimidad. En punto al honor y la honra, la jurisprudencia se funda en los anales fidedignos de la Constitución, cuyos debates demuestran que se siguió la definición penal clásica. Por ende, se concibe el honor como género y a la intimidad con la cualidad de especie. Concluye así nuestra judicatura aseverando que la honra es el crédito o prestigio que cada persona tiene en el concierto social o ante terceros y que, en cambio, el honor, es la autoestima o el aprecio subjetivo que la persona posee de sí”. Cea Egaña, José: “Los derechos a la intimidad y la honra en Chile”. Ob. Cit., p. 153 y sgtes.

En relación a este derecho fundamental el C.T., al reformarse el artículo 5 y postularse la llamada ciudadanía laboral⁸³ se menciona a vía ejemplar que las facultades del empresario tienen como límite especialmente el derecho a la intimidad, la vida privada o la honra de estos, destacándose la importancia y recurrencia de conductas que pudieren menoscabar esta garantía. Como se aprecia el texto alude a la intimidad, aun cuando esta, desde el punto de vista constitucional está comprendida en la protección de la vida privada⁸⁴.

Por otra parte las modificaciones impuestas al Reglamento Interno por la Ley 19.759 de 2001, el cual se regula en el artículo 153 y siguientes del C.T., dan cuenta de las exigencias que se imponen al empleador respecto de las medidas de control que puede implementar para controlar y vigilar la correcta prestación de los servicios al interior de la empresa, medidas que deberán ser idóneas y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, siempre y cuando garanticen la impersonalidad de la medida a fin de respetar la dignidad del trabajador como lo refiere el artículo 154 N° 12 del C.T. Sobre este punto existen abundantes

⁸³ “En el ordenamiento jurídico nacional y como ya se sostuviera en un dictamen anterior, es posible afirmar que existe, un claro reconocimiento de la idea de “ciudadanía en la empresa”, al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales – inespecíficos o de la personalidad-, que, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador” Dictamen Dirección del Trabajo. 5 de junio 2009. N°2.210/035.

⁸⁴ En las actas oficiales de la Comisión Ortúzar, al discutirse el contenido de la garantía en examen, se dejó constancia que la expresión “intimidad” expresa en forma más adecuada y completa la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa. La intimidad es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 19 n° 4. El derecho a la privacidad. Biblioteca del Congreso Nacional./http/www.bcn.cl.

pronunciamientos judiciales⁸⁵ y dictámenes de la Dirección del Trabajo⁸⁶ que han ido configurando un marco jurídicamente aceptable dentro del cual deben desplegarse estos medios de control, sean que ellos se realicen mediante inspecciones físicas, por medios tecnológicos, destacándose entre estos últimos, los efectuados a través de cámaras de vigilancia⁸⁷.

En el mismo sentido, y resguardando el derecho a la privacidad, el artículo 154 bis, también obra de la citada Ley N° 19.759, dispone que el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral⁸⁸. Esta regla ha permitido desarrollar en el campo obligacional del contrato de trabajo, la llamada obligación de confidencialidad, la cual comienza a abrirse paso en la teoría general del contrato de trabajo, y por ende puede originar, en caso de incumplimiento, la reacción del trabajador que se interese en obtener la expiración del vínculo laboral por la

⁸⁵ En sentencia de Corte Suprema, de 25 de agosto de 2005, Rol N° 4052.2005, se resolvió que la multa impuesta por la Dirección del Trabajo a un empleador, que recurrió de protección, no era ilegal ni arbitraria, ya que la instalación de cámaras de video en el lugar de trabajo, dotadas además de un sistema de audio, constituía un método de control de sus trabajadores que afectaban la honra e intimidad, y por ende constituye un control ilícito de su personal.

⁸⁶ En Dictamen N° 8273/337 de 19/ diciembre/ 1995, se sostuvo que " Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad, deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. En igual sentido Dictamen N° 260/19 de 24/ enero/ 2002, al expresar que en el reglamento Interno, los empleadores y trabajadores pueden regular o limitar el empleo de correos electrónicos al interior de la empresa.

⁸⁷ En relación al empleo de cámaras de vigilancia por parte del empleador, el Dictamen N° 2875/72 de 22 de julio de 2003, señala que a través del principio de proporcionalidad se debe resolver la licitud o ilicitud de su emplazamiento como método de control de las actividades al interior de la empresa.

⁸⁸ El empleador se encuentra obligado a no divulgar información sensible del trabajador o datos personales que pudieren afectar derechos fundamentales del operario, como ocurriría, con enfermedades, antecedentes penales o informes de morosidades, etc.

infracción patronal, incluso, ejerciendo el derecho al autodespido como ya se hizo mención con anterioridad en este trabajo. De la anterior reflexión, se puede sostener que este derecho fundamental también comienza un proceso de contractualización, como aquellos anteriormente analizados, justificando aún más, la necesidad de clarificar los efectos de esta evolución en el derecho nacional. Así, el entendimiento de estos derechos debe abordarse en su doble regulación, constitucional y legal, ya que esa es la forma como el juez del trabajo en definitiva, deberá aplicarlas y específicamente en el caso de los juicios de tutela laboral, como ya se dijo.

8.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada⁸⁹.

Este derecho fue recogido solo parcialmente en el Procedimiento de Tutela Laboral según se lee en el artículo 485 del C.T., al disponer que este procedimiento se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales del trabajador entendiéndose entre otros, el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, “en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada”. En todo caso no es descartable la hipótesis de vulneración del hogar del trabajador por parte

⁸⁹ “Como se advierte el secreto en la correspondencia al igual que la inviolabilidad del domicilio, son manifestaciones de la Privacy que sólo pueden ser levantadas mediante resolución judicial. La garantía del secreto de la correspondencia comprende la de todo procedimiento de intercomunicación privada porque se protege la reserva o el carácter privado de las comunicaciones. Lizama Portal, Luis: “Derecho a la intimidad de los trabajadores y Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)”. En “Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida”, Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. N° 3, Santiago de Chile, 2004, p. 208. A su vez el Tribunal Constitucional Chileno, ha resuelto que “Tanto dignidad como privacidad merecen una protección categórica, tanto por la ley como por los actos de autoridad, no pudiendo el legislador alterar el núcleo irreductible de tales derechos”. Sentencia de 25 de enero de 2005, Rol N° 433.

del empresario, pero ello naturalmente no presenta mayor interés en zona laboral, dada la existencia de otras formas de tutela de dicho derecho, como por ejemplo mediante el ejercicio de las acciones penales.

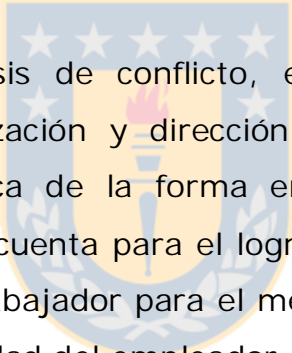
La inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, sean escritas o a través de medios tecnológicos ha generado también una cada vez más frondosa reacción jurisprudencial, tanto judicial como administrativa⁹⁰. Particular importancia tiene en sede laboral que la primera sentencia que se dictó en el Procedimiento de Tutela Laboral, se refiere al caso denominado "Cronos"⁹¹, el cual tuvo por objeto determinar en el caso concreto si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales -leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente- o si esta vulneración al trabajador -inviolabilidad de toda comunicación privada- no es aceptable amparado en sus derechos fundamentales, esto es, en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona del trabajador, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y fuerte frente al ataque de terceros (considerando octavo del fallo).

Especial interés para el tema en estudio tiene esta sentencia, dado que el juez del trabajo al resolver que el despido de la trabajadora fue consecuencia directa de la vulneración de la garantía de la inviolabilidad de

⁹⁰ A vía ejemplar se puede citar la sentencia que se describe en la cita que sigue a continuación. En sede administrativa, Dictamen N° 3441/072, de 20 de agosto de 2008, en que se resuelve la ilegalidad de la implementación de un sistema de control de la actividad de los trabajadores a través de un programa computacional denominado "WIN VNC".

⁹¹ El caso "Cronos" alude a la sentencia de tutela laboral del Juzgado del Trabajo de Copiapó, RIT N° T-1-2008, en la que se resolvió que el empleador vulneró la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas de una trabajadora efectuada por el sistema "Messenger".

toda forma de comunicación privada que asiste a la demandante, fundó su decisión en el método de ponderación, dado que el juez respectivo señala en su fallo, que ante la colisión de derechos que se le plantea no existe norma que resuelva el conflicto, y por ende no es posible subsumir los hechos en una norma de rango legal, descartando que el artículo 5 del C.T. o el precepto 154 del mismo cuerpo legal contengan una preceptiva que permita resolver la contienda. En relación a este emblemático fallo, un autor le prodiga una seria crítica al señalar que la fórmula empleada por el juez laboral se basa en argumentos que carecen de absoluta relevancia para el caso, bastando para resolver la cuestión debatida, la aplicación simple y sencilla del precepto constitucional⁹².



En esta hipótesis de conflicto, es el empleador, al ejercer sus facultades de organización y dirección respecto de la empresa, quien puede disponer acerca de la forma en que deben usarse los medios tecnológicos con que cuenta para el logro de sus objetivos económicos y que se entregan al trabajador para el mejor desempeño de la labor. Estos medios son de propiedad del empleador, y en principio este puede regular, limitar o restringir el empleo de estos medios electrónicos (como ocurre con las cuentas electrónicas de la empresa) o el uso material de ellos (computadores, teléfonos, muebles o cajas cerradas u otros) pero este poder no puede tener un carácter absoluto y su límite está constituido en este caso por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador.

⁹²Ferrada Bórquez, Juan: "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Buenas intenciones malos instrumentos (Juzgado de Letra del trabajo de Copiapó)" en Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Diciembre de 2008, p. 251 y sgtes.

En el escenario anterior se hace necesario establecer ciertos límites que sean conocidos y posibles de implementar a fin de conciliar los intereses tanto del empleador como del trabajador. Lo anterior, dado que la regulación del C.T., en la práctica repite la regla constitucional sin agregar alguna condición para su aplicación, bien puede ello ser suplido por una fuente particularísima del derecho del trabajo, esto es el Reglamento Interno, normado en el C.T. ya que el comentado N° 12 del artículo 154 del C.T. que alude a su contenido, señala que este texto reglamentario puede establecer los medios de control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, los cuales deben ser idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y en ningún caso afectar la dignidad del operario. Esta vía ha sido recogida por la jurisprudencia administrativa⁹³. Estas cuestiones son de especial interés en las actividades académicas, donde la entrega de equipos, tecnológicos y la existencia de cuentas electrónicas son un medio usual en que el trabajador desempeña sus funciones, lo que puede originar conflictos sobre el control que la autoridad quiera imponer. Para una adecuada respuesta a este problema, los criterios antes expuestos pueden resultar muy útiles.

En relación a la solución planteada por la Dirección del Trabajo, respecto de que el control de las comunicaciones privadas puede ser objeto de regulación en el Reglamento Interno, es útil destacar que dicho instrumento solo es obligatorio para las empresas o establecimientos que ocupen diez o más trabajadores, según lo ordena el artículo 154 del C.T., por lo que si la actividad empresarial tiene un número menor de trabajadores, ello debería ser desarrollado en el contrato de trabajo,

⁹³ Dictamen N° 260/19 de 24/enero/2002, y N° 8273/337 de 19/diciembre/1995.

recordando que estas estipulaciones siempre estarán bajo la tuición del orden público laboral y los derechos fundamentales del trabajador.

Las reflexiones antes expuestas permiten concluir como en la práctica la regulación de la inviolabilidad de toda comunicación privada del trabajador ha generado una jurisprudencia más bien constitucional que legal, y curiosamente emanada de tribunales que dan inicio a la pirámide jerárquica judicial⁹⁴ en este caso, los juzgados del trabajo. Normalmente la labor de determinar el contenido y problemas de interpretación de los derechos fundamentales está entregada a los tribunales superiores de justicia, y destacadamente en nuestro caso, al Tribunal Constitucional⁹⁵

9.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.

En la doctrina constitucionalista Nogueira Alcalá⁹⁶ señala que la “conciencia constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, ella estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad”. Esta libertad protege el fuero interno del individuo, impidiendo que un poder externo se entrometa o la violente. Luego, el Estado debe garantizar este espacio de autonomía de la persona, en la cual se genera un proceso intelectual que logra una conclusión valórica acerca del entorno circundante, para luego el individuo, ajustar su conducta a dicha

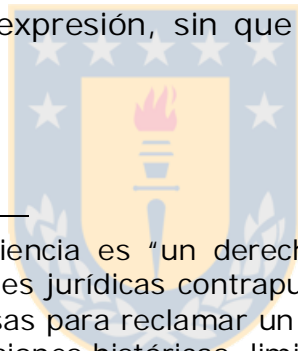
⁹⁴Así se puede apreciar de sentencias dictadas por un Juez del Trabajo al resolver casos de tutela laboral. Como por ejemplo el caso “Cronos” en sentencia RIT N°T-1-2008 anteriormente citada.

⁹⁵Sentencia TC, Rol N° 740/2008, y sentencia TC, Rol N° 1287/2008 de 8 de septiembre de 2009.

⁹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto: “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y, la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno” Revista Ius et praxis Vol. 12, N° 2, Talca, 2006.

conclusión de naturaleza moral. Naturalmente esta libertad abarca la posibilidad de que el individuo se niegue a realizar una acción o conducta, que esté en contradicción con su conciencia, surgiendo el “derecho a la objeción de conciencia”⁹⁷.

Conjuntamente con el derecho a la libertad de conciencia, la Carta Fundamental asegura el derecho a la libertad de creencias, el cual tiene una doble faz, la libertad religiosa⁹⁸ y la libertad ideológica⁹⁹. En opinión del autor antes citado “En un estado constitucional democrático el pluralismo ideológico es un principio consustancial que reconoce la pluralidad de expresiones ideológicas que surgen de la sociedad, permitiendo su libre expresión, sin que ninguna de ellas se convierta en ideología oficial”.



⁹⁷ La objeción de conciencia es “un derecho reaccional que surge sólo en los supuestos de obligaciones jurídicas contrapuestas, respecto de las cuales existen razones éticas o religiosas para reclamar un privilegio de desobediencia, y que se trata por tanto de situaciones históricas, limitadas en el tiempo a la vigencia de la obligación frente a la que reaccionan”. Peces-Barba Martínez, Guillermo: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en Anuario de Derechos Humanos, Editorial Universidad Complutense, N°5, Madrid, 1988-1989, p. 76.

⁹⁸ “Descansa este derecho sobre fundamentos que no se confunden con los de la libertad de conciencia. No se trata ya de abrazar, en lo interno del alma, la realidad religiosa, sino de expresar a nuestros semejantes aquello que se cree. Y, en este punto, los derechos de la religión resultan violados si el hombre, por virtud de la coacción, no está en la posibilidad efectiva de difundir su fe o dar a conocer una determinada verdad de su esencia tal como él la percibe.” Silva Bascuñán, Alejandro: “Tratado de Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tomo XI, 2ª edición, 2006, p. 241.

⁹⁹ “La libertad de conciencia no sólo está referida al campo religioso, porque, precisamente, lo que uno hace, en general, en el plano de la vida cívica, es emitir juicios de orden intelectual y, muchas veces, de orden moral...de manera que, en realidad, para ponerse de acuerdo en los conceptos, en primer lugar, la libertad de pensamiento y conciencia serían el antecedente del fuero interno sobre el cual después se desarrolla, como materia del fuero externo, la manifestación de las creencias religiosas o el ejercicio de los cultos, por una parte, o la libertad de expresión, por la otra.” Silva Bascuñán, Alejandro. Ob. Cit., p. 238.

La libertad religiosa “no solo define una esfera de autonomía individual en relación con los poderes públicos, obligados a garantizar a toda persona una inmunidad de coacción. La libertad religiosa también atribuye un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, expresado mediante la fe o mediante la ausencia de fe, que faculta a los ciudadanos tanto para acomodar su forma de vida a esas convicciones como para mantenerlas y defenderlas frente a terceros. La libertad religiosa es un derecho eficaz en las relaciones interprivadas, incluida la relación laboral”¹⁰⁰

Estos derechos fundamentales, al interior de la empresa, se volvieron impracticables, por cuanto el temor del trabajador a expresar sus creencias o valores que estima indisponibles - como sostener o manifestar sus preferencias políticas o convicciones religiosas - podía dar lugar a una eventual represalia que lo perjudique en sus condiciones de trabajo o incluso ser objeto de un despido. Este escenario es particularmente negativo en algunas instituciones empleadoras que asumen ciertas opciones valóricas, políticas o, religiosas, que entran en colisión con las libertades del trabajador en estos aspectos, el cual no tiene porque adscribirse, practicar o promover las opiniones o creencias de su empleador. Sobre este punto, Valdés Dal Ré,¹⁰¹ señala que en relación del ejercicio de este derecho, al trabajador” le asiste un doble derecho: de un lado, a resistir y no acatar la órdenes o instrucciones del empresario cuyo contenido sea bien la interdicción bien la imposición de una concreta creencia o práctica religiosa y, de otro, a no ser discriminado o, lo que es

¹⁰⁰Valdés Dal-Re, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 129

¹⁰¹ Valdés Dal-Ré, “Los derechos fundamentales de la persona del Trabajador”, ob. Cit., p.130.

igual, a no sufrir daño o perjuicio alguno como consecuencia del ejercicio de su libertad de conciencia”.

Tanto la jurisprudencia judicial como la emanada de La Dirección del Trabajo en nuestro país, se han pronunciado en diversos casos respecto del derecho del trabajador a ser respetado en sus creencias, opiniones religiosas y políticas, como se advierte en los casos en que han intervenido¹⁰².

La constatación de la ineficacia de la tutela de este derecho en sede contractual laboral explica que el derecho fundamental aludido haya sido recepcionado en el artículo 485 del C.T., como uno de aquellos susceptibles de ser protegidos a través del procedimiento de tutela laboral al cual le hemos efectuado varios comentarios en este trabajo.

En todo caso, y como es lógico, este derecho no puede ser amparado en términos absolutos y ello se valida con los criterios que se mencionan en el inciso primero del artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, en cuanto el ejercicio de estos derechos no pueden ser contrario a la moral, las buenas costumbres o al orden público.

Nuevamente es posible afirmar que la regulación de este derecho constitucional en el C.T., se realiza en forma análoga al texto

¹⁰² En sentencia del primer Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-38-2010, de 26 de abril de 2010, se resuelve un caso de discriminación por credo religioso, al hostigarse a una trabajadora por profesar la religión musulmana. El tribunal concluye que se “ha podido acreditar en autos hechos que constituyen indicios o señales suficientes de un trato diferente a la trabajadora respecto de sus compañeros, fundados específicamente en la religión que esta profesa, lo que se ha materializado a través de los insultos que hacían referencia a su credo”. En relación a la Dirección del Trabajo, ver Dictámenes N° 698/16 de 11 de febrero de 2003, y N° 2210/035 de 5 de junio de 2009.

constitucional, sin ser mediado por la ley, lo que justifica su mención en este párrafo. En otras palabras, no existe un desarrollo normativo que permita orientar la aplicación y entendimiento de estos derechos fundamentales, lo que obliga a explorar y precisar su contenido constitucional. En este aspecto es interesante destacar las orientaciones obtenidas en la jurisprudencia laboral, respecto de casos de tutela en que los jueces del trabajo han debido resolver si se da o no en un caso concreto, la vulneración del derecho fundamental del trabajador a ejercer su libertad de conciencia, su libertad religiosa e ideológica¹⁰³. Las citas jurisprudenciales respecto de casos de tutela, nuevamente reflejan el incipiente camino de la determinación del contenido de estos derechos, lo que es una urgente necesidad para la consolidación de un estado democrático social de derecho.

10.- La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

Este derecho reglado en el numeral 12 de la Carta Fundamental garantiza la intangibilidad de la libre expresión¹⁰⁴. Para Rojas Rivero este derecho tiene el carácter de subjetivo y especial; en lo primero, porque constituye una facultad que deriva de la ley, y especial, en cuanto es inalienable e imprescriptible¹⁰⁵.

¹⁰³Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010; Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 15 de noviembre de 2010, RIT N° T-189-2010.

¹⁰⁴Maturana Toledo, Carlos: "La libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia" en European Public Law Series, edición especial de la European Review of Public Law, vol. B, Londres, 2009, p. 203 y sgtes.

¹⁰⁵Rojas Rivero, Gloria: "La libertad de expresión del trabajador". Editorial Trotta S.A., Madrid, 1991, p. 22.

Para Ayala Coreo, el concepto central de libertad de expresión está compuesto de dos aspectos comunes, destacándose que esta libertad comprende el derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras. El segundo consiste en que también toda persona, está en el derecho de seleccionar el procedimiento a través del cual buscará, recibirá o difundirá el resultado de las ideas o informaciones de las que esté en posesión, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Aun cuando el texto constitucional no utilizó dicha terminología, existe consenso en que la libertad de expresión comprende la libertad de opinión y de información. Respecto del contenido de este derecho fundamental la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada a propósito de la denuncia contra el Estado de Chile por la censura judicial del film, "La última tentación de cristo"¹⁰⁶ señaló que "En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, la libertad de expresión en su faz individual, no puede entenderse como el puro derecho a expresar por escrito o de palabras los pensamientos propios o ajenos, sino también, y en forma

¹⁰⁶Ayala Corao, Carlos: "El derecho humano a la libertad de expresión" en Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 6, N° 1, Talca, 2000, p. 33 y sgtes.

inseparable, que esos pensamientos puedan hacerse llegar a otros individuos y por los medios físicos, lícitos que existan para expresar, o difundir dichos pensamientos. En síntesis la expresión y la difusión del pensamiento y de la información, son indivisibles¹⁰⁷.

Naturalmente que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a límites en cuanto su ejercicio, pudiendo afectar a su vez garantías constitucionales de otros individuos. Destacadamente surge como un límite al derecho mencionado, la honra y la vida privada. En efecto, el derecho a la intimidad y a la vida privada suele verse amenazada desde dos puntos de vista. El primero, por el derecho fundamental que garantiza a ser informado verazmente, y en segundo lugar, por la amenaza que pesa sobre la intimidad y vida privada de las personas, dada la existencia de medios potentes y sofisticados para introducirse en la esfera de las personas, como ocurre con las grabaciones por teléfonos, captura de imágenes con cámaras de teleobjetivos, etc.¹⁰⁸.

Sin duda alguna, al proyectar este contenido constitucional al ámbito laboral, y ahora por reenvío legal efectuada por el artículo 485 del C.T., al mencionar la libertad de emitir opinión e informar como uno de aquellos de ser susceptible de tutela procesal en el procedimiento especial ya aludido, nos encontramos frente a una serie de interrogantes para operacionalizarlo en la relación de trabajo.

¹⁰⁷Sentencia de 5 de febrero de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "La última tentación de cristo" (Olmedo, Bustos y otros).

¹⁰⁸ Banda Vergara, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa". Revista de Derecho, Vol N° 13, Valdivia, diciembre 2002, p. 123 y sgtes.

Para Babace,¹⁰⁹ la libertad de pensamiento tiene una estrecha conexión con la libertad sindical, lo que para él es manifiesto. Por otra parte, este derecho constituye una libertad que fundamenta otras libertades y es el eje de cualquier sociedad democrática pues moviliza la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación, y el respeto de la vida privada y familiar. El mismo autor refiere que debe regir el principio de neutralidad del empresario frente a las ideas y creencias del trabajador en relación a sus opiniones políticas, religiosas y sindicales, lo que debe mantenerse durante todas las etapas del contrato, particularmente durante la ejecución de las obligaciones, y la terminación del vínculo laboral.

Para establecer la forma en que debe operacionalizarse este derecho, Rojas Ribero, propone que, “el trabajador, por tanto, tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, pero también tiene la obligación de respetar unos límites en razón a la consideración debida a los demás y naturalmente al empresario o empresa. Debe respetar su honor, dignidad, intimidad y actuar de acuerdo con la buena fe que ha de presidir, con reciprocidad, el contrato de trabajo; ello impide, entre otros actos, descubrir ciertas actividades de la empresa o menoscabar innecesariamente el prestigio y crédito de ella. Cada derecho tiene jurídicamente su límite en el respeto de la libertad y del derecho ajeno.”¹¹⁰

En el C.T. no se encuentran reglas, al igual que en los casos mencionados anteriormente, que desarrollen el contenido de estos derechos fundamentales, aun cuando si se pueden mencionar algunas normas que lo protegen en forma indirecta. Así ocurre con la prohibición de

¹⁰⁹ Babace, Héctor. Ob. Cit., p. 273.

¹¹⁰ Rojas Rivero, Gloria, Ob. Cit., p. 51.

discriminar en función, o motivos de opinión política, religiosos o sindicación que se contemplan en el artículo 2 inciso cuarto del C.T. Igualmente resulta contrario a la libertad de opinión e información, la existencia de conductas hostigatorias por motivos de opinión política, religiosas, sindicales, culturales o valóricas en general, que pueden incluirse en el tipo de acoso laboral, prohibido y sancionado en el mismo artículo 2 del texto ya aludido.

A fin de lograr el resguardo de este derecho constitucional, surge con fuerza la importancia del Reglamento Interno, como un instrumento idóneo para regular el ejercicio de este derecho al interior, de la empresa, resguardando eso si, que esta fuente particularísima del derecho del trabajo de ningún modo puede introducir limitaciones que vayan más lejos que lo autorizado por la Carta Fundamental .

En esta línea argumental se debe citar como una recepción legislativa de la protección de este derecho, a la tipificación y sanción de las prácticas desleales o antisindicales¹¹¹ contempladas en los artículos 289, 290, 291 del C.T., debiendo citarse puntualmente el caso de la letra b) del último precepto, en cuanto incurren en estas prácticas, “los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros del sindicato”. Es útil destacar que en virtud de lo prevenido en el artículo 294 del C.T., las prácticas antisindicales, deberán ser resueltas mediante

¹¹¹ Las prácticas desleales o antisindicales, constituyen hipótesis de ilícitos laborales, que permiten sancionar atentados al derecho fundamental específico de la libertad sindical, lo que de constatarse ya sea por la Inspección del Trabajo o al resolver una contienda el Juez del trabajo, lleva aparejada una sanción pecuniaria (multa) y además a que el empleador, órgano sindical o trabajador en su caso, corrija la conducta a fin de obtener la eficacia del derecho constitucional ya mencionado.

el procedimiento de tutela laboral regulada en el artículo 485 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En relación al contenido de este derecho en los conflictos que han surgido entre trabajadores y empresarios, la jurisprudencia judicial¹¹² como administrativa a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo¹¹³, han comenzado a configurar una naciente orientación respecto del comportamiento que deben adoptar las partes del contrato de trabajo respecto del ejercicio y protección de esta garantía constitucional. En todo caso, dada la eventual colisión de estos derechos sin posibilidad de subsumir, se deberá acudir el método de la ponderación¹¹⁴ para decidir en un caso concreto si existe o no vulneración de este derecho fundamental.

¹¹² Sentencia Juzgado del Trabajo de Puente Alto, de 9 de febrero de 2010, RIT N° T-4-2009; Sentencia Juzgado del Trabajo de Temuco, de 8 de octubre de 2010, RIT N° T-21-2010 y, debe destacarse Sentencia del Juzgado del Trabajo de La Serena, de 10 de enero de 2013, RIT N° T-20-2012, en la cual se constata la gravedad que asumen las prácticas, al establecer el tribunal que la conductas acreditadas se refieren a “despidos, solicitudes de desafuero, hostigamientos, amenazas y entrega de beneficios a trabajadores que no pertenecen al Sindicato”.

¹¹³ Dictamen N° 4879/212 de 19 de agosto de 1996, Dictamen N° 7475/384 de 3 de diciembre de 1997 y, Dictamen N° 2000/17, de 28 de junio de 2002.

¹¹⁴ La ponderación es un método de resolución de las antinomias de derechos fundamentales, toda vez que según la doctrina no es posible resolver dicha colisión acudiendo al método de las reglas, esto es subsumir. La ponderación que se la asimila al principio de proporcionalidad, está a su vez compuesta por tres reglas o subprincipios, la idoneidad o adecuación, la necesidad o indispensabilidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Alexi, Robert: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional, México, año 2009, p.8. A su vez, Mella y Domínguez, sobre el punto señalan “el progreso en la protección de los derechos fundamentales del trabajador está estrechamente ligada al funcionamiento del nuevo procedimiento de tutela laboral y dentro de ese contexto, estimamos que el método de resolución de la colisión de derechos fundamentales constituido por el juicio de ponderación, será el que provocará mayores problemas en su aplicación. Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro, Ob. Cit., p.193.

En definitiva, se comienza a abrir un espacio al interior de la empresa para obtener el reconocimiento y ejercicio de la libertad de expresión del trabajador mientras presta sus servicios configurándose un real respeto a su dignidad, lo cual claramente ha recibido un gran impulso con los casos de tutela laboral que son conocidos por los jueces del trabajo.

11.- La Libertad de Trabajo.

Este derecho fundamental regulado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y de carácter plural, por cuanto como ya se dijo en párrafos anteriores comprende: la libre elección del trabajo y su justa retribución, la libre contratación y el impedimento a prohibir cualquier actividad lícita que decidan realizar los ciudadanos. Según el TC Chileno¹¹⁵ este derecho , de acuerdo con la doctrina” la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico”.

Igualmente es necesario recordar que no se incluyó el derecho del trabajo, que si se contemplaba en el texto constitucional reformado el año 1971, dada la imposibilidad de garantizarlo, y transformar la disposición constitucional en meramente programática o no autoejecutable¹¹⁶. Si bien

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2010, Rol N° 1413.

¹¹⁶ Respecto de las normas constitucionales se ha sugerido que algunas no tendrían valor normativo y por ello sus disposiciones no pueden ser ejecutables. Sin embargo en estos últimos años cobra mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez de las disposiciones calificadas como programáticas de los instrumentos

el texto actual de la Norma Fundamental postula la “protección del trabajo” alguna doctrina afirma que esa redacción permite hacerla comprensiva del derecho al trabajo¹¹⁷.

En cuanto al contenido de la libertad de trabajo, y dada su múltiple proyección, se debe abordar cada una de ella. En relación a la libre elección, esta habilita a cualquier persona a buscar, obtener, practicar, ejercer, desempeñar cualquier actividad retribuida, profesión u oficio lícitos, o incluso la abstención por cuanto nada puede ser compelido o forzado a trabajar¹¹⁸.

En relación al aspecto anterior, queda de manifiesto la autonomía para trabajar o no, siempre y cuando la actividad que se elija o, se desarrolla no atente contra la moral, la seguridad o la salubridad pública o el interés nacional¹¹⁹. En las limitaciones antes dichas se pueden incluir casos como la prestación de servicios de atención a clientes que incluyan favores sexuales, o el transporte de mercaderías cuya circulación este prohibida o derechamente, encargar la ejecución de ilícitos, etc. En cuanto

internacionales o de las constituciones. Incluso un autor, García de Enterría, señala que no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo. Barbagelata, Héctor: “Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista”, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, p.156.

¹¹⁷ Bulnes Aldunate, Luz: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 28, Santiago de Chile, año 1980, p.214.

¹¹⁸ La libertad del ciudadano de trabajar o no concreta la proscripción del trabajo forzado. Así se ve refrendado en La Declaración de Principios y Derechos fundamentales de la OIT, del año 1998, al consignar como uno de los principios de la comunidad mundial, la eliminación del trabajo forzado.

¹¹⁹ La libertad de trabajo admite una restricción, y ella alude a ciertas hipótesis que justifican la prohibición de realizar una determinada actividad o trabajo, fundados en que ella se opone a la moral, la seguridad o uno de los dos criterios que menciona el texto. Se trata de conceptos que requieren ser precisados a la época de su aplicación, dada su conexión con las prácticas sociales.

a la justa retribución, ello no puede entenderse como meramente aspiracional y es perfectamente posible aplicarla para resolver un conflicto laboral, como ocurriría por ejemplo en la hipótesis de que un trabajador, cuyo contrato no fue escriturado –vulnerándose la regla del artículo 9 del C.T. en cuanto le impone un plazo al empleador para formalizarlo- y el operario afirma como estipulación contractual una retribución irracional, apartada de la práctica de nuestro país; de este modo, la justa retribución impide una aplicación sin límites de la norma citada del C.T.

Por otra parte, el contenido de la libertad de contratación no implica de manera alguna que en el derecho del trabajo se pueda aplicar el principio de la autonomía de la voluntad que preside la contratación civil, por cuanto si bien existe un espacio o zona en que trabajador y empresario pueden fijar el contenido contractual, ese pacto de ninguna manera puede dejar sin aplicación o efecto, los derechos irrenunciables o mínimos inderogables que conforman el orden público laboral¹²⁰. En todo caso es útil señalar que en el C.T. se contemplan reglas que permiten a las partes de la relación laboral, el incluir pactos que desarrollen el entramado de derechos y obligaciones que forman parte de dicho vínculo. Así, se debe citar el artículo 10 N° 7, 11, 31 y 159 N° 1, todos del C.T., los cuales de ninguna forma pueden afectar los citados derechos irrenunciables, entre los que se debe citar, al ingreso mínimo mensual,

¹²⁰ Según Javillier, “el principio del orden público social implica una combinación de las normas (heterónomas y autónomas) en un sentido favorable a los trabajadores. El alcance del principio es muy extenso”. Javillier, Jean Claude: “Derecho del Trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007, p. 179.

jornada ordinaria, descanso entre jornadas, y dominical, feriado anual, etc. Y de ello atestigua una frondosa jurisprudencia¹²¹.

Finalmente, reflexionando respecto de la redacción constitucional al establecer que ningún trabajo puede ser prohibido, se consagra una libertad positiva y negativa, permitiendo a toda persona trabajar en cualquier actividad que le satisfaga o incluso no hacerlo. Los criterios restrictivos que indica el precepto 19 N° 16 de la Constitución Política, se refieren a casos justificados que no admiten un entendimiento extensivo y que al mismo tiempo poseen la flexibilidad necesaria para resolver la ilimitada creatividad que surge del progreso económico y tecnológico.

No cabe duda que este derecho fundamental es el que más se ha desarrollado en sede legal, y se podría postular que constituye uno de los dos derechos fundamentales laborales que ha recibido la mayoritaria atención del legislador para proyectar a través de la ley, su contenido y protección¹²², (el otro es la libertad sindical) y permitiendo así una aplicación que perfectamente haría inútil la teoría de la eficacia directa y horizontal de las disposiciones constitucionales¹²³. En efecto, la

¹²¹ Ver Sentencia Corte Suprema, Rol N° 3707-2004, 10 de mayo de 2006. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 6830-2011, 16 de agosto de 2011 y. Sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 22-2011, 13 de octubre de 2011.

¹²² El C.T. a través de la normativa contenida en su título preliminar y Libros I y II, sobre contrato de trabajo y protección de los trabajadores, realiza una frondosa mediación de la libertad de trabajo y su protección, lo que permite resolver la mayoría de los casos de conflictos entre empresarios y trabajadores, mediante la aplicación de reglas, y subsecuentemente, acudir al método de subsumir los casos en dichas disposiciones legales.

¹²³ Sobre el contenido de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se puede consultar: Melis Valencia, Christian: "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Editorial Abeledo Perrot, Santiago, año 2010; en el mismo sentido Aguilar, Gonzalo - Contreras, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 13, N° 1, Talca, 2007.

regulación de la prestación de servicios subordinados está diseñada de forma tal que abarca la formación, desarrollo y extinción de dicha prestación de servicios. Por otra parte en la mayoría de las legislaciones de la familia jurídica europea continental y romanista, detallan el catálogo de derechos y obligaciones que genera el contrato, logrando la anhelada protección al trabajo humano dependiente. En esta perspectiva la justificación del presente trabajo carecería de interés, por cuanto el desarrollo legislativo constituye un sistema que permite encontrar las soluciones adecuadas acudiendo al método de subsumir en una norma legal, los hechos que constituyen la contienda entre empresarios y trabajadores. Así las cosas, el caso parece ignorar o al menos no necesita acudir a la normativa constitucional para obtener lo que la ley no puede entregar. Para alguna doctrina, la frondosa regulación en el C.T. de este derecho fundamental es el ideal jurídico, por cuanto no se produce la negativa vulgarización del derecho constitucional¹²⁴.

A manera conclusiva, la libertad de trabajo, aun cuando es mencionada en el artículo 2 del C.T. términos similares a la Constitución, lo cierto es, que constituye el modelo clásico de proyección legal del contenido de dicho derecho, pudiendo así, el juez del trabajo, relacionarse con la aplicación de reglas que en caso de contradicción con la normativa constitucional, ello podrá ser resuelto por el control concentrado¹²⁵ de un

¹²⁴ Sobre este punto Ruiz Tagle, señala que “La autonomía y especialización jurídica no debe confundirse con solipsismo, con autismo o con autarquía conceptual. Por eso estoy entre los partidarios más vulgares de la vulgarización, porque pienso que el punto de vista de las personas comunes es muy relevante en el desarrollo de toda concepción democrática del derecho”. Ruiz Tagle, Pablo: “La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales”. En “Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 67.

¹²⁵ “ Se califica como control concentrado de constitucionalidad de la ley a aquél que se reserva a un solo órgano- sea ante el Tribunal Supremo de Justicia, sea

tribunal especial cuya jerarquía y especialización cautelan debidamente la supremacía de la Norma Fundamental.

12.- La Libertad Sindical:

La Constitución Chilena adoptó un modelo cuestionable en cuanto a su recepción toda vez que la doctrina mayoritaria¹²⁶ reconoce que su contenido abarca la libertad de sindicación, la negociación colectiva y la huelga. En otras palabras, tiene un contenido orgánico y otro funcional¹²⁷. La fórmula empleada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, al referirse solo al derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley, y por ende a formar, afiliarse o desafiliarse a los sindicatos, dejó trunco este derecho, y ello explica que los otros dos capítulos que integran este derecho se contienen, en el numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el cual regula en forma restringida la negociación colectiva y la huelga.

La libertad sindical constituye en opinión de este autor, el núcleo fundamental del derecho del trabajo, y por ende, su consagración

una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo_ con exclusión de los demás tribunales". Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad en la república de Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, Talca, año 2008, p. 389 y sgtes.

¹²⁶ "La libertad sindical, es, en razón de su contenido, un derecho complejo o genérico, integrado por el conjunto de derechos y facultades que hacen reconocible el ejercicio del mismo y...es posible distinguir un doble plano: 1.- La libertad sindical individual y, 2.-la libertad sindical colectiva". Palomeque, Manuel - Alvarez De la Rosa, Manuel. Ob. Cit., p. 336.

¹²⁷ El contenido orgánico alude al derecho a formar un sindicato, afiliarse a uno constituido y autonomía para darse su reglamentación. El funcional alude al derecho a realizar todas las acciones provenientes de su representación, negociar colectivamente y ejercer el derecho a la huelga en su caso. En nuestro país, este derecho aparece desconectado en preceptos diferentes de la Constitución Política, y en exceso limitado en la faz funcional.

constitucional legítima la existencia de un estado democrático social de derecho. Es el único derecho fundamental específico, por cuanto pertenece solo al trabajador ciudadano, pero no es concebible que otro ciudadano lo ejerza, ya que en este caso se impregnaría y confundiría con el derecho de asociación, el cual no reviste la misma naturaleza que la libertad sindical.¹²⁸

Esta postura permite hacer un juicio crítico respecto del ordenamiento jurídico laboral de nuestro país, toda vez que, y destacadamente, la regulación del contrato ha sido la preocupación fundamental del legislador laboral de los últimos años, prevaleciendo una visión individualista, atomizada, que no contribuye a establecer relaciones laborales modernas, dada la escasa fuerza negociadora que posee un trabajador individualmente considerado. La opción anterior ha traído como consecuencia la desvalorización de la autonomía colectiva, fuente particularísima del derecho del trabajo, que es la llamada a proporcionar un instrumento más eficiente para dirimir pacíficamente los conflictos entre el capital y el trabajo, cuestión que en opinión de este autor debe ser corregida.

Sin embargo, la visión contractualista, traducible como modelo legitimador o hegemónico del sistema capitalista que impera sin

¹²⁸ “Los sindicatos son, así pues, *formaciones sociales con relevancia constitucional*, a los que el artículo 7 de la Constitución reconoce el carácter de organismos básicos del sistema político, de componentes básicos o instituciones esenciales del sistema constitucional español, por lo que se convierten funcionalmente en piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. Su función, por lo mismo, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquema del apoderamiento y de la representación del derecho privado, ya que no se trata únicamente de asociaciones privadas, representantes de sus afiliados”. Palomeque, Manuel - Álvarez De La Rosa, Manuel. “Derecho del Trabajo”, ob. Cit., pp. 316 y 317.

contrapeso en nuestro país, se proyecta en la función pacificadora que se refleja - como es lógico - en toda la estructura normativa del Derecho del Trabajo, al establecer límites al desarrollo de las figuras colectivas y organizativas de los trabajadores, lo que trae como consecuencia un orden regulatorio rígido, que hace dificultoso introducir los cambios que exige el gran dinamismo que enfrenta cualquier sistema económico, político y social¹²⁹, como es el caso de nuestro país. Estas reflexiones no son puramente teóricas, por cuanto se pueden perfectamente validar con algunas de las recientes leyes laborales que han entrado en vigencia en nuestro país¹³⁰, en cuanto se justifican precisamente como un aporte jurídico a la pacificación social.

En el contexto anterior, parece evidente que la razón social histórica del Derecho del Trabajo responde a la necesidad social de canalizar pacíficamente el conflicto político surgido entre los nuevos antagonistas

¹²⁹ En general tal cuestión no es nueva ni propia de la flexibilidad, sino que es un efecto regulador/legitimador del derecho y en particular del derecho del trabajo. Desde un análisis de derecho comparado e histórico, la principal y más notable manifestación de legislación laboral en materia colectiva, como expresión de la represión de la acción obrera, se dio en la legislación francesa, particularmente con la ley Le Chapelier de 1791 y sus leyes complementarias como el Código Penal de 1810, quienes como cuerpo normativo, prohibían todas las manifestaciones que hoy calificaríamos como manifestaciones de la libertad sindical, declarando inconstitucional los acuerdos entre trabajadores y patrones, al nivel de tipificar criminalmente conductas constitutivas de expresión de la autonomía colectiva. La efectividad represiva de tal modelo funcionó como normativa de exportación a países industrializados como Gran Bretaña, Dinamarca, España y Alemania.

Desde un punto de vista latinoamericano, la represión de la actividad sindical se hizo efectiva con especial dureza y no precisamente desde la ley. En este contexto, podemos recordar hitos de sangre como la matanza de Santa María de Iquique (1907 Chile); Río Blanco y Cananea (México, 1906-1907); la Patagonia Argentina (Argentina 1921) y los Huelguistas de United Fruits (Colombia 1928), entre otros.

¹³⁰ En el mensaje de la ley 20.087 se indica destacadamente que la configuración del proceso laboral constituye un instrumento de pacificación social en cuanto dicho proceso se considera un mecanismo privilegiado de solución eficiente y oportuna de conflicto en el ámbito laboral. Historia de la Ley Ley N° 20.087, pp.11 y ss.

colectivos del sistema económico, cumpliendo con la trascendental misión de imponer a la contradicción de intereses un cauce de circulación del capital y trabajo compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa liberal.¹³¹ Por lo demás es claro que el Derecho del Trabajo legaliza las relaciones de trabajo y sólo limita el poder patronal, no siendo su fin modificar la naturaleza de las relaciones de trabajo.¹³²

En la línea argumental anterior y a modo de justificación de la importancia de este derecho y su protección como instrumento legitimador del conflicto entre el capital y el trabajo, Palomeque y Alvarez nos dicen que “el Derecho es ciertamente una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales. A través de la norma jurídica se impone el cauce adecuado para la solución ordenada del conflicto (individual o colectivo), configurándose de este modo un sistema de seguridad y conservación de las relaciones sociales vigentes en un momento determinado. El conflicto de intereses es por ello una realidad social preformativa, que el Derecho viene precisamente a integrar. La conflictividad social es así canalizada jurídicamente de acuerdo con el cuadro de intereses y valores propios de la opción política que expresa la norma jurídica en cuestión, que no son naturalmente sino los del grupo o grupos sociales capaces de imponer, dentro de un sistema determinado (el juego de las mayorías parlamentarias en un sistema democrático) su voluntad organizativa. El conflicto social y la norma jurídica reguladora del mismo formarán parte

¹³¹Palomeque, Manuel: “Derecho del Trabajo e ideología”, Madrid, Editorial TECNOS, 2002, pp. 32-33.

¹³²García Ortega, Jesús, et al., Curso de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 29.

ya, una vez producida la institucionalización de aquél, de la misma realidad jurídica".¹³³

12.1.- Libertad Sindical y su contenido.

Descrito el escenario anterior, nos detendremos en la contradicción que se produce entre el colectivo de trabajadores y los dueños del capital, cuestión medular en la concepción y recepción de la libertad sindical en las normas jusfundamentales, lo que ha permitido tradicionalmente abordar este problema en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, rama que "busca traducir a términos jurídicos la conflictualidad básica del capital y el trabajo en los países de economía de mercado, para hacer posible la paz social transitoria o definitiva"¹³⁴, siendo la Libertad Sindical, en los términos de Sarthou, el "antiproducción cultural" de la Revolución Industrial, en tanto expresión del régimen, pero también negación, su antítesis dialéctica que determinará en el tiempo la síntesis de la constitucionalización social, expresándose esta como "la presa instrumental conquistada en la feroz contradicción entre el capital deshumanizado y salvaje del industrialismo y el trabajo subordinado jerarquizado para la lucha por el movimiento obrero y las ideologías"¹³⁵.

Sin embargo, esta contradicción no siempre asume un papel exento de reproche respecto de la postura que asumen los trabajadores para obtener un reconocimiento a sus demandas laborales, o en palabras más simples, en ocasiones la postura del colectivo se aleja de su justificación

¹³³Palomeque, Manuel - Álvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", ob. cit., p. 44.

¹³⁴ Sarthou, Helios: "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo", en Revista de Derecho Laboral de Uruguay, N° 123, Septiembre de 1981, p. 578 y sgtes.

¹³⁵ Sarthou, Helios: Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo I, "Rasgos Ontológicos Generales de la Libertad Sindical", Fundación de cultura universitaria, Montevideo-Uruguay, año2004, pág. 16.

ética, introduciendo elementos que se apartan completamente de las reivindicaciones laborales. En este sentido, Romagnoli precisa que “el conflicto ya no es, o lo es cada vez menos una manifestación de activo altruismo, como lo consideraba Pietro Calamandrei en los años cincuenta. Se ha convertido en un multiplicador de desigualdades justificadas sólo, o en su mayoría, por la proliferación de posiciones de trabajo –clave, cuya crucialidad en la organización del trabajo concede a sus ocupantes la oportunidad de dilatar desmedidamente la agresividad de sus huelgas”¹³⁶.

Es en este escenario social donde surge la libertad sindical, como el hijo no deseado de la actividad del capital. Aún cuando debe destacarse que ella ha enfrentado una notable evolución, de la misma manera como la sociedad se ha ido desembarazando del antiguo capitalismo industrial a uno muy reciente, de carácter financiero y de servicios o incluso a uno fundado en la llamada sociedad del conocimiento, lo que modifica la concepción original de trabajador, (no cabe duda que en los inicios del conflicto social - el trabajador- correspondía a un sujeto con escasa preparación y asociado al trabajo extenuante, cuestión que hoy en día es reemplazada por un trabajador que puede poseer formación universitaria e incluso un postgrado, dotándolo de una mayor capacidad negociadora para establecer las condiciones de trabajo con su empleador) y al mismo tiempo, impulsa la necesidad de adoptar estrategias organizativas distintas para lograr una mejoría en sus condiciones de vida. En este punto, si bien en una primera etapa la libertad sindical asumía un marcado carácter asociativo, y por tanto, asimilado al derecho de asociación, con reconocimiento constitucional; posteriormente se complementa con su carácter activo y no simplemente orgánico, apareciendo como

¹³⁶ Romagnoli, Umberto: “El Derecho, el trabajo y la Historia”, Madrid, España, año 1997, pp. 199-198.

consustancial al sindicato o colectivo de trabajadores, la posibilidad de negociar y con ello el paro, modelándose así el entendimiento y contenido actual de la libertad sindical (y al mismo tiempo proclamando su autonomía respecto del derecho de asociación).

El abandono a la visión puramente organizacional de la libertad sindical que predominó en nuestro país, se extiende ahora desde el sindicato a su acción natural esto es la negociación colectiva hasta abarcar la paralización como instrumento legítimo de los trabajadores, lo que recibe un sólido reconocimiento por la doctrina juslaboralista. En este plano, Ermida sostiene que la libertad sindical es una "libertad compleja, que no se reduce a un derecho sino que se compone de un haz de derechos concretos, y puede ser sistematizada en torno a no menos tres variables, a saber: la titularidad de la libertad sindical, su contenido y el sujeto pasivo de las mismas. Así, en atención a la titularidad de los diversos derechos sindicales, se distinguen una dimensión individual y una dimensión colectiva de la libertad sindical. Si se considera el contenido del mismo de estos derechos -y ésta es la variable principal a nuestros efectos en este momento-, pueden también percibirse unos derechos sindicales tradicionales, de tipo asociativo, como el derecho a afiliarse a un sindicato o el derecho de constituir, con otros, una nueva organización, y unos derechos al ejercicio de actividad sindical, derechos de actividad, tales como el de negociación colectiva, huelga, uso de cartelera y, en general, militancia y proselitismo. Y cuando se enfoca, en cambio, al sujeto pasivo de la libertad sindical, esto es, cuando se analiza ante quién se ejerce cada uno de los derechos sindicales, puede hablarse de libertad sindical ante el Estado, ante los empleadores y ante las propias organizaciones

sindicales”¹³⁷. Como se aprecia, para dicho autor la libertad sindical, comprende la sindicación, negociación y el paro de actividades, la cual se extiende a los funcionarios públicos.

De las consideraciones anteriores podemos concluir que el contenido de la libertad sindical está compuesta por un aspecto orgánico y uno funcional, abarcando la libertad para constituir sindicatos, dotarse de una reglamentación propia y realizar su actividad natural, esto es, llevar adelante procesos negociadores tendientes a obtener mejores condiciones de trabajo y retribución, incluyendo en esta faz de actividad, la posibilidad de paralización como medio de presión legítima, eso sí, con los resguardos necesarios tendientes a descartar situaciones de irracionalidad que motiven una visión sesgada (principalmente de su contraparte y organizaciones afines) de este especial mecanismo de autotutela.

En todo caso, es útil destacar, que el concepto mismo de la libertad sindical resulta muy influenciado por el derecho a constituir la organización obrera, y ello es patente en la doctrina. En este sentido Palomeque la conceptúa como “el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que le son atribuidas para la defensa de los intereses del trabajador asalariado”¹³⁸. En el plano nacional, Caamaño¹³⁹

¹³⁷ Ermida Uriarte, Oscar: “Libertad Sindical y Derecho de Asociación”. En “Algunos Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional”, Lima, año 1992, p. 63 y sgtes.

¹³⁸ Palomeque, Manuel - Álvarez de la Rosa Manuel. “Derecho del Trabajo”. Ob. Cit., p. 320 y sgtes.

¹³⁹ El autor citado la define “Como el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones afiliarse o desafiliarse a ellas, o darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación

propone un concepto que abarca la concepción moderna de libertad Sindical, en cuanto la resume como el derecho a constituir sindicatos, negociar colectivamente y a ejercer en su caso, el derecho al paro.

12.2.- El modelo regulatorio de la Libertad Sindical en Chile.

El movimiento obrero en nuestro país ha tenido una evolución de alcance centenario¹⁴⁰, ya que los trabajadores comenzaron su proceso reivindicativo mediante organizaciones sociales y políticas (1830-1920) con anterioridad de la aparición del mismo derecho del trabajo y, que posteriormente se estructuraron, (1920-1973) en un proceso dialéctico de cercenamiento e institucionalización bajo la forma jurídica de los sindicatos¹⁴¹, los cuales enfrentaron un duro quiebre, en términos fácticos y jurídicos, durante la dictadura militar que transmite sus consecuencia hasta nuestros días (1973-2013)¹⁴².

colectiva y el derecho a huelga". Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 30, año 2008, p. 265 y sgtes.

¹⁴⁰ En nuestro país, las primeras formas de organización obrera se producen en 1829, con la creación de la Sociedad de Artesanos de Santiago, y otra del mismo carácter un tiempo después en San Felipe. Cfr. Grez Toso, Sergio: "De la *regeneración del pueblo* a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)", vol. XIII, Colección Sociedad y Cultura, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Ediciones RIL, Santiago, 1998; Garcés, Mario - Milos, Pedro: "Taller Nueva Historia. Cuadernos de Historia Popular". Serie Historia del Movimiento Obrero Nº2, Centro de Estudios del Trabajo CETRA/CEAL, Santiago de Chile, 1983, p. 1 y sgtes.

¹⁴¹ Nos referimos a las Mutuales, Mancomunales, Sociedades de Resistencia y Cordones Industriales. Cfr. Rifo Melo, Mauricio: "La formación económica social y la organización de los trabajadores en Chile (1830-2008). Una Mirada desde el Materialismo Histórico", Seminario de título para optar al grado de Licenciado en Educación mención Historia y Geografía, Universidad de Concepción, año 2010.

¹⁴² El código de 1931 mantuvo su estructura básica hasta el 15 de junio de 1978. No obstante esto, la etapa previa a la imposición del Plan Laboral que va desde 1973 a 1978, se caracteriza por la prohibición de toda actividad sindical, incluida la negociación colectiva. Así a partir de 1973 el régimen militar impuso medidas

El escenario descrito da cuenta de un proceso dinámico de reclamo y manifestación social por parte de los trabajadores que nunca abandonaron la idea de obtener un espacio de libertad para que actúen sus organizaciones obreras y ello se aprecia en el período comprendido entre 1920 y 1973¹⁴³, aunque nunca fue limitada solo al derecho a que se reconozca la pura organización, ya que en ella iba implícita la función de negociar y paralizar como medio último para exigir las mejoras salariales y condiciones de trabajo. Este proceso culminó dramáticamente en el año 1973, sustituyéndose por uno en que se restringió la función sindical a la existencia de reconocer sindicatos, es decir a su faz orgánica y permitiendo limitadamente actividades de carácter asociativos, determinada por una visión formal que limita el derecho de negociación y aún más, el de huelga. Luego en una postura que ha dominado en los últimos años en nuestro país, se tiende a asegurar que la libertad sindical está correctamente recepcionada en el modelo regulatorio (constitución,

destinadas a desarticular el movimiento sindical, ya sea por vías de hecho como de derecho. Entre estas últimas podemos mencionar la disolución inmediata de la CUT, la prohibición de elecciones de dirigentes en las organizaciones sindicales, prorrogándose el mandato o debiendo asumir el cargo el trabajador más antiguo de la empresa. Las asambleas se limitan a meras reuniones de carácter informativo o relativas al manejo interno de la organización y de ellas debía informarse previamente a Carabineros. En particular el Decreto Ley 43 de 29 de septiembre de 1973, suspendió toda norma relativa a determinación o reajuste de sueldos, salarios y remuneraciones en general, es decir suspendió el derecho a negociar colectivamente. Así la dictación del Plan Laboral obedeció al cambio radical económico-social del país. Por tanto, la legislación laboral debía adecuarse a estos cambios, para ello se decretan una serie de normas que fijaron el nuevo marco legislativo laboral. Las principales son las siguientes: Decreto Ley 2.200 de 1978, sobre contrato de trabajo y de protección de los trabajadores. Decreto Ley 2.756 de 1979, sobre organizaciones sindicales y el Decreto Ley 2.758 de 1979, sobre negociación colectiva. A estos decretos les siguen dos leyes laborales, N°s 18.018 de 1981, que complementa al DL. 2.200, y 18.372 de 1984. Las normas señaladas son recopiladas en el Código del Trabajo de 1987 que hasta nuestros días, no obstante mínimas reformas, mantiene su estructura vertebral intacta.

¹⁴³ Barría, Jorge: "El movimiento obrero en Chile, síntesis histórico-social". Ediciones UTE, Santiago, 1971, p. 26 y sgtes.

leyes, etc.) y ello ha sido consagrado ciegamente por la jurisprudencia de nuestro país¹⁴⁴, sin embargo la fuerza de los hechos ha ido progresivamente colocando en la discusión de nuestros actores políticos, la necesidad de corregir esta percepción debido a las demandas sociales que pudieran generar serios problemas al funcionamiento de nuestro modelo económico y social. En estos últimos años se ha producido un consenso en los doctrinadores laboralista de nuestro país, de que es hora de consolidar la visión correcta de la libertad sindical, esto es, la comprensiva de organización, negociación y paro.

En la sociedad chilena, y como la mayoría de las sociedades americanas, la libertad sindical es recogida como una cláusula constitucional en la Carta Fundamental, y esta recepción se efectúa básicamente en nuestro país en dos preceptos, el artículo 19 N° 19 y el 19 N° 16, de la Carta Política. El primero consagra la libertad sindical en su aspecto orgánico, esto es, el derecho a sindicarse, la libertad de afiliación y desafiliación, el derecho a obtener una personalidad sin restricciones de la autoridad y proclama la autonomía para dotarse de una reglamentación propia, y más dudosamente la autonomía de acción. En una tradición bastante arraigada se ha entendido que el precepto 19 N° 16 de la Constitución alude a las garantías del derecho individual del trabajo. Sin embargo, en su contenido se recogen los dos aspectos omitidos en la regla anterior, esto es, la negociación colectiva (limitada eso sí al ámbito de la empresa) y también se alude a la Huelga, aún cuando en una fórmula muy insatisfactoria para quienes postulan un reconocimiento en términos positivos, ya que el texto comienza su redacción indicando

¹⁴⁴ En efecto, atendido el gran desarrollo de la normativa orgánica de los sindicatos, los pronunciamientos judiciales se circunscriben a casos de interpretación y aplicación de la reglas del Código del Trabajo, diluyéndose el carácter constitucional de la libertad sindical.

nominadamente que trabajadores no pueden decidir la paralización de ciertas actividades, entre las cuales están: los funcionarios del Estado y de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La fórmula constitucional respecto del derecho al paro, da cuenta por una parte, de la aversión del constituyente de facto frente a la huelga, y por otro lado, la complejidad que representa para nuestro ordenamiento jurídico el diseñar una garantía al ejercicio de este derecho, cuestión que obligatoriamente nos hace observar las soluciones que los países se han dado para ofrecer un esquema moderno, justo y eficiente¹⁴⁵.

¹⁴⁵ La realidad actual en el mundo occidental, que adoptan el modelo de producción capitalista, es que el derecho a huelga no aparece como una consagración expresa en todas las constituciones, pero si en tratados y acuerdos multilaterales entre las naciones, aunque solo mencionado. De esta forma los países han ensayado distintas fórmulas para regular la huelga, sobre todo en un aspecto crucial de la misma, esto es, si ella debe ser limitada o ilimitada en el tiempo. Naturalmente la opción de ilimitada no significa la paralización definitiva de la empresa, ya que pueden existir mecanismos disuasivos de la misma, como por ejemplo que la paralización no sea remunerada para el trabajador. En el caso chileno la paralización no tiene límite (solo para los casos en que se reconoce este derecho) actuando como freno el no pago de la remuneración y la posibilidad de reemplazo de trabajadores. Sobre este punto para el caso español se ha ensayado igualmente la creación de un órgano denominado Comité de Huelga, cuya función es administrar la huelga en todos sus aspectos. Éste órgano ha sido duramente criticado porque no consagra uno de los derechos fundamentales de la convivencia democrática. Rentero Jover, Jesús: "El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 65 y sgtes. A propósito del el modelo uruguayo Fernández Brignoni, Hugo- Moreira Rocca, Danubio: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos". Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

12.3.- La normativa internacional sobre libertad sindical.

A la protección constitucional de la libertad sindical, se une la normativa de los tratados internacionales¹⁴⁶, cuyo contenido y obligatoriedad (respecto de los derechos laborales, catalogados como económicos y sociales o de prestación) plantea el problema de su vinculación jerárquica con las normas chilenas (es decir, atribuir a los tratados rango constitucional, legal o suprallegal, pero de inferior jerarquía a la norma constitucional). Desde ya es preciso puntualizar que la función de los tratados internacionales relacionados con el derecho laboral debe ser abordado desde la óptica del llamado "bloque constitucional", que será objeto de un análisis más detallado en un párrafo posterior. Teniendo en cuenta el panorama anterior, destacadamente la libertad sindical en nuestro país se rige también por los Convenios N° 87, Convenio N° 98 y Convenio N° 135¹⁴⁷, los cuales se refieren a la libertad sindical en su aspecto orgánico, conteniendo el segundo de los nombrados, una breve referencia a la negociación colectiva, denotando o explicándose al mismo tiempo la fórmula empleada por el Constituyente chileno, esto es, separar las materias que contempla el contenido actual de la libertad sindical. A los Convenios se une la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales laborales de la OIT, del año 1998, la cuál coloca como primer principio, la libertad sindical, incluyendo la negociación colectiva, lo que origina una seria presión en la legislación interna de nuestro país, dada la obligación de adecuar las normas internas de los estados a las disposiciones que adopta la OIT. Comentario aparte ofrece la ausencia de la Huelga como

¹⁴⁶ Cfr. Gamonal Contreras: "El Derecho Colectivo Chileno Frente a los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT" en "Trabajo y derecho". Legal Publishing, Santiago, 2011.

¹⁴⁷ Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y la protección al derecho a sindicación. D.O. de 12 de 05 de 1999; Convenio N° 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. D.O. 12 de 05 de 1999; Convenio N° 135 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores. D.O. 12 de 05 de 1999.

materia a reglamentar por los Convenios, pero ello no significa que para el órgano internacional no sea un componente imprescindible de la libertad sindical. En este sentido Gernigón, Odero y Guido, señalan que la OIT, a pesar que no existe Convenio expreso sobre la Huelga, reconoce que es un derecho vital dentro de la libertad sindical, enfatizando que tiene la categoría de un derecho fundamental del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores, protegido en el ámbito internacional, siempre que su ejercicio revista un carácter pacífico y concluyen con un catálogo de un cuerpo de principios sobre el derecho a huelga¹⁴⁸. En relación a esta fuente internacional del derecho del trabajo, es necesario advertir, que ella está siendo utilizada como fundamento para sentenciar casos de conflictos laborales que conoce la judicatura chilena¹⁴⁹, y ello cumpliendo además el mandato obligatorio de la horizontalidad de las fuentes consagrado en el actual artículo 459 N° 5 del CT. Que describe los requisitos que debe cumplir la sentencia del juez del trabajo.

12.4.- El marco legal de la libertad sindical.

Finalmente, sin desconocer el valioso aporte de la jurisprudencia administrativa a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo que versan sobre la libertad sindical en nuestro país¹⁵⁰, se debe concluir este

¹⁴⁸ Estos autores mencionan dentro del cuerpo de principios, el reconocimiento con carácter general del derecho de huelga a los trabajadores del sector público y privado. Solamente es admisible hacer excepciones de este derecho a categorías muy específicas de trabajadores, como por ejemplo, las fuerzas armadas o servicios esenciales cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población. Gernigón, Bernard: et. al., "Principios de la OIT sobre el derecho a huelga", en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, N° 4, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, año 1998.

¹⁴⁹ Sentencia Corte Apelaciones de Santiago, 31 de marzo de 2008, ROL 1701-2007.

¹⁵⁰ Dirección del Trabajo ha emitido diversos pronunciamientos respecto del contenido de la libertad sindical en aspectos específicos, como por ejemplo.

marco regulatorio con el diseño contenido en el Código del Trabajo, respecto de los Sindicatos, la Negociación Colectiva y el derecho a Huelga, que se contemplan en los libros III y IV del citado cuerpo legal. En esta regulación de rango legal se contiene una normativa con énfasis en los aspectos orgánicos de los sindicatos, con una negociación limitada dada la categorización que la ley realiza distinguiendo entre la negociación colectiva reglada, negociación colectiva no-reglada y una tercera, que podemos denominar semi-reglada, las cuales no tienen una cobertura que legitimen estos mecanismos, que por lo demás están desarrolladas de forma tan extensa que parecieran constituir un serio límite al ejercicio de la libertad de negociación. Por lo demás se debe destacar que la Huelga sólo es un instrumento legítimo en una de las negociaciones (la reglada) descartándose de las otras dos restantes y en un claro reproche al sistema legal, se sujeta a una serie de etapas y formalidades que dificultan el ejercicio de dichos derechos. Esta fórmula legal ha originado una jurisprudencia muy restrictiva del contenido de la libertad sindical en Chile, centrando su actividad en la interpretación de esta reglamentación, sobre todo por el Máximo Tribunal¹⁵¹, abandonándose su carácter de derecho fundamental.

Dictamen N° 1185/016 del 10 de 03 de 2012; N° 3228/051 de 21 de 07 de 2010; N° 225/034 de 27 de 05 de 2011; N° 0368/008 de 20 de 01 de 2012.

¹⁵¹ Sobre la Huelga en general en Chile, Cfr. Varas Marchant, Karla- Gutiérrez Domínguez, José: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos", Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile; a propósito del escenario restrictivo Ugarte Cataldo, José Luis: "La Corte Suprema y derecho de huelga : aquí no, por favor". Estudios laborales en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No. 4, Santiago de Chile, 2009, p. 89 y sgtes; En particular sobre el criterio de la Corte Suprema sobre la aplicación del concepto de reemplazo de trabajadores, ver reciente fallo del 7 de 03 de 2013, ROL 4936-2012.

En esta misma línea argumental, y siguiendo una tradición muy arraigada en la cultura jurídica chilena, la fuente ley se ha transformado en la gran regla destinada a disciplinar las relaciones laborales en Chile, originando un estatuto que pudiera sugerir un gran avance, y que sin embargo, en los hechos afecta gravemente el ejercicio de la Libertad Sindical. En efecto, si observamos nuestra legislación laboral existe claramente una prevalencia de la heteronomía sobre la autonomía colectiva, expresión misma de la limitación a la actividad sindical, sobre-reglamentadora y con una fuerte intervención estatal¹⁵². Aún más, en nuestro país el tratamiento dado por la legislación en general es insuficiente y superficial al entender y definir el modelo colectivo de relaciones de trabajo solo en sus aspectos procedimentales y formales¹⁵³, esto es, como una mera facultad de organización por parte de los trabajadores, perdiendo el foco del conflicto como proyección de intereses antagónicos. En efecto, "lo que caracteriza a un organización sindical no es su estructura, ni sus posibilidades de organización, ni otras actividades

¹⁵² Cfr. Gamonal CONTRERAS, Sergio: "Perspectivas Futuras del Derecho Sindical Chileno. Desafíos de nuestro Derecho Sindical" en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997.

¹⁵³ Como lo señala Caamaño "Es así, que si se examina desde una perspectiva general la legislación de la época, es posible inferir que ella asumía una concepción restrictiva de las facultades inherentes a la noción de libertad sindical, lo que encontraba también un correlato en la visión de la doctrina juslaboralista tradicional chilena, y se traducía, en concreto, en una exclusión del ámbito funcional de la libertad sindical, es decir, el ejercicio de la actividad sindical en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, poniendo el acento, básicamente, en las facultades de constituir, organizar, afiliarse y desafiliarse de una organización sindical. Por lo anterior, desde este punto de vista, se tendía generalizadamente a asociar la libertad sindical de manera exclusiva con el derecho de sindicación¹³, lo que coincidía, a su vez, con la estructura normativa adoptada por nuestra Constitución Política de la República (CPR) y una lectura meramente formalista y no finalista de sus disposiciones, en razón de que el texto constitucional consagra separada- mente el derecho de sindicación (artículo 19 no 19) del derecho a negociar colectivamente (artículo 19 n° 16 inciso 5) y asume un reconocimiento negativo y limitado del derecho a huelga (artículo 19 no 16 inciso 6). Caamaño Rojo, Eduardo, Ob. cit., p. 272.

propias de personas jurídicas con o sin fines de lucro, sino la posibilidad de negociar colectivamente y de declarar la Huelga”¹⁵⁴, siendo estas últimas expresiones concretas de medidas de acción directa.

Por otra parte, si analizamos la regulación de las relaciones laborales en Chile nos damos cuenta que ella está dada por la tutela estatal al trabajador a través de normas de orden público que reglamentan el contenido del contrato de trabajo sin que las partes puedan alterar sus disposiciones, salvo para establecer mejores condiciones para el trabajador, siendo la principal fuente reguladora de las relaciones de trabajo, la ley, relegando a un segundo plano la autonomía colectiva. La ideología de este sistema respecto del derecho colectivo, recae en el hecho que “el mundo político no mira con buenos ojos el surgimiento de poderes intermedios, de naturaleza sindical. Existe pánico al conflicto, lo que redundando en el excesivo control de las elites políticas en el movimiento sindical”. Así, “el sistema reglamentarista es propio de democracias más formales que reales, en naciones más autoritarias que pluralistas, en las que el eventual respeto y fomento del sindicalismo va de la mano con la necesaria profundización del sistema democrático”.¹⁵⁵

La estructura de las relaciones de trabajo en nuestro modelo colectivo se encuentra limitado por el modelo ideológico de relaciones laborales que el régimen militar impuso hacia fines de la década del setenta, fundado en la desconfianza del poder normativo que pudiere reconocerse a los trabajadores y empresarios para determinar las condiciones salariales y de trabajo en general, lo que se implementó a

¹⁵⁴Gamonal Contreras, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”, Legal Publishing, año 2008, p. 51.

¹⁵⁵Gamonal Contreras, Sergio: “Derecho Colectivo del Trabajo”. Ob. Cit., p. 16.

través de un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país. Como lo señala Rojas Miño tal proceso, que se denominó “modernizaciones”, comprendió además del área laboral, el de educación, el de salud y el régimen previsional en el campo de la seguridad social, entre otras.

Siguiendo a la misma autora, tal manifestación se expresa en la regulación de la cobertura subjetiva de la negociación colectiva (número de trabajadores que ejercen el derecho)y en los niveles de la misma (posibilidad de extender el ámbito físico de la negociación, por ejemplo, involucrar varias empresa, o por rama de actividad)

En cuanto a la primera limitación, esto es, en referencia a la cobertura subjetiva, se limitó en cuanto al sector económico, permitiendo la negociación colectiva en el sector privado y en las empresas del Estado limitadamente. En esta misma línea, en cuanto a las categorías de trabajadores al interior de las empresas, se excluyó de la negociación colectiva a los cargos directivos de las empresas y, también, a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y a los contratados por obra o servicios y los trabajadores de temporada¹⁵⁶.

En relación a la segunda limitación, es decir, a los niveles de la negociación colectiva, se limitó a un único nivel de estructura, siendo tal la empresa, prohibiéndose en términos absolutos la negociación colectiva en niveles superiores. “¿Cuál es el objetivo de fijar heterónomamente este nivel de negociación, imponiéndolo, a la vez, como único nivel de la estructura? El objetivo explícito, manifestado por los autores del Plan

¹⁵⁶ Rojas Miño, Irene: “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el plan laboral” en Revista Ius et Praxis, N° 13 año 2010, p. 202 y sgtes.

Laboral, fue «someter el nivel de remuneraciones a la productividad del trabajo», tal como además se plantea en uno de los considerando de este Decreto Ley 30 y, además, «impedir la politización de la negociación colectiva»¹⁵⁷.

Esto se debe principalmente a que tal modelo de regulación se inspira en la idea neoliberal de que la negociación colectiva debe limitarse a ser un medio por el cual trabajadores negocian agrupados en grupos independientes o sindicatos, sus remuneraciones con el empleador sobre la base del valor que tiene sus aportes en las empresa, no siendo la negociación colectiva un mecanismo de redistribución de la riqueza, sino por el contrario, asegura la equivalencia entre remuneraciones y productividad, subordinándose el trabajo al capital, contribuyendo a generar una tasa de ganancia libre de interferencias laborales reforzando el patrón de acumulación derivado del modelo económico adoptado¹⁵⁸, “ignora el objetivo último de la negociación colectiva, que es el de democratizar las relaciones laborales”¹⁵⁹.

Por otro lado, en lo tocante a la organización propiamente tal al interior de la empresa, se produce un fenómeno de paralelismo y atomización laboral. El modelo normativo permite “el paralelismo sindical al interior de la entidad que sirve de base a la constitución de sindicatos, es decir, la empresa. Por una parte, se pueden constituir tantas organizaciones sindicales como se desee, en cuanto reúnan los quórum mínimos y, por la otra, no se reconoce derecho alguno al sindicato más representativo, criterio indispensable para lograr una autonomía que goce

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 203.

¹⁵⁸ Caamaño Rojo, Eduardo- Ugarte Cataldo, José Luis: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, *ob. Cit.*, p. 27.

¹⁵⁹ Rojas Miño, Irene. *Ob. cit.*, p. 212 y sgtes.

de legitimación entre los actores de las relaciones de trabajo. A la vez, se le reconoce espacio a los grupos de trabajadores representantes de fraccionados intereses laborales, lo que ha generado un espacio eficaz para las presiones empresariales tendientes a eliminar la organización sindical, asimismo para quitar eficiencia a la negociación colectiva o generar seudos acuerdos colectivos, como han sido los convenios colectivos suscritos por coaliciones de trabajadores”¹⁶⁰.

Finalmente, pero no menos importante, es el actual escenario negativo de la Huelga como derecho fundamental. Como se suele afirmar, no hay negociación colectiva sin la posibilidad de hacer ejercicio legítimo de mecanismos de protección que permitan la auto tutela de los intereses laborales por los mismos intervinientes en un proceso de negociación.

Al respecto, el Plan Laboral sólo reconoció a la Huelga como derecho en el marco del procedimiento de negociación colectiva reglada, limitando su ejercicio. En efecto, “el legislador chileno regula con detallismo el ejercicio de la Huelga, sometiéndolo a un régimen jurídico que podrían catalogarse, sin duda, como uno de los más intervencionistas en la tradición jurídica continental. Nuestro modelo legal de Huelga trasunta una evidente y mal disimulada agresividad con la tutela directa de los trabajadores”¹⁶¹.

Es más, tal concepción de la Huelga es propia de aquellos países de escasa sindicación y de poca tradición de diálogo social, que se

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 206.

¹⁶¹ Cfr. Caamaño, Eduardo- UGARTE, José Luis- Gamonal, Sergio: “Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)” Instituto de Estudios Laborales FIEL (Santiago, 2009), p. 46, disponible en <http://fielchile.org/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DE RECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf>[última consulta: 9 de mayo de 2013]

caracterizan por un fuerte aversión al conflicto colectivo, y una fuerte preeminencia tanto de la autonomía individual como de la injerencia estatal, representando el extremo dentro de este modelo reglamentario¹⁶².

Nuestro orden jurídico “trasunta una agresiva actitud con respecto de la Huelga, específicamente por parte del legislador, que responde, evidentemente, a la ideología dominante en los redactores de dicha regulación legal (...) pretendiendo negar el conflicto colectivo en la relaciones laborales, al que se acusaba, sin vacilaciones, de propio de doctrinas marxistas”¹⁶³. En palabras de JOSÉ PIÑERA “la idea básica fue sacar a este proceso de la arena del conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente- con gran satisfacción de los partidarios de la lucha de clases- y devolverlo a su función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo”¹⁶⁴.

13.5.- la deficiente regulación de la libertad sindical.

La configuración limitativa de aquella concepción de la libertad sindical en su “visión triangular del derecho colectivo del trabajo”¹⁶⁵, no puede ser compartida, puesto que el concepto mismo en cuestión no se limita solo a los aspecto individuales de su ejercicio, sino por el contrario, necesariamente debe enfocarse a la tutela y protección de intereses colectivos propios del desarrollo de la actividad sindical en su aspecto

¹⁶² Ibíd., p. 45 y sgtes.

¹⁶³Caamaño Rojo, Eduardo- Ugarte Cataldo, José Luis: “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, ob. cit., p. 78.

¹⁶⁴Piñera, José: “La Revolución Laboral”, Editorial ZIG-ZAG, Santiago, 1990, p. 49.

¹⁶⁵De la Cueva, Mario: “El humanismo jurídico de Mario de la Cueva”, p. 675 y sgtes., citado por Gamonal, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”. Ob. cit., p. 51.

utilitario funcional, vinculado específicamente al derecho de negociación colectiva y derecho a Huelga como derechos de naturaleza redistributiva y equitativa, pero contextualizados en el seno de una relación contradictoria entre el capital y el trabajo.

Aún más, una de las principales finalidades de la garantía de la libertad sindical es permitir a los empleadores y trabajadores unirse en organizaciones independientes de los poderes públicos, con capacidad para determinar, por medio de contratos y convenios colectivos llevados a cabo libremente, los salarios y otras condiciones de empleo, teniendo los sindicatos el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios de actuación, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores detentan el derecho a organizar libremente sus actividades y formular su propio programa de acción.

En efecto, La libertad sindical constituye uno de los ejes centrales de nuestra disciplina, qué duda cabe, e implica el reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, la importancia del diálogo y la necesidad de afinidad entre los diversos intereses sociales. En efecto, en cualquier sistema de derecho colectivo su conformación recae en el conflicto contrapuesto de las expectativas de empresarios y trabajadores y las soluciones propuestas para resolver tales antinomias. Como lo explica GAMONAL, el conflicto se refleja en que “los empresarios pueden legítimamente desear que el costo del trabajo les permita desarrollar su actividad, y los trabajadores legítimamente aspirar a mejorar sus

remuneraciones; los empresarios pueden desear encontrar el trabajador más adecuado para cada vacante y los trabajadores pueden tener interés en que haya un puesto de trabajo para cada desempleado; los empleadores pueden pretender legítimamente que el ordenamiento jurídico les permita la máxima movilidad de la fuerza de trabajo y los trabajadores pueden exigir, también legítimamente, tener una estabilidad mínima que les permita planificar su vida y la de su familia; los empresarios aspiran a poder planificar sus costos y riesgos anticipadamente y que la sociedad les garantice dicha planificación, y los trabajadores saben que sin el derecho de Huelga se encuentran indefensos y aspiran a que se les permita ocuparlo como medio de presión”¹⁶⁶.

La necesidad se enfoca, por tanto, en encuadrar el fenómeno del trabajo en las líneas de relaciones sociales no armónicas y en conflicto permanente derivado de la pertenencia de clases sociales diferenciadas. La conflictividad social que atraviesa todo el derecho del trabajo es especialmente notoria en el derecho sindical acostumbrado a medirse en términos de poder, entendiendo que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa¹⁶⁷.

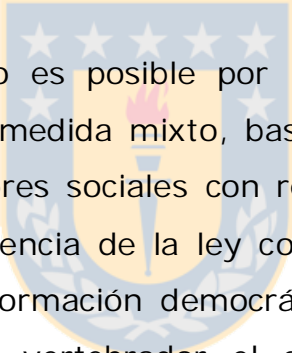
12.6.- La autonomía sindical y su contribución a las fuentes.

Esta forma de entender el Derecho del Trabajo permite atenuar las desigualdades de poder, constituyéndose y configurando su normatividad de manera dinámica en base a la interacción de empresarios y

¹⁶⁶ Gamonal, Sergio: “Fundamentos de Derecho Laboral”, Ob. Cit., pág. 56.

¹⁶⁷ Baylos Grau, Antonio: “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, p. 11.

trabajadores agrupados de preferencia en sindicatos, de manera que la regulación estatal sea de mínimos y de protección a la actividad sindical. Esto último solo es posible por la generación de un sistema de autonomía, en cierta medida mixto, basado principalmente en el rol que han de jugar los actores sociales con relativa independencia del Estado, desplazando la autonomía a la ley como fuente principal reguladora y potenciando una conformación democrática de las relaciones de trabajo, teniendo como eje vertebrador el ejercicio de libertad sindical y en especial la negociación colectiva "Corresponde a la autonomía colectiva (¿y si no a quien?) evitar que el derecho del trabajo se coloque a la cabeza para interiorizar y publicitar la filosofía de la flexibilidad"¹⁶⁸.



Esto último sólo es posible por la generación de un sistema de autonomía, en cierta medida mixto, basado principalmente en el rol que han de jugar los actores sociales con relativa independencia del Estado, desplazando la prevalencia de la ley como fuente principal reguladora y potenciando una conformación democrática de las relaciones de trabajo que tenga como eje vertebrador el ejercicio de libertad sindical, en especial la negociación colectiva, proscribiendo progresivamente el paternalismo estatal.

Ahora bien, ello no descarta la aplicación de las otras fuentes usuales que el Derecho del Trabajo utiliza para resolver los problemas o controversias que surgen en las relaciones individuales y colectivas de trabajo; pero dan cuenta de la necesidad de sustituir una fuente clásica (la ley), por otra disponible, como la autonomía colectiva y que de acuerdo a

¹⁶⁸ Romagnoli, Umberto: "Las transformaciones del derecho del trabajo", en "Experiencias de flexibilidad normativa", Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992, p. 27.

las reflexiones antes realizadas, entregaría un servicio más eficiente al conflicto.

La concreción de una mayor autonomía a los actores colectivos de las relaciones laborales, requiere un diseño que se refleje en la regulación de la libertad sindical, y que para estos autor debe comprender el reconocimiento constitucional, distinguiendo una garantía laboral en el plano individual y otra, que concentre la libertad sindical en su concepción moderna, esto es, la organización sindical, la negociación colectiva y el reconocimiento expreso del derecho a huelga, contribuyéndose de esta manera a la formulación de un principio constitucional laboral que pueda desarrollarse por una jurisprudencia, lo que sería coherente con el recientemente introducido Procedimiento de Tutela Laboral, que tiene por objeto precisamente cautelar el ejercicio de la libertad sindical. Asimismo, en el plano legal se puede ensayar un modelo regulatorio menos formalista, consagrando una primera parte enunciando principios y, luego implementar una normativa que plasme la protección del derecho como método necesario para proporcionar un escenario de igualdad en la solución de los conflictos colectivos. Paralelamente, la regulación de la ley debe armonizarse con los Convenios de la OIT, a que se hizo referencia en este trabajo, dejando al debate de todos los actores, el consensuar un mecanismo de ejercicio del derecho a huelga, teniendo en cuenta la experiencia de otras naciones que comparten ciertas características comunes y por supuesto, nuestra realidad.

13.- El bloque de constitucionalidad y su relación con los derechos de naturaleza laboral.

Dado el orden seguido en este trabajo, respecto de cuales son los derechos constitucionales y su proyección legal, una corriente constitucionalista agrega a la dignidad humana y el catálogo de derechos contemplados en el artículo 19 de la C.P., el denominado bloque de constitucionalidad. Para Nogueira esta noción debe entenderse como “el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto en el derecho convencional como en el derecho consuetudinario y los propios *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente”¹⁶⁹.

Como se puede advertir, esta noción enriquece notablemente el contenido de los derechos fundamentales en virtud de la modificación del año 1989 al precepto 5° de la C.P., al indicar que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, para agregar a renglón seguido – que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así las cosas, en virtud de esta regla, se haría necesario agregar a los derechos fundamentales antes estudiados, el contenido del llamado bloque de constitucionalidad, que estaría

¹⁶⁹ Nogueira Alcalá, Humberto: “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Librotecnia. Santiago de Chile, año 2007, p. 31.

constituido no solo por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y recepcionada por la C.P., sino también por dichos derechos contemplados en tratados internacionales o fuentes de derecho internacional.

Esta corriente se abre paso con mucho vigor, y por ello es útil que la doctrina laboral la tenga en cuenta a la hora de determinar si los derechos fundamentales que se proyectan a la legislación laboral deben estar limitados a su comprensión clásica o debe extenderse al llamado bloque de constitucionalidad. En todo caso esta postura favorable a la ampliación de los derechos fundamentales enfrenta serias objeciones, tal como se puede apreciar en la obra de Aldunate Lizama¹⁷⁰, quien describe el estado del debate respecto de esta materia.

Continuando con las reflexiones anteriores, y dado que las materias relacionadas con el trabajo se vinculan a la categoría constitucional de los llamados derechos sociales o de prestación; ello también produce una seria dificultad al tratar de incorporar la noción de bloque de constitucionalidad a los derechos de carácter laboral, puesto que calificar los derechos fundamentales laborales como derechos esenciales o humanos, tampoco es pacífico incluso en la doctrina laboral¹⁷¹. En todo caso no cabe duda que ello ya ha producido alguna reacción jurisprudencial y ella destacadamente es originada por la normativa que

¹⁷⁰ Eduardo Aldunate. "Derechos Fundamentales". Ob. cit., p. 338 y sgtes.

¹⁷¹ Para Babace, el bloque de constitucionalidad alude a "que el derecho de los derechos humanos está contenido en normas supranacionales que se imponen a los estados, porque constituyen orden público internacional en tanto establecen principios básicos de convivencia"... "las normas de derecho internacional, tanto convencionales como consuetudinarias, son de aplicación directa y automática, esto es sin necesidad de ningún procedimiento de internalización ni de transformación alguna". Héctor Babace, ob. Cit., p. 253.

emana de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual en muchas ocasiones desarrolla derechos de rango constitucional de los estados que la conforman, pudiendo ejemplificarse con los convenios N° 87 y 98 sobre libertad sindical los cuales están ratificados por nuestro país¹⁷².

En el escenario anterior, Barbagelata¹⁷³ manifiesta un evidente entusiasmo por la recepción del bloque de constitucionalidad en lo que el denomina “derechos humanos laborales”, aun cuando reconoce una cierta resistencia a su incorporación, estimando que ello es fruto de la inspiración neoliberal que obstaculiza cualquier interpretación que sirva para consolidar los derechos humanos laborales. Para este autor, el bloque “está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina, lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos. Por lo demás, son frecuentes los fallos sobre infracciones a la respectiva Constitución, dictados por tribunales especializados de varios países, que invocan únicamente principios como fundamento de sus decisiones. Así la jurisprudencia constitucional Alemana, se ha basado en el Principio del Estado Social, para salvar la falta de disposiciones concreta en materia de derechos sociales en la Lex Fundamentalis de Bon, sin perjuicio de lo cual, debe tenerse presente que la aptitud reconocida a los tribunales, por las leyes o las prácticas, para extraer y aplicar tales principios, puede variar en la práctica de los

¹⁷² El Convenio N° 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y protección del derecho a sindicación, en D.O. de 12 de mayo de 1999, y El Convenio N° 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva, en D.O. de 12 de mayo de 1999, ambos en virtud del Decreto promulgatorio N° 277.

¹⁷³ Barbagelata, Héctor Hugo: “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales” en “Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2009, pp. 223-224.

distintos sistemas". Este autor uruguayo, explica que si bien los tratados internacionales están sometidos a un régimen de aprobación por los órganos legislativos correspondientes, no por ello dejan de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes e incluso se le reconoce super-legalidad, ya sea en forma expresa o porque ello emana de la naturaleza de la materia que aborda el tratado. Así, concluye el mencionado doctrinador que los derechos humanos laborales, que integrarían el bloque de constitucionalidad de cada Estado, tienen vocación de plenamente ejecutables y además de crear obligaciones a los Estados, pueden producir efectos y ser invocados en los conflictos entre particulares.

Aplicando esta corriente al derecho del trabajo, y a modo ejemplar se impregnarían de contenido jus-fundamental, los convenios de la O.I.T. y la Declaración de la O.I.T. sobre Principios y Derechos Fundamentales del año 1998¹⁷⁴. Ahora bien, en zona legal laboral, la disposición del artículo 5 del C.T., refiere que las facultades que la ley reconoce al empleador no pueden prevalecer respecto de los derechos constitucionales del trabajador, sin formular distingo alguno si se refiere al catálogo del artículo 19 de la CP, aun cuando la doctrina laboral así lo entiende¹⁷⁵. En este escenario es perfectamente admisible la ampliación de los derechos fundamentales a la noción de bloque de constitucionalidad, aún cuando ello solo sería un instrumento para el juez del trabajo al conocer de

¹⁷⁴ "En esa oportunidad se reconoció el valor jurídico al preámbulo de la Declaración, pero quedó aclarado que era conveniente que las cláusulas de carácter netamente dispositivo fueran colocadas en esa parte del instrumento". Barbagelata, Héctor Hugo: "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista" Ob. Cit., p. 162.

¹⁷⁵ José Ugarte: "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol XX, N° 2, Valdivia, diciembre 2007, p.63.

conflicto de derechos que no sean de aquellos mencionados en el Procedimiento de Tutela Laboral, por cuanto este procedimiento está diseñado para casos específicos. A manera sintética, el autor ve perfectamente viable la aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad al derecho del trabajo por cuanto ello materializa la vigencia de un estado democrático social de derecho, lo que claramente ya no puede tener un carácter aspiracional y ello da cuenta la sostenida demanda social en nuestro país y que las instituciones de gobierno tratan de responder conforme a nuestros recursos.



IV.- La doble regulación de los derechos fundamentales. Efectos y consecuencias en el derecho chileno.

Descrita la vinculación constitucional y legal de los derechos fundamentales de carácter laboral en los capítulos anteriores es necesario examinar los efectos de dicho modelo, como también las consecuencias que se producen en la operatoria del sistema jurídico nacional y, destacadamente, en la manera en como los jueces del trabajo resuelven casos relacionados con conflictos de derechos constitucionales y que se suscitan entre empleadores y trabajadores.

En opinión del autor, una manera de abordar las consecuencias de la fórmula descrita es, proporcionar un catálogo que sirva de orientación al operador jurídico al relacionarse con los conflictos constitucionales y legales laborales, advirtiendo que ello representa una postura no exenta de objeciones, pero justificadas en el afán de proporcionar una metodología segura que permita obtener soluciones coherentes con nuestro sistema jurídico y al mismo tiempo que concretan la prevalencia y eficacia de los derechos constitucionales en la relación entre patrono y trabajador .

Fijado el escenario anterior, veamos el catálogo:

1. La supremacía o prevalencia constitucional.

1.1. El carácter vinculante de los derechos fundamentales.

Al enfrentar cualquier tipo de derecho de doble regulación como por ejemplo, la libertad de opinión del artículo 19 N° 12 de la C.P., y la

hipótesis legal de práctica antisindical consistente en aquella conducta en que por cualquier medio se entorpezca o se impida la libertad de opinión de los miembros del sindicato, contemplada en el artículo 291 letra b) del C.T.; la primera regla es la prevalencia del texto constitucional. Ello en virtud del principio de que las normas constitucionales vinculan a todos los poderes públicos. En este sentido, Palomeque¹⁷⁶ señala que “reiterándose así, en este plano de la tutela de los derechos constitucionales, la norma general, y de más amplio alcance, ya contenida en el artículo 9.1 C.E., de acuerdo con la cual, los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico “(principio de constitucionalidad)”. Volviendo al ejemplo, la prevalencia de la regla constitucional y por ende el predominio de su contenido, resulta justificado plenamente por la ausencia de contenido o condiciones de aplicación de la regla del C.T., en otras palabras no existe posibilidad alguna de mediar el contenido de la norma fundamental. En esta línea, no cabe duda del carácter normativo¹⁷⁷ que detenta el derecho a la libertad de opinión, contemplado en el citado artículo 19 N° 12 de la C.P. produciéndose la vinculación directa de su contenido y por ende puede ser invocado por el trabajador que estima vulnerada su autonomía a expresar, por ejemplo sus opiniones políticas, religiosas o culturales al interior de su trabajo.

En síntesis, el primer paso que debe seguir el operador jurídico, es tener en cuenta la aludida prevalencia, de lo contrario, de observar el

¹⁷⁶ Palomeque, Manuel - Alvarez de la Rosa, Manuel, “ Derecho del Trabajo”, ob.cit., p. 139.

¹⁷⁷ Para el TC, esta libertad alude a que “ Su contenido comprende las declaraciones sobre hechos y las meras opiniones independientes de su fundamentación, alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas, pudiendo incluso ser causal de justificación de imputaciones por afectación a la honra y el honor. Sentencia del TC, de fecha 23 de septiembre de 2010, Rol N° 1463.

conflicto desde la perspectiva del ejemplo de la regla de la práctica antisindical ya citada, es perfectamente posible, que la solución que se postuló contrarie al diseño y contenido del derecho fundamental¹⁷⁸.

En todo caso, es útil distinguir si esta situación se produce en el marco de una acción constitucional, o una acción sometida al conocimiento del juez del trabajo, debiendo a su vez en esta opción, distinguirse si el procedimiento utilizado es el de tutela laboral (Capítulo II, libro V, párrafo 6 Procedimiento de Tutela Laboral C.T.) o el procedimiento de aplicación general (Capítulo II, párrafo 3º, libro V del C.T.), ya que en el primero y en el último la Corte o el Juez laboral en su caso están obligados a resolver la contienda como un caso de conflictos de derechos constitucionales, no así en el segundo, en que el tribunal goza de una mayor libertad para enfrentar la controversia, como por ejemplo si la restricción o vulneración de la libertad de opinión fuese parte de los hechos que exhibe el empleador como justificación a un despido por la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del C.T. En este sentido Pérez Royo¹⁷⁹, señala “La constitución es norma jurídica y no simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso lo que caracteriza a la constitución del siglo XX, frente a la Constitución del siglo XIX, son las garantías constitucionales, es decir las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, con base en lo cual

¹⁷⁸ A modo ejemplar se puede señalar sentencia de unificación de jurisprudencia, del Máximo Tribunal, de 22 de diciembre de 2011, Rol N° 829-2011, en la cual se resuelve que “la concurrencia de prácticas antisindicales está determinada por la presencia de un elemento subjetivo, cual es, el ánimo específico de provocar un resultado lesivo en el derecho a la actividad sindical, en cualquiera de sus manifestaciones”. El requisito de subjetividad se opone abiertamente al derecho fundamental de la libertad sindical en cuanto impone exigencias que dificultan el ejercicio de dicho derecho.

¹⁷⁹ Pérez Royo, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2012, p. 67 y sgtes.

se va a ir afirmando progresivamente el control de constitucionalidad de los actos del legislador”.

Adicionalmente al principio de la vinculación directa, la supremacía constitucional se hace ineludible al constatar la postulada “eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁸⁰, en cuanto las normas constitucionales pueden ser esgrimidas por las partes del contrato de trabajo como reglas directamente aplicables para resolver los conflictos que pueden suscitarse entre empresarios y trabajadores. En este aspecto, la relación de trabajo vincula a dos sujetos privados, que permite la prevalencia o poder de uno y la sujeción del otro a dicho poder. Este escenario hace propicia la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Así, Melis¹⁸¹ señala “la empresa – como expresión del poder privado – constituye un escenario poco amistoso para el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, y los modelos de gestión empresarial, apuntan hacia una mayor implicación y adhesión del trabajador a los objetivos de la empresa, aumentando considerablemente la autoridad directiva en el seno de las relaciones laborales. La lógica empresarial determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y de la maximización de los beneficios, puede convertirse en un serio y poderoso obstáculo en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos”. La situación de poder descrita por el autor antes mencionado, no era una realidad sin control por las reglas legales-laborales; pero claramente eran insuficientes para obtener el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales. En síntesis, la tesis de la eficacia horizontal, surgida hace medio siglo en Alemania, a

¹⁸⁰ Valdés Dal-Ré, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, ob.cit., p. 46 y sgtes.

¹⁸¹ Melis Valencia, Cristian. Ob. Cit., p. 39.

propósito de una sentencia de un tribunal federal del trabajo¹⁸² ha constituido un aporte valioso para la dogmática jurídica laboral chilena y que ha tenido entusiasta acogida en la judicatura laboral de nuestro país¹⁸³.

1.2. El test de constitucionalidad.

Se concluye así, que hoy en día no es posible acometer un conflicto que surja entre empresarios y trabajadores, sin realizar primero un examen o test de constitucionalidad de la controversia, y ello no significa peyorizar la normativa de rango legal contenido en el C.T., ya que ella mantienen su vigor y vigencia. Desde este punto de vista, el test de constitucionalidad no implica necesariamente que el conflicto deba calificarse como una controversia que tiene como supuesto el desconocimiento de algunos de los derechos mencionados en el capítulo III de este trabajo, ya que por ejemplo, si el empleador decide desvincular al trabajador o ejercer la facultad del *jus-variandi* contemplado en el artículo 12 del C.T.¹⁸⁴ bien puede que alguna de esas decisiones afecten directamente el derecho fundamental del trabajador, y por ende, se impone que el caso sea sometido al prisma constitucional, pero en otros, dada la escasa conexión de la lesión con derecho fundamental con el ejercicio de dicha facultad empresarial, se impone sin contrapeso el examen de carácter legal. En

¹⁸² El Tribunal Federal del Trabajo, en su decisión de 18 de enero de 1955, acogió el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, adoptando la posición que sostenía H. Nipperdey.

¹⁸³ A modo ejemplar, Sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2009, RIT N° T-33-2009.

¹⁸⁴ "El *jus variandi patronal* es una alteración continuativa, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo... De los caracteres aludidos la unilateralidad es la nota que adjudica atipicidad al *jus variandi*. En efecto, rompe las bases conceptuales de la idea de contrato para acordar poderes jurídicos innovadores, a una sola de las voluntades del consenso". Sarthou, Helios: "Trabajo, derecho y sociedad", tomo II, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2004, p. 38.

buenas cuentas debe descartarse una cierta tendencia a calificar como constitucional cualquier controversia que surja entre trabajadores y empleador. Si bien es cierto que en el caso del despido, el artículo 489 del C.T., ubicado en el procedimiento de tutela de derechos constitucionales, es la vía más propicia para extender sin límites la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, al menos el catálogo reducido que admite dicho procedimiento, en un buen instrumento para poner las cosas en su lugar. En este mismo aspecto, la judicatura del trabajo¹⁸⁵ no ha dudado en calificar como despido vulneratorio de derechos constitucionales, la decisión de poner término al trabajo por la causal de necesidades de la empresa, la cual encubría una conducta discriminatoria, caso que antes de la reforma procesal laboral, era muy difícil de calificar como vulneración de algún derecho constitucional, y ello se ve facilitado por el alivio o atenuación probatoria que contempla el artículo 493 del C.T., a favor del trabajador.

En el examen de constitucionalidad que se postula en este trabajo, es imprescindible establecer cuales son los derechos constitucionales del empresario o del trabajador que se encuentran en conflicto, ya que debe recordarse que estos derechos no pueden ser absolutos en cuanto cada uno de los ciudadanos son titulares de los mismos y por ende son sujetos de protección y tutela por el ordenamiento jurídico. Luego, la determinación de la posible afectación a la dignidad o al contenido esencial del derecho constitucional que se estima amagado, es el punto de partida

¹⁸⁵ En Sentencia del juez del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT N° T-2-2009, se resolvió que el despido de una docente por necesidades de la empresa encubría una conducta discriminatoria en razón de una edad avanzada de la trabajadora.

de este examen en cuanto se delimita el límite de los límites¹⁸⁶. Dicho lo anterior, el análisis que a continuación debe efectuarse es si las limitaciones o restricciones que afectan el derecho constitucional de que se trata, son justificadas por el ordenamiento jurídico (sea de orden legal o reglamentario) o son carentes de razonabilidad o, simplemente arbitrarias¹⁸⁷, pero en ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial del derecho fundamental.

En definitiva, el operador jurídico que deba relacionarse con estos derechos de doble regulación, debe ampliar su caja de herramientas para la resolución de casos laborales, ya que el simple conocimiento del orden regulatorio legal laboral, es notoriamente insuficiente, y, porque no decirlo, superado por el actual estado de la teoría de los derechos fundamentales laborales.

1.3.- La mediación legal de los derechos fundamentales.

Por otra parte, los comentarios precedentes no excluyen el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y laboral existen marcadamente dos fórmulas de reglamentar los derechos fundamentales laborales, y que han sido objeto de numerosas reflexiones en este trabajo.

¹⁸⁶ "Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica". Sentencia Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987. Rol N° 43.

¹⁸⁷ La *arbitrariedad* es un estándar utilizado por la justicia constitucional chilena para resolver las contiendas que se plantean para su conocimiento, sea la proveniente de los tribunales ordinarios, incluida la Corte Suprema, sea la proveniente del Tribunal Constitucional. A modo ejemplar "Para que una resolución tenga el carácter de errónea o de arbitraria en grado de injustificable, es necesario que además de ser contradictoria con la razón se haya decretado de manera irregular o caprichosa". Sentencia de Corte Suprema de 30 de octubre de 1987, RDJ, tomo 84, sección 5ª, pag.262.

Así, existe un catálogo reducido (fundamentalmente los llamados derechos fundamentales laborales, específicos) entre los que se encuentran la libertad de trabajo del artículo 19 N° 16 y la libertad sindical del artículo 19 N° 19 y 16; más la prohibición de discriminación laboral¹⁸⁸ del artículo 19 N° 16, todos de la C.P. (aunque esta última puede adscribirse a la categoría de inespecíficos). Esta trilogía de derechos constitucionales ha sido desarrollada en el C.T., creándose un estatuto de orden legal que en la práctica, hacía innecesario, (al menos en el caso de nuestro país) relacionarse con el estatuto constitucional. Sin embargo, dado el progreso de la tesis constitucionalista es frecuente encontrar en estos tres casos, mención a los derechos fundamentales en las sentencias de la judicatura laboral¹⁸⁹.

Respecto de los otros casos de derechos fundamentales laborales, esto es los inespecíficos que se refieren en el capítulo III, esto es, la dignidad humana, la vida e integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos y la libertad de emitir opinión; a los

¹⁸⁸ Para este autor la prohibición de discriminación laboral, esto es, la referida en el artículo 19 N° 16 de la Carta Política, es de carácter específica, en cuanto se ha desarrollado un modelo antidiscriminatorio a consecuencia de la relación de trabajo, y ella se ha desarrollado profusamente en el C.T. los últimos años, lo que se valida con algunas de las recientes reformas a la codificación, citándose la prohibición de discriminación salarial, y la proscripción del acoso sexual y acoso laboral más recientemente.

¹⁸⁹ Por ejemplo en el caso sobre discriminación por origen étnico, el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en sentencia de 19 de marzo de 2011, RIT N° T-403-2010, se sostuvo " Que, no resulta aceptable que la trabajadora de autos, haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, razón por la cual se acogerá la denuncia a este respecto, con prescindencia de cualquier proporcionalidad y justificación", citando el fallo una serie de textos constitucionales y normas internacionales sobre derechos humanos.

que se debe sumar los derechos provenientes del bloque de constitucionalidad, todos los cuales no encuentran un desarrollo legal en el ámbito laboral, por tanto no cabe duda que prima el contenido constitucional, con la particularidad que al aplicar la solución jufundamental, el conflicto tiene por causa las controversias entre las partes del vínculo laboral, asumiendo un amplio campo fáctico y que durante el tiempo irán configurando las orientaciones jurisprudenciales respecto de la operatoria de estos derechos. La prevalencia constitucional para los casos en que no existe mediación legal del derecho fundamental su puede validar al examinar varias sentencias dictadas por los tribunales del trabajo¹⁹⁰.

1.4.- Las antinomias entre la Constitución y la ley.

En la misma óptica de la prevalencia constitucional es necesario establecer si existe contradicción entre el texto constitucional que consagra el derecho fundamental y la regla de naturaleza legal¹⁹¹. Ello, porque la Constitución constituye un límite o método de control a la producción legislativa, por lo que de existir una antinomia en este sentido, la regla legal debe quedar sin aplicación, sea para el caso concreto que conoce el

¹⁹⁰ Sentencia Juzgado del Trabajo de Coronel, de 25 de enero de 2013, RIT N° T-1-2012. Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, de 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010; Sentencia segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2009, RIT N° T-33-2009.

¹⁹¹ "Ahora bien, ese legislador ya no dispone de un poder normativo ilimitado; el suyo es un poder vinculado a la Constitución. Y lo es por cuánto es ésta, la Constitución, la que prefigura el derecho, corresponde a la ley su configuración. Discernir cuáles son los márgenes de esa colaboración entre la ley y la Constitución equivale, precisamente, a interrogarse sobre el objeto de la mediación legislativa; en definitiva, sobre el alcance de la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales". Valdés Dal-Ré, Fernando. Ob. Cit., p. 59.

respectivo juez, o en los casos que el ordenamiento jurídico lo permite, derechamente se produce la derogación¹⁹².

El control de constitucionalidad se transforma también en un mecanismo de defensa frente a la desnaturalización legal del derecho del trabajo y en el caso de Chile, ello resulta claramente verificable en los casos de la libertad de trabajo, libertad sindical y prohibición de discriminación laboral, contemplada en los numerales 16 y 19 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. En relación al resto de los derechos constitucionales este control no se hace necesario ya que la ausencia de desarrollo legislativo permite aplicar sin más el contenido constitucional, como ya se dijo en comentarios anteriores de este trabajo. En Chile, el control de constitucionalidad de las disposiciones de rango legal puede ser ejercido en forma concentrada o difusa¹⁹³, en cuanto se contempla un tribunal especializado para resolver si una regla se ajusta o no a la Constitución; lo que no descarta que la judicatura común pueda resolver la prevalencia de una norma constitucional, aplicándola directamente. En sede laboral esto es muy nítido a la luz del nuevo procedimiento de tutela de derechos constitucionales numerosas veces mencionado en este trabajo, en el cual se le entrega competencia en forma expresa al juez del trabajo para resolver y pronunciarse respecto de casos de colisión de derechos constitucionales durante la vigencia del contrato de trabajo, y por ende

¹⁹² El control de constitucionalidad puede facultar al juez para no aplicar una regla dada su contradicción con la Norma Fundamental, pero no tiene el poder de derogarla. En el caso del control concentrado, diseñado en la C.P. Chilena, si se acoge un requerimiento de inconstitucionalidad, y el fallo se adopta por cierto quórum de los integrantes del Tribunal, la norma inconstitucional quedará derogada.

¹⁹³ El relación al control difuso de constitucionalidad por la judicatura laboral, esto no es discutido, dada la competencia entregada al juez del trabajo para conocer casos de vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Sobre esta materia, ver: Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad de la ley en las República de Chile". Ob. Cit., p. 389 y sgtes.

dicho juez podrá efectuar el examen de coherencia que debe existir entre la norma jusfundamental y la legislación del trabajo, optando en caso de contradicción por la aplicación directa de la Constitución. Esta fórmula ha enfrentado algunas críticas en la doctrina Chilena¹⁹⁴.

Hechas estas consideraciones es posible observar en la jurisprudencia nacional tanto del Tribunal Constitucional como de la judicatura del trabajo, algunos pronunciamientos respecto del control de Constitucionalidad. Así el T.C. chileno¹⁹⁵, ha expresado “que la Constitución Política de la República, en el N° 6 del inciso primero de su artículo 93, confiere a este tribunal constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulta contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso undécimo de la misma norma constitucional”. En este caso el tribunal se pronuncia respecto de la eventual constitucionalidad del inciso final del artículo 501 en relación con lo dispuesto en el precepto 478 letra b), ambos del C.T., por cuanto el primer precepto exime al juez del trabajo de incluir “una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes y el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación” (artículo 459 N° 3 y 4 del C.T.), lo que produjo la duda del juez del trabajo en cuanto si la regla impugnada contrariaba el mandato que emana del artículo 19 N° 3 de la

¹⁹⁴ Sobre este punto: Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. cit., p. 211 y sgtes; Ferrada, Juan- Walter, Rodolfo: “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento laboral”. Revista de Derecho, Valdivia, N° 24, 2011, p. 101 y sgtes.

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, 12 de noviembre de 2010, Rol N° 1514.

C.P., que consagra la exigencia que toda sentencia debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado - lo que implica que la sentencia debe contener la justificación y fundamentación indispensable para cumplir con el estándar de un proceso justo de naturaleza constitucional - a que tiene derecho todo litigante. El tribunal puntualiza que no existe la contradicción entre regla y la constitución, ya que la contradicción debe producirse en el caso concreto, cuestión que en el caso no se dio y por ende desestimó la inaplicabilidad.

En otro caso de contradicción entre un derecho fundamental y una regla de naturaleza laboral¹⁹⁶ el T.C. sostuvo que el artículo 26 bis del C.T. al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y espera que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, vulnera el derecho al descanso y por ende se afecta la libertad de trabajo y su protección, por lo que acoge el requerimiento y se declara la inaplicabilidad del precepto antes citado

Ahora en sede del trabajo, varios casos de aplicación directa de la Constitución se pueden apreciar en sentencias dictadas por jueces del trabajo en casos de tutela laboral tramitados conforme al procedimiento especializado del párrafo 6º del libro V del C.T.¹⁹⁷ Esto se repite más adelante.

¹⁹⁶Sentencia Tribunal Constitucional, de 26 de julio de 2011, Rol N° 1852-2010.

¹⁹⁷ La sentencia que se dicte en el procedimiento de Tutela Laboral, reglamentado en los artículos 485 y siguientes del C.T, impone como requisito "La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada". En este sentido, ver: Sentencia Juzgado del Trabajo La Serena, 10 de enero de 2013, RIT N° T-20-2012. Y Sentencia Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 26 de abril de 2010, RIT N° T-38-2010.

De esta forma, y a modo conclusivo, el examen del operador tendiente a determinar una probable contradicción entre una norma de rango legal laboral con una de naturaleza constitucional, deberá ser una ocupación normal al enfrentar este tipo de caos, y para ello, adicionalmente, reflexionamos si esa contradicción se hará valer en el juicio del trabajo respectivo o en su caso, iniciar un requerimiento para que se pronuncie el T.C. Ambas vías están disponibles en nuestro ordenamiento jurídico constitucional-laboral.

2.- La doble regulación y la vinculación con la teoría de las normas que distingue entre principios y reglas.

2.1. La influencia de Alexi y Dworkin.

Es claro que en nuestro país los derechos fundamentales laborales y su proyección en la legislación laboral ha traído como natural consecuencia una potente vinculación con la teoría de Robert Alexi que distingue las normas entre principios y reglas¹⁹⁸, la cual es el fruto del análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional Federal Alemán, como por ejemplo en el caso Lebach¹⁹⁹. Para el autor citado, la “distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho que pueden ser

¹⁹⁸Alexi, Robert: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, año 1993, pp. 86-87.

¹⁹⁹El caso “Lebach”, alude a una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el cual frente a un programa de televisión respecto de un caso de asesinato de una patrulla militar, uno de los sentenciados, acude a la protección constitucional por estimar que el programa vulnera sus derechos fundamentales, lo que se decide en su favor, acudiendo al método de ponderación. Citado por Alexi, Robert. Ob. cit., p. 96.

cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado²⁰⁰. Esta clasificación surge por la práctica del Tribunal Constitucional citado, en que en algunos casos sobre constitucionalidad concibe a los derechos fundamentales como principios, aun cuando ello es advertido por Alexi al desarrollar las objeciones en contra del concepto de principios²⁰¹.

Esta tesis se une a lo escrito por Dworkin²⁰² quien, desde el análisis de la jurisprudencia norteamericana explica que los jueces al resolver una contienda, se enfrentan a lo que él denomina los “casos difíciles”, esto es, que las reglas de derecho positivo no pueden ser aplicadas mediante el método de subsumir los hechos en la regla, para así obtener la solución jurídicamente correcta para el caso que deben sentenciar. La imposibilidad de subsumir tiene variadas causas y eso constituye “un caso difícil”, entre las que se encuentran la ausencia de una regla que pueda aplicarse a los hechos, o que exista más de una regla y es equivoco seleccionar alguna de ellas. Igualmente puede originarse un problema al establecer el sentido y alcance de una norma y, finalmente existir dudas acerca de la determinación de los hechos que deben servir a su vez de

²⁰⁰Alexi, Robert, Ob. Cit., páginas 86 y 87.

²⁰¹Ibídem, pág. 104.

²⁰²Dworkin, Ronald: “los Derechos en Serio”, Editorial Ariel S. A., año 1999 p. 147 y sgtes.

soporte para la selección de la norma aplicable. En todos estos casos las reglas, según Dworkin, son insuficientes para resolver y obtener la respuesta correcta. Desde este punto de vista la tesis de este autor es una frontal crítica al positivismo, aun cuando preciso es reconocer que ello no implica abrazarse a una posición jus-naturalista²⁰³. En opinión de dicho autor, donde los principios funcionan con el máximo de fuerza y poseen el mayor peso es en los casos difíciles, los cuales se presentan cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución. En la hipótesis, anterior, el juez –de acuerdo con esa teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. Desde esta perspectiva, naturalmente positivista, se supone, aparentemente, que una u otra de las partes, tenía un derecho pre-existente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente al caso que tenía entre manos. El argumento de Dworkin es que aún cuando ninguna norma establecida resuelva el caso es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, describir cuales son los derechos de las partes; caso en el cual el juez no ha creado un derecho que aplica retroactivamente, sino que decide en base a principios, los cuales operan de manera diversa a las normas (la expresión “norma” la usa como refiriéndose a una “regla”). En una expresión sintética formulada por Quintana Bravo²⁰⁴, se dice que los principios tienen que permitir una respuesta correcta en los casos en que las reglas no ofrecen una respuesta correcta. Así, según este autor, a “Alexy le interesa mostrar que la tesis de la única respuesta concreta depende de si

²⁰³Dworkin, Ronald. Ob. Cit., p. 65 y sgtes.

²⁰⁴ Quintana Bravo, Fernando: “Interpretación y argumentación jurídica”, Editorial Jurídica, año 2006, p. 311.

el discurso práctico, que es la perspectiva que asume, conduce efectivamente a una respuesta concreta para cada caso”.²⁰⁵

Las proposiciones antes expuestas no excluyen frondosas opiniones de la doctrina para explicar la tesis de Dworkin. Así, para Mikel Beltrán²⁰⁶, en la tesis de dicho autor no hay lugar para la creación del derecho por parte de los jueces, aún en el caso de hallarse estos ante un “caso difícil”, porque incluso con respecto a casos de esta índole el sistema establecido pese a su carencia explícita de resolución puede ser idóneamente interpretado, luego el sistema admite no sólo el derecho explícito, sino también un conjunto de principios fundamentales que son consistentes entre sí y también respecto de las reglas explícitas. En esta misma línea argumental, Lifante Vidal precisa que el juez dworkiniano se debe situar precisamente en la etapa postinterpretativa y su tarea consiste en resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico²⁰⁷. Es en este sentido en el que puede decirse que Dworkin adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Pero se trata del fenómeno jurídico visto no desde la perspectiva del legislador (como un conjunto de pautas que pretenden guiar la conducta de los ciudadanos), sino como el derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada para este caso, la única respuesta correcta. Los jueces deben descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no sólo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales aplicados en la historia institucional del Derecho en cuestión.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Beltrán, Mikel: “La noción de interpretación de Dworkin” en Revista Quadema de Pensament N°6, 1986, p. 57 y sgtes.

²⁰⁷ Lifante Vidal, Isabel: “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos”. Revista Jueces para la Democracia, N° 36, año 1999, p. 41 y sgtes.

Esta fórmula, que ha concitado el entusiasmo en nuestro país, requiere algunas reflexiones en cuanto a su aplicación a los casos laborales que se vinculan a vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. Así Dworkin indicaba que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Agrega, que la expresión principio la usa en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas, los cuales deben ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, los cuales deben distinguirse de las normas las cuales, tienen otras características.²⁰⁸ Se propone de esta forma un concepto de principio que se aparta de la definición clásica que se verá más adelante.

Para este autor, la distinción entre principios jurídicos y normas (reglas) jurídicas es una distinción lógica. En efecto, 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 se da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la solución. Además los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la

²⁰⁸Dworkin, Ronald, ob. Cit, p. 72.

dimensión del peso o importancia, y por ello cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esta decisión no puede haber una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que en otro será con frecuencia motivo de controversia. En el caso de las normas, estas no tienen la dimensión anterior, podemos decir que son o no son y, cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. Finalmente y a modo de concluir la complejidad del punto, la forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio y por ello, en muchos casos la distinción es difícil de hacer.

La distinción entre principios y reglas (normas en palabras de Dworkin) es una ocupación de la doctrina moderna. Así Atienza y Ruiz²⁰⁹ señalan, citando a Alexi²¹⁰, que la distinción entre principios y reglas es que los primeros son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En este escenario las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

²⁰⁹Atienza, Manuel - Ruiz Manero, Juan: "Sobre Principios y Reglas" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Nº 10, año 1991, p. 101 y sgtes.

²¹⁰Alexi, Robert: "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Nº 5, año 1988, pp. 143 y 144.

Atienza y Ruiz expresan²¹¹, que los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Así, en el caso de los principios existe una indeterminación tal, que ella no existe ni aún en forma genérica, lo que evidencia una diferencia radical, aun cuando se podría admitir casos de indeterminación en las reglas pero dentro de las propiedades que conforman el caso y que a su vez constituyen un conjunto cerrado.

Estas consideraciones se explican partiendo de la clasificación de principio en sentido estricto (en el sentido que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo o de una institución) y directrices o normas programáticas (normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines). Cabe precisar que esta clasificación no es la única y que los autores antes mencionados citan 8 acepciones de la expresión "principios", lo que hace concluir la frondosa proposición de definiciones que aporta la doctrina.

En relación a la clasificación de Principios y Reglas, Cianciardo²¹² señala que estas distinciones surgen de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido casi exclusivamente por proposiciones deónticas, dotadas de un supuesto de

²¹¹Atienza, Manuel - Ruiz, Juan. Ob. Cit., pp.101-120.

²¹²Cianciardo, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108, año 2003, p. 891 y sgtes.

hecho y una consecuencia jurídica, tal como lo había propuesto el positivismo dominante. Así, la práctica judicial mostraba que junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (a las que denominó reglas), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que llamó principios), de las que el positivismo no daba cuenta. Una potente corriente doctrinal²¹³ sugiere que la distinción estructural de las normas en Principios y Reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobretodo en el ámbito del derecho constitucional. De esta forma se constituye un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas jusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Naturalmente que establecer que es un principio y que es una regla es una operación que se realiza conforme a ciertos criterios. Así los principios y reglas son distintos en cuanto a su fuerza deóntica, el principio puede realizarse en mayor o menor medida (esto hizo decir a Alexi que los principios son “mandato de optimización”), es decir debe ser observado en la mayor medida posible, en cambio la regla ordena una conducta que no admite distintos niveles de cumplimiento, en otras palabras puede ser observada o no a secas, sin opciones. Por otro lado se aprecia más nítidamente la diferencia entre principio y regla en el momento de su aplicación. Cuando existen conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia entre una y otra y eso hace concluir la anulación de una de ellas. El conflicto entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo una cláusula de excepción, que elimina el conflicto, o bien declarando inválida al menos una de ellas (en esta hipótesis los criterios para excluir a una de las reglas

²¹³Donde destacan Sanchiz, Prieto; Dworkin, Ronald; Alexi, Robert; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan.

puede ser el criterio o principio de competencia o el de jerarquía). En cambio, en la colisión entre principios, el juez no juzga sobre la validez de uno u otro, en realidad no puede dejar de aplicar ninguno de los dos, por lo que su decisión discurrirá sobre la base de establecer una precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que dejó de aplicar, y en otras circunstancias, aplicará el principio que antes había postergado, luego no hay necesidad de declarar inválido alguno de los principios ni acudir a la cláusula de excepción. Como se puede advertir la aplicación de un principio para resolver una controversia reviste una gran flexibilidad para el operador.

Volviendo a la propuesta de estos conceptos, Alexi explica que al proponer que las normas están contenidas por principios y reglas, se expone un mecanismo teórico estructural que es la base de sustentación de los derechos fundamentales.²¹⁴ Esta distinción constituye el marco de una teoría normativa material de los derechos fundamentales. En opinión de este autor, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidas bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambas dicen lo que debe ser, ambas pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisividad y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, la distinción entre regla y principios es para esta tesis una distinción entre dos tipos de normas. Más adelante, señala que existirían dos tipos de normas jusfundamentales, principios y reglas. En tanto principios, tienen que ser concebidas las garantías y directamente estatuidas por las disposiciones jusfundamentales, las reglas surgen de la

²¹⁴Alexi, Robert, ob. Cit., p. 81 y sgtes.

determinación de condiciones de precedencia, como resultado de ponderaciones. Como en un modelo de este tipo las reglas dependen totalmente de los principios puede ser llamado “modelo puro de principios”.

2.2.- Los poderes empresariales como límite a los derechos fundamentales.

Las reflexiones antes descritas respecto del impacto que produjo la distinción en los Principios y Reglas, de los autores antes mencionados, en el caso de nuestro país, es fruto de la introducción de la modificación del artículo 5 del C.T., por medio de la Ley 19.759 del año 2001, en que se reafirma la titularidad de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa. Así se postula que estos derechos del trabajador enfrentan una realidad amenazante, la potencial limitación en su ejercicio, dada las potestades que el ordenamiento laboral le concede al empleador, y destacadamente dicho poder se expresa en el derecho constitucional de propiedad y de realizar libremente cualquier actividad económica consagrados en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Carta Fundamental, a lo que se une la subordinación, contemplada en la definición de contrato de trabajo contenida en el artículo 7 del C.T. y desde el punto de vista colectivo, la prohibición que dispone el artículo 306 del C.T., en cuanto no es susceptible de negociación aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma²¹⁵.

²¹⁵La limitación que se impone a los trabajadores en el sentido de excluir las materias relacionadas con la organización, administración y dirección de la empresa del ámbito de la negociación colectiva forma parte de la estructura jurídica del contrato de trabajo y patentiza la sumisión del trabajo al capital. Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro. Ob. Cit., p. 178.

El mandato del artículo 5 del C.T. no puede estimarse como un verdadero descubrimiento de la insuficiencia legislativa respecto de la eficacia de los derechos fundamentales laboral al interior de la empresa, ya que ello era objeto de una destacada jurisprudencia administrativa²¹⁶ que fue desarrollada también por la doctrina²¹⁷. La interesante convergencia entre la teoría anterior y la reforma del año 2001 al artículo 5 del C.T., junto con el desarrollo de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, es que para el caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador con los del empresario, en cuanto titulares sin prevalencia del uno respecto del otro; es que origina la necesidad de encontrar un método de resolución del conflicto, imponiéndose una fórmula disponible en el derecho constitucional, a lo menos desde mediados del siglo XX, esto es, el principio de ponderación o proporcionalidad²¹⁸. La ponderación excluye el método de subsumir propio de las reglas, y de ahí en adelante, la doctrina laboral²¹⁹ y la jurisprudencia sobre todo la que provenía de los casos de tutela laboral, acudieron sin reparos a la ponderación. Se consolida así en la práctica judicial laboral, la vinculación de la tesis de los principios y reglas a la

²¹⁶“La ciudadanía en la empresa en el derecho laboral chileno... Su desarrollo ha sido labor de una jurisprudencia administrativas tutelar, emanada de la Dirección del Trabajo”. Gamonal Contreras, Sergio: “Ciudadanía en la empresa”. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, p.25.

²¹⁷Como por ejemplo: Lizama, Luis - Ugarte, José: “Interpretación y derechos fundamentales en la empresa”, Editorial Conosur, Santiago, año 1988, p. 154 y sgtes.

²¹⁸“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado, de preferencia referido al caso concreto, un auxilio para resolver conflicto entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Prieto Sanchiz, Luis: “El juicio de ponderación constitucional” en Carbonell, Miguel (Editor): “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”. Quito, Ecuador, 2008, p. 99 y sgtes.

²¹⁹En este sentido ver: Gamonal, Sergio, “El procedimiento de tutela de derechos laborales”, Legal Publishing, Santiago, año 2010, p. 42.

solución de conflictos de derechos constitucionales que detenta, tanto el trabajador como el empleador.

Esto hace que, para este autor, una de las consecuencias respecto de la decisión de replicar derechos constitucionales es, precisamente, la incorporación de la distinción entre principios y reglas propuesta por Alexi, acudiéndose adicionalmente a los argumentos de Dworkin en cuanto a la imposibilidad de utilizar el método de subsumir - propio de las reglas - en las contiendas laborales que enfrenta al trabajador y al empresario en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

3.- La doble regulación y los problemas interpretativos originados en la concurrencia de fuentes.

3.1.- La elección del método interpretativo.

La interpretación de los derechos fundamentales, (incluyendo dentro de estos la distinción entre la dignidad, los derechos constitucionales referidos en el artículo 19 de la C.P., y el bloque de constitucionalidad) que se replican en la legislación laboral, hace surgir una interesante interrogante, esto es, como deben concurrir los métodos interpretativos de fuentes distintas sin desnaturalizar su contenido y aplicación. A modo ejemplar podemos ensayar la siguiente situación: El juez del trabajo, al conocer de una controversia respecto si se vulnera o no el derecho a la vida privada y honra del trabajador, el cual está recepcionado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental y replicado en el artículo 5 del C.T., sin que se efectúe la postulada mediación legislativa –sugiere de inmediato el problema de cual método interpretativo debe ocupar, la constitucional o la legal, solo la constitucional - y en ese caso que rol juega la interpretación legal. La respuesta no es fácil, y se complejiza aún más

si el derecho fundamental proviene del denominado bloque de constitucionalidad²²⁰, en cuyo caso, puede concurrir el método interpretativo de tratados internacionales sobre derechos humanos, originando adicionalmente, la discusión de la prevalencia normativa entre la Constitución y la fuente de derecho internacional²²¹.

El escenario anterior justifica analizar esta consecuencia lo que obliga a efectuar algunas precisiones sobre la interpretación en general, y conectándola en algunos casos a lo que ocurre en sede laboral.

Un interesante problema que debemos abordar, es si necesariamente deben interpretarse todas las normas o algunas son lo suficientemente claras, de tal modo que no ofrecen dificultad alguna en su aplicación. Sobre el punto existen dos tendencias: a) Una sostiene que las normas jurídicas claras no requieren ser interpretadas, sino únicamente deben

²²⁰ En relación a este problema se señala que “los principios y normas sobre derechos humanos fundamentales atinentes al trabajo y en general a las cuestiones sociales que integran el bloque de constitucionalidad, plantean algunos problemas especiales de interpretación, principalmente causados por su continuo crecimiento y la suma de disposiciones de fuente interna e internacional”. Barbagelata, Héctor Hugo: “Derecho del Trabajo”, tomo I, Fundación de cultura universitaria, Montevideo Uruguay, año 2002, p. 173.

²²¹ Sobre la materia, “No hay efectivamente un rigor respecto al contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Los instrumentos internacionales sobre el asunto son constantemente referidos y referenciados por los respectivos ordenamientos, desempeñando de esta manera, el importante y relevante papel de dibujar la forma y aproximar las expectativas de amplitud lo más próximo del campo de las realizaciones concretas, en que pese a las dificultades objetivas de cada país en la consecución del objeto cada vez más complejo y sofisticado de los Derechos Fundamentales”. Siqueira Neto, José: “Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales”. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo uruguay, año 2003, p.165; en una postura de prevalencia de la normativa internacional se encuentra Babace, señalando que “El derecho de los derechos humanos está contenido en normas supranacionales que se imponen a los estados...Se trata de jus cogens cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los estados de la comunidad internacional”, Babace, Héctor: “Ciudadanía social en el mercosur...”. Ob. Cit., p.253.

serlo las oscuras, para ser clarificadas mediante el proceso de interpretación. Esta tesis se sustenta en el aforismo expresado por Justiniano en el "Digesto" en cuanto "lo que es claro no se interpreta". Esta hipótesis puede encontrarse en el inciso primero del artículo 19 del C.C., en cuanto dispone "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"²²²; b) La otra propone que toda norma jurídica, para aplicarse debe ser interpretada. Para los que siguen esta tesis formulan como argumento los siguientes: b1) Para determinar si una norma es clara u oscura debe ser interpretada, ya que precisamente esa conclusión es fruto de un proceso interpretativo; b2) El lenguaje utilizado por las normas aluden a palabras que no tienen un significado preciso o unívoco, es más, la gran mayoría presenta problemas de ambigüedad. Un ejemplo puede esclarecer este punto. Así, la palabra "cabo", tiene varios significados, uno de ellos es un grado militar, otro, un trozo de cordel, o también puede aludir a una porción de territorio que se interna en el mar; b3) El ejemplo del artículo 19 del C.C. dado por la primera teoría, no es correcto, por cuanto éste no se refiere al tenor de la ley, sino a su sentido, expresando que cuando este sea claro, no debe desatenderse su tenor literal (es decir su letra) a pretexto de consultar su espíritu (su finalidad).

3.2.- La incertidumbre del método interpretativo.

La interpretación jurídica y en particular en el derecho del trabajo, es una materia arduamente discutida en la doctrina²²³, lo que será advertido en

²²² El texto aludido motiva una precisión, en cuanto lo que persigue el proceso interpretativo es establecer el sentido de la ley y no el de las palabras empleadas por la norma, aun cuando se debe reconocer que ese sentido se obtiene con las palabras utilizadas por el legislador, pero debe efectuarse la distinción.

²²³PláRodríguez expresa lo siguiente "No existe un sistema propio de interpretación del derecho del trabajo sino que cada fuente deberá ser interpretada según el método que – de acuerdo con la doctrina general del

esta investigación, pero se buscará establecer algunas bases para lograr una conclusión que esclarezca el que hacer por el operador que se enfrenta a este problema.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, interpretar es explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de los textos faltos de claridad²²⁴, lo que extendido a las disciplinas jurídicas ha hecho concluir que interpretar es determinar el sentido y alcance de una norma. Esta noción se ha impuesto sin un contrapeso en el ámbito jurídico y particularmente en el Derecho del Trabajo²²⁵. Sin embargo ésta tesis ha sido cuestionada y ello principalmente porque, la actividad del intérprete enfrenta una serie de problemas derivados no solo de identificar el sentido de una regla, sino que seleccionar cual es la regla que ha de resolver la situación y, adicionalmente, problemas de establecimientos de los hechos que servirán de base para la aplicación de la regla elegida. Como se advierte, estas situaciones dan cuenta de la estrecha conexión entre hechos, interpretación y norma aplicable. En todo caso, y a título de opinión conclusiva, los procesos de aplicación e interpretación no se refieren a operaciones distintas, ya que para seleccionar la norma ello

derecho – corresponde a esa fuente. Sin embargo, la observación no es totalmente acertada porque hay elementos que son comunes a todas esas fuentes”. Plá Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Ediciones Idea, Montevideo, año 2000, p. 179 y siguientes.

²²⁴ La real academia española, indica que interpretación es “acción y efecto de interpretar”, y esta última palabra significa “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente de un texto”. Este criterio goza de gran aceptación en nuestro país.

²²⁵Plá Rodríguez, la sindicó como “determinar el sentido que quiso darle a la regla de derecho”. Plá Rodríguez, Américo: “Curso de Derecho Laboral”, Ob. Cit., p. 179. En el ámbito legal de nuestro país, es decidir la terminología empleada por el DFL N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y previsión Social, al señalar que una de las facultades más relevantes de la Dirección del Trabajo, es “Artículo 1º, letra b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”.

requiere previamente la actividad interpretativa, en opinión de Kelsen, la aplicación de una norma, esto es, el tránsito desde la regla general al caso particular va acompañado de un proceso espiritual que es la interpretación y sobre ésta formula algunas precisiones²²⁶. No parece entenderlo así nuestro Máximo Tribunal, en cuanto indica que “la aplicación de la ley es una obligación de parte de los magistrados, por lo cual ignorar y no tenerla en consideración importa un ejercicio defectuoso de sus potestades. Es por lo anterior que en la situación de que se trata el recurso, es sólo una cuestión de aplicación de la ley, no de interpretación, puesto que ninguna duda existe en relación a lo ordenado por el legislador”²²⁷. Sin embargo, como ya se dijo, lo que debió ser objeto de reproche no es la aplicación sino derechamente la función interpretativa que no es compartida por nuestro más alto Tribunal de la República.

Para González, aludiendo a las posturas de Alf Ross, expresa que la interpretación debe acometer tres problemas: semánticos, sintácticos y lógicos. El primero se refiere a la ambigüedad de las palabras, las cuales pueden tener distintos ámbitos de referencia, el segundo alude a la

²²⁶ “Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál es la correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible”. Kelsen, Hans: “Teoría pura del derecho”, Editorial Eudeba, Buenos Aires. Año 2009, p. 131.

²²⁷ Sentencia Corte Suprema, 13 de agosto de 2013, recurso de Queja, Rol N° 2399-2013. Voto de prevención.

conexión de las palabras utilizadas por la norma, y el tercero, alude a los problemas de inconsistencias, redundancias y presuposiciones²²⁸.

En este escenario, es útil citar a Dworkin, en cuanto postula que el proceso de selección de una norma, que luego ha de interpretarse, supone que un sistema jurídico está compuesto de reglas que permiten resolver todos los casos de conflicto que se presenten, cuestión que para dicho autor es ilusoria, en cuanto existen muchas zonas del sistema que simplemente no están reguladas, es decir el derecho positivo enfrenta insuficiencias, en cuyo caso se deberá acudir a soluciones extraídas de principios, los cuales permiten encontrar soluciones que el sistema de reglas no lo posibilita y que adicionalmente impide la creación de una regla elaborada por la discreción del juez y que luego aplica retroactivamente. Para este autor, el positivismo postula que “el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada o por que las que aparecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón) entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. En esta hipótesis, el juez puede eludir su obligación de resolver el asunto, por lo que lo resolverá ejerciendo su discreción, creando una norma que luego la aplica al caso cuyo material práctico era anterior a la regla creada por el juez”. Esta es una situación que no resulta admisible para Principios democráticos de creación del orden normativo, por lo cual Dworkin propone que en los casos que se indicaron, y que él los ha precisado como “casos difíciles”, la solución es la aplicación de un principio que constituye un estándar que ha de ser observado no

²²⁸González, Gabriela- González, María de Lourdes: “El juez en el pensamiento de Rawls y Alf Ross”; en el mismo sentido Ross, Alf: “Sobre el derecho y la justicia” en Revista de Filosofía de la Universitat de Valecia, pág 14. Disponible www.uv.es/mariaj/textos/ross.pdf , (visita 30/septiembre/2013).

porque favorezca o asegure una situación económica política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad²²⁹.

El método del aludido doctrinador se encuentra estrechamente ligado a la interpretación, en cuanto postula que la norma seleccionada para resolver un caso, puede estar fuera de las reglas de derecho positivo, las cuales operan como un estándar. Así el derecho es una práctica social que se integra con un conjunto de reglas y, valores que las reglas pretenden desarrollar, las cuales nunca abarcaran el total de situaciones de conflictos, por ello la interpretación "busca averiguar cuál es el sentido de la práctica social... ese sentido viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos"²³⁰.

A modo de síntesis, y efectuadas las reflexiones precedentes, actualmente Guastini²³¹, refiere que existen tres teorías, las cuales denomina modernas o que se disputan que ha de entenderse como interpretar en el ámbito jurídico, esto es "cognitiva" que consiste en verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente la autoridad legislativa); Una segunda, que llama "escéptica, la que consiste en una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión, todo texto según esta tesis, puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los

²²⁹ Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio". Ob. cit., p. 65 y sgtes.

²³⁰ *Ibíd*em,

²³¹ Guastini, Riccardo: "Estudios sobre la interpretación jurídica". Traducida por Gascón, Mariana y Carbonell, Miguel. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1999, p. 13 y sgtes.

intérpretes; Finalmente, la tercera, que describe como “intermedia”, postula que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y a veces, una actividad de decisión discrecional. Esta teoría subraya la irreductible “textura abierta” (es decir la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales.

Las cuestiones antes planteadas respecto de la interpretación tienen especial relevancia en cuanto al entendimiento y aplicación de los derechos fundamentales y su recepción en el C.T., especialmente aquellos no mediados por el legislador laboral. Luego, fijar un método que permita asegurar el contenido y eficacia de dichos derechos, necesita hacerse cargo que la noción clásica de interpretación no es suficiente, y por otro lado que en el caso chileno, y sobre todo para el juez del trabajo que debe conocer de los conflictos de derechos constitucionales entre empresarios y trabajadores, resulta por ahora muy influyente la distinción entre principios y reglas, la cual como se dijo, requiere mayores reflexiones de la doctrina nacional. En este sentido en nuestro país, existen algunas advertencias respecto de la facilidad con que predomina la doctrina anterior en la judicatura actual²³². Por ejemplo, García Amado, expresa que Alexi no puede admitir que las cosas sean de tal manera, sino que tiene que retorcer la naturaleza de las normas y explicar en términos mucho más oscuros el razonar de los tribunales, pues, de no hacerlo así, tendríamos que desaparecer la diferencia entre reglas y principios y que

²³²Para Atria, “Ahora bien, es crucial notar que, vista así las cosas, la distinción entre reglas y principios supone una comprensión inaceptablemente tosca de las reglas. Dicha comprensión puede haber sido útil en 1967, cuando el paradigma era el positivismo hartiano de el Concepto de Derecho, pero hoy ya no es necesario detenerse aquí mucho”. Atria Lemaitre, Fernando: “Lo que importa sobre los principios”, en “Principios Jurídicos análisis y crítica”, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 69.

todas las normas de derechos fundamentales (y todas las del ordenamiento jurídico) tienen idéntica estructura básica: son enunciados normativos con un núcleo de significados y una zona de penumbra y rigen sin excepciones en lo referente al núcleo de significado y son interpretadas en su zona de penumbra; y dicha interpretación delimita con carácter general el alcance de la norma sin espacio para más ponderación que la simple valoración de las razones en pro de una u otra de las interpretaciones posibles”²³³. En este mismo sentido Atria señala “entender la razón por la cual el argumento de Dworkin fue tan influyente en entender por qué la misma distinción entre reglas y principios se ha consumado y hoy debe ser abandonada. En efecto, la idea de principios fue puesta en el centro de la discusión por ese artículo de Dworkin en 1967, pero cumplió su propósito de modo, que ya no tiene sentido seguir discutiendo en esos términos”²³⁴. En igual sentido, Eduardo Aldunate Lizana.²³⁵

3.3.- La interpretación constitucional.

Examinaremos los problemas que plantea la cuestión interpretativa en estudio respecto de los derechos fundamentales que se proyectan a la relación laboral. En primer término, es pacífico que nos enfrentamos a ciertos derechos de rango constitucional que amerita un método interpretativo, y que en nuestro país no se encuentra consensuado. En este punto Aldunate²³⁶ sostiene que “la interpretación de los preceptos sobre derechos fundamentales debe conciliar, para ser coherente, dos

²³³García Amado, Juan Antonio: “Principios y reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis parcial de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexi” en “Principios Jurídicos, análisis y crítica”, ob. Cit. Pág. 63.

²³⁴ Atria, Fernando: “Lo que importa sobre los principios”. ob. Cit., p. 65.

²³⁵ Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. Cit., p. 112.

²³⁶ Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”. Ob. Cit., p. 108 y sgtes.

elementos básicos , una teoría de la constitución, con especial énfasis en el concepto y función de los derechos fundamentales dentro de ella, y una teoría general de la interpretación jurídica y de la interpretación constitucional en particular". Este autor enfatiza que actualmente debe abandonarse la idea de que interpretar es determinar el sentido de un término, sino que la actividad interpretativa pasa en algún momento, por una operación de asignación de sentido (significado) a los textos normativos. En sentido similar se pronuncia Bassa,²³⁷quién postula que la interpretación debe ser "suficientemente flexible para no perder su vigencia normativa, incorporando las transformaciones que ha experimentado de la realidad que regula...La interpretación constitucional es clave. La aplicación de todo método de interpretación constitucional se fundamenta en una teoría constitucional previa, muchas veces implícita, que resulta decisiva para el resultado de la interpretación. En efecto, la adopción de un determinado método no es una decisión neutra y avalorativa, sino que obedece a una finalidad determinada... Desde esta perspectiva, el originalismo utilizado por la doctrina constitucional chilena no es solo un método de interpretación sino que es un elemento de una teoría constitucional previa, subyacente a dicho método, que obedece a determinada concepción de la Carta en tanto norma jurídica, la Constitución como testamento".

Las opiniones anteriores están lejos de zanjar cuál es el método interpretativo que se debe utilizar al enfrentar los derechos

²³⁷ Bassa Mercado, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelski y Haberle" en Revista de Derechos Fundamentales, N°5, Universidad Viña del Mar, año 2011, pp. 39-40.

fundamentales. Nogueira²³⁸ afirma “el objeto de la interpretación constitucional es encontrar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar ese resultado de modo igualmente racional y controlable, creando de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de simple decisión por la decisión... que es un punto pacífico en materia de interpretación constitucional que los operadores pueden usar los diferentes métodos en forma combinada, sin que ninguno de ellos pueda ser eliminado ni absolutizado”.

En el plano comparado, Haberle, en una postura deliberativa y acorde con un estado constitucional, propone que “en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente, todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución. Hasta ahora la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menor *realiter*, un asunto de una sociedad cerrada, la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participan materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad”²³⁹

²³⁸Nogueira Alcalá, Humberto: “El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional” en Revista Ius et Praxis. Vol. 12. Nº 1, Talca, 2006, p. 95 y sgtes.

²³⁹ Haberle, Peter: “El estado constitucional “. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1993, p. 150 y siguientes.

Por lo anterior, y para efectos de proporcionar un camino relativamente seguro para el intérprete constitucional-laboral, creo útil acudir a una visión pedagógica del proceso interpretativo, la que en mi opinión es recogida con gran claridad por Zapata²⁴⁰, el que propone “ocho reglas de interpretación, que pueden servir de referencia a quién emprende la compleja tarea de encontrar el verdadero sentido de nuestro texto jurídico fundamental... Varios de los criterios que sugiero se vinculan con las reglas de interpretación de nuestro Código Civil; algunos han ido siendo formulados por la doctrina nacional y extranjera, y otros, en fin,

²⁴⁰Los criterios corresponden a los siguientes: *Primera Regla*: Las palabras de la Constitución, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo que resulte evidente que la Constitución las utiliza con significado distinto; *Segunda Regla*: Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; *Tercera Regla*: Para definir el sentido de un concepto, el intérprete podrá además, valerse de una definición legal calificada, de la opinión jurisprudencial autorizada y de los acuerdos expresos de la Comisión constituyente; *Cuarta Regla*: El sentido y alcance de una disposición, se fijará en atención al tenor de las palabras, guardándose la debida correspondencia y armonía con el contexto constitucional y considerando la finalidad del precepto; *Quinta Regla*: En la interpretación de un precepto podrá recurrirse, a título de elementos auxiliares, a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, a la jurisprudencia, a la opinión de la doctrina, a la historia constitucional y al Derecho Comparado. El valor que se le conceda en el caso concreto a cada uno de estos elementos de juicio, dependerá tanto de la autoridad y autenticidad intrínseca de la fuente, como del grado de correspondencia que exista entre la conclusión que deriva del examen de la fuente y la norma que se interpreta; *Sexta Regla*: No podrá interpretarse una disposición de modo que el resultado pugne con las Bases Fundamentales, afecte un derecho básico en su esencia o bien conduzca a la falta de solución efectiva de la cuestión; *Séptima Regla*: Los preceptos constitucionales que reconozcan derechos o establezcan garantías se interpretarán de la manera más amplia y plena posible, en tanto no se atente contra algún límite expreso, el derecho ajeno o el bien común, y, *Octava Regla*: Las normas constitucionales que regulan el establecimiento, organización, atribuciones y funcionamiento de los Poderes Públicos y las que limitan o restrinjan los derechos de las personas se interpretarán atendiendo al sentido estricto y expreso del precepto. Zapata Larraín, Patricio: “La interpretación constitucional”. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, N° 1, enero –abril, 1990, p. 168 y sgtes.

derivan de nuestra jurisprudencia. La originalidad de mi propuesta radica quizás, en haber recogido, ordenado y sistematizado estos diferentes principios de interpretación, dándole la forma de un canon". El orden y número de criterios propuesto por Zapata, permitirían obtener el verdadero significado de los textos sobre derechos fundamentales, resaltando que dicho autor formula algunas precisiones respecto del criterio originalista y finalista que también se postula como método hermenéutico constitucional.²⁴¹ En todo caso debe puntualizarse que más recientemente, Zapata ha defendido el método finalista al señalar que "Hay ciertos casos, sin embargo, en que la lectura finalista pone de relieve la existencia de una tensión mayor dentro del sistema constitucional. Son aquellas situaciones en que el tenor literal de un precepto aislado no admite ninguna lectura coherente o conciliable con las exigencias del resto del texto constitucional. ¿Qué hacer en estos casos? Mientras el literalista, apretando los dientes, se sentirá obligado a aplicar de todas maneras la norma disfuncional y el originalista irá presuroso a buscar en las actas de la Comisión Ortúzar alguna frase que le permita elegir, el finalista dirimirá la contradicción a favor de la integridad constitucional".²⁴² En esta misma línea, Guastini expresa que la interpretación constitucional debe ser evolutiva, esto es, que "al texto constitucional se le ha de atribuir un

²⁴¹ El método de interpretación constitucional "originalista", postula que la tarea del intérprete es descubrir la intención original del redactor de la norma constitucional. Es decir se busca reproducir la realidad en que el redactor crea la norma. Es una posición subjetiva, en cuanto el objetivo a lograr es el sentido pensado por el constituyente. A su vez, el método "finalista" propugna que el intérprete debe contextualizar la norma y ubicarla dentro del sistema constitucional, luego deberá establecer el papel o función que cumple el precepto dentro de dicho sistema. Así se logra descubrir la finalidad del precepto, y con esta finalidad se puede obtener el sentido auténtico del texto constitucional interpretado, independiente de la intención que tuvo o pudo tener el constituyente.

²⁴² Zapata Larraín, Patricio: "Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes." En "Anuario de Derecho Público". Universidad Diego Portales. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p.351.

significado diverso del histórico, diverso del que tenía en el momento de su creación, con la finalidad de adaptar el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales. Así, si cambian los valores socialmente difundidos, debe cambiar la interpretación de la misma”²⁴³

En concordancia a lo dicho por Zapata, y por la fuerza de las circunstancias, los métodos clásicos de interpretación de la ley son usualmente utilizados por el tribunal constitucional chileno. Así, el tribunal en sentencia de 9 de noviembre de 1981, Rol N° 5, señala que el método interpretativo aplicado a la Constitución debe realizarse conforme a los principios hermenéuticos de la ley. En fallo de 31 de enero de 1985, Rol N° 21, reconoce la aplicación del elemento gramatical por lo que el sentido puede obtenerse del tenor literal del precepto constitucional. En fin es perfectamente reconocible que el tribunal encargado del control de constitucionalidad acude sin mayores complejos a los métodos interpretativos concedidos en las reglas 19 al 24 del Código Civil, lo que no deja de sorprender dada la distinta jerarquía normativa de una y otra regla.

En este escenario, el intérprete debe tener en cuenta los criterios antes expuestos y que configuran al día de hoy, en el derecho chileno, que la interpretación constitucional está lejos de asentarse en un método relativamente consensuado, cuestión que se debe acometer para otorgar mayor protección y desarrollo a los preceptos jufundamentales y en especial los que se proyectan a la relación de trabajo.

²⁴³Guastini, Riccardo: “Estudio sobre la interpretación jurídica”. Ob. Cit., p. 86.

3.4.- Interpretación y fuentes internacionales.

Adicionalmente, debe precisarse que el método de interpretación anterior difiere sustancialmente del método para desentrañar el contenido y alcance de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales. En esta materia respecto del bloque de constitucionalidad, Aldunate²⁴⁴ indica que “los derechos consagrados en tratados internacionales, por el contrario, representan una suerte de estándar que la comunidad internacional –o la de los respectivos Estados partes- acuerda imponer a los Estados, como obligaciones para los mismos, expresando de este modo no las particularidades de cada sistema, sino los elementos compartidos comunes, del ethos jurídico internacional imperante”. En esta línea debe necesariamente citarse la Convención de Viena sobre derecho de los tratados²⁴⁵, la cual contiene ciertas reglas interpretativas, que se ha admitido ampliarlas a los tratados de derechos humanos, como por ejemplo, que los tratados deben interpretarse de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que se atribuye a sus términos y al contexto de estos, y teniendo en cuenta los objetivos y propósitos al tratado, e incluso a los trabajos preparatorios. Este escenario no descarta el surgimiento de

²⁴⁴Eduardo Aldunate, Ob. Cit, p. 124.

²⁴⁵La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, fue adoptada en la ciudad de Viena, Austria, el 21 de marzo de 1986. Y en el Capítulo III, sobre observancia, aplicación e interpretación de los tratados, se expresa que los tratados deben ser cumplidos de buena fe. Asimismo, se indica que “un estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado”. Además se contiene reglas de interpretación, entre las que debe mencionarse, que el tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, y que en la interpretación debe incluirse su preámbulo y anexos, e incluso toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

una categoría propia de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos²⁴⁶.

Desde un punto de vista de la doctrina del trabajo, Barbagelata²⁴⁷ señala ciertos criterios a que debe ajustarse la interpretación del Bloque de Constitucionalidad referido al ámbito del trabajo. Así indica que estos pueden sistematizarse en los siguientes: a) El principio de complementariedad e interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, que implica un mandato para el intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos – en el caso, los atinentes a los derechos humanos laborales- cualquiera que sea su fuente, como un todo indisoluble; b) Primacía de la disposición más favorable a la persona humana el cual permite que en el proceso interpretativo de estos tratados debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; c) El principio de progresividad, el que se manifiesta en su número, su extensión, garantías, su reconocimiento internacional y creación de garantías supranacionales, en otras palabras, se debe lograr una aplicación evolutiva y expansiva de las normas que componen el bloque de constitucionalidad; y d) El principio de irreversibilidad, esto es, la imposibilidad jurídica de que se reduzca la protección ya acordada a los trabajadores por normas anteriores. Este viene a ser una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador que puede reputarse un principio del Derecho del

²⁴⁶“Se sostiene que los tratados de derechos humanos son un tipo especial de tratados internacionales, no son tratados multilaterales concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos inspirado en el beneficio mutuo de los Estados contratantes, su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente al propio Estado de cada individuo como frente a los demás”. Babace, Héctor: “La ciudadanía social del mercosur...”, Ob. Cit, p. 254.

²⁴⁷Barbagelata, Héctor Hugo “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales”, ob. Cit., p. 240 y siguientes.

Trabajo. Este principio en nuestro país correspondería a la versión de la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa, que forma parte del principio protector²⁴⁸.

Efectuada estas consideraciones, debe recordarse que el Bloque de Constitucionalidad también se integra por los principios implícitos y normas de jus-cogens, lo que naturalmente plantea interrogantes respecto de su significado, lo que en todo caso excede las posibilidades de este trabajo, pero es útil dejarlo en claro, a fin de abordar estos problemas dado el progreso e influencia que va ejerciendo estas normas en los derechos internos de cada país.

3.7.- El método interpretativo de la ley laboral.

En el caso de la interpretación legal laboral de estos derechos fundamentales o los que provienen del bloque de constitucionalidad, la interpretación reviste algunas particularidades.

A modo inicial se debe enfatizar la vigencia y vinculación del método interpretativo contenido en los artículos 19 al 24 del Código Civil, esto es, el gramatical, histórico, lógico y sistemático. En general, la interpretación de la ley laboral admite sin obstáculos la aplicación de los criterios antes enunciados y a veces se ha postulado la prevalencia del método gramatical, pero tal prevalencia no es correcta²⁴⁹, debiendo utilizarse los cuatro elementos de lo contrario no se cumple con dicho método legal. En

²⁴⁸“La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se aplica”. Plá Rodríguez, Américo: “Los principios del derecho del trabajo”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, año 1998, p. 108.

²⁴⁹ Ducci Claro, Carlos: “La interpretación judicial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 92 y 93.

todo caso, la existencia de un método interpretativo legal laboral fue arduamente debatido, imponiéndose una negativa y ello se ve reflejado en el C.T., el cual no contiene reglas sobre la interpretación de la ley laboral²⁵⁰. En efecto, la posibilidad de incorporar reglas interpretativas fue objeto de algún debate, y es así como en el proceso de discusión de la Ley N° 19.250²⁵¹, en Sesión Ordinaria del Senado, se abordó la necesidad y conveniencia de aprobar un inciso final incluido en el artículo 2 del C.T., el cual tenía el siguiente contenido “la legislación del trabajo y las normas laborales de origen contractual o emanadas de fallos arbitrales, en caso de ambigüedad o duda se interpretarán del modo que resulte más favorable al trabajador”. El debate fue arduo y es posible resumir algunas afirmaciones de los senadores de la época²⁵². En sentido contrario a incluir el texto, el senador Sergio Diez señala que incluir una favorable norma que otorga una interpretación a una de las partes del contrato, implica desconocer la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que se le concede a todos los ciudadanos. Agrega, que se introducen principios ajenos a los de interpretación que se contienen en el C.C. y que por lo demás el artículo 24 de dicho cuerpo legal civil, resguarda a los trabajadores en cuanto expresa que los pasajes oscuros o contradictorios de la ley se interpretarán del modo más conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Finalmente precisa que el texto propuesto en el C.T. se contradice y deja sin aplicación otras reglas de interpretación, como el sentido obvio de las

²⁵⁰El C.T. de nuestro país no contiene reglas interpretativas aplicables a la legislación laboral, lo que ha llevado a la aplicación de las normas 19 al 24 del C.C., dado el carácter supletorio, con fundamento en el artículo 4 del texto legal antes citado.

²⁵¹D.O. de 30 de Septiembre de 1993.

²⁵²Discusión del proyecto de ley en Sesión Ordinaria del Senado, respecto de las reformas que debían introducirse en el C.T. una vez restablecida la democracia en nuestro país, con el primer parlamento elegido en el año 1990.

palabras y la historia fidedigna de la ley, proponiendo incluso que la modificación sería inconstitucional.

En sentido opuesto, el senador Hernán Vodanovic sostuvo que la modificación consagra uno de los principios generales del derecho laboral, el cual se encuentra indisolublemente ligado a la necesidad de corregir en el plano jurídico, la desigualdad de hecho que existe entre empresarios y trabajadores. Tampoco existe una vulneración al principio de igualdad ante la ley, ya que lo prohibido por la Constitución, es la discriminación arbitraria, lo que no sería el caso. Finalmente precisa, que la regla interpretativa que se pretende introducir en el artículo 2 del C.T., no sustituye las normas del C.C., sino que constituye un criterio auxiliar, complementario y así se haría constar en la historia de la ley.

Finalmente el texto fue rechazado por lo que no existe regla interpretativa vigente en el C.T.

Efectuadas las reflexiones anteriores, es útil destacar que pese a la negativa a incluir una regla interpretativa que imponga el criterio más favorable para el trabajador, la doctrina y jurisprudencia laboral ha aceptado la función interpretativa de la regla "in dubio pro operario"²⁵³. En la jurisprudencia del trabajo, son numerosas las sentencias que acuden a principios del derecho del trabajo en su función interpretativa²⁵⁴ aún cuando se debe reconocer que muchas veces, la judicatura menciona el principio como fórmula general sin mayor desarrollo que justifique el rol

²⁵³ Es el criterio según el cual en caso que una norma se pueda entender de varias maneras se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador". Plá Rodríguez, Américo: "Los principios del derecho del trabajo" Ob. Cit., pp. 83-84.

²⁵⁴A modo ejemplar, en un juicio de despido, se admite la función interpretativa del principio de la primacía de la realidad en fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de marzo de 2011, Rol N° 2.474-2010.

interpretativo²⁵⁵ . Sobre este punto, Pla Rodríguez²⁵⁶, señala que en cuanto a los principios en la interpretación de las normas laborales, debe accederse a los llamados principios jurídicos del derecho del trabajo, esto es, el principio protector, la irrenunciabilidad de los derechos, continuidad, la primacía de la realidad, la razonabilidad y la buena-fe, a lo que deben agregarse las reglas, "in dubio pro-operario, la norma más favorable y el de la condición más beneficiosa. Así, se reafirma la función interpretativa que estos principios cumplen en la disciplina laboral.

Para Palomeque, las normas jurídicas son desde luego, vinculantes, pero raras veces claras, y además existen lagunas o insuficiencias normativas. De ahí que la aplicación del derecho compara dos operaciones lógicas, una referida a la determinación de la norma o normas que pueden dar respuesta al problema planteado (indagación de la norma aplicable) y otra, la que se emprende para dar sentido a las normas en presencia. La interpretación destinada a encontrar una solución jurídica ha de ser, sin duda, motivada y argumental²⁵⁷. Las expresiones del gran jurista español permiten demostrar la ausencia de una teoría interpretativa de estos derechos fundamentales de proyección legal, por cuanto confunde la aplicación e interpretación como cuestiones separadas, y claramente se adscribe a una visión clásica de la interpretación, aunque debe reconocerse como se demostró con la sentencia de nuestro Máximo

²⁵⁵ En sentencia Corte Suprema, 13 de marzo de 2012, Rol N° 6.682-2011, se alude al carácter tutelar y el principio de irrenunciabilidad de los derechos recogidos por el C.T., sin explicar su contenido. En igual sentido, Sentencia de Corte Suprema, de 23 de febrero de 2012, Rol N° 1.151-2012, se refiere al principio de la primacía de la realidad y el principio pro-operario sin explicitar su alcance.

²⁵⁶Pla Rodríguez, Américo: "Curso de Derecho Laboral", Tomo 1, Volumen 1: "Introducción al derecho del Trabajo", Edición Idea, Montevideo-Uruguay, año 2000, pp. 179 y 180.

²⁵⁷Palomeque, Manuel - Alvarez De La Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", Ob. Cit., p.307.

Tribunal, que ello sigue siendo utilizado por nuestros tribunales del trabajo o los tribunales superiores cuando conocen de los conflictos sobre derechos de doble regulación, constitucional y legal.

Como corolario de lo antes expuesto es útil señalar que la interpretación en sede laboral, en coherencia con su noción clásica, se ha ocupado de algunos problemas que resultan de dicha actividad, esto es, la retroactividad o irretroactividad de la interpretación auténtica, la calificación de una ley si es o no interpretativa, la existencia de órganos especializados que tienen función interpretativa y casos específicos de interpretación auténtica, fundamentalmente justificada por la permanente producción legislativa en materias del trabajo.

En primer término se ha planteado una interesante discusión, acerca si la ley interpretativa posee o no, efectos retroactivos. Para la tesis mayoritaria, la ley interpretativa no posee efecto retroactivo. No se trata de una nueva norma y solo busca el entendimiento de la ley original, pero lo cierto es que esto es una pura ficción, y en los hechos se está aplicando un texto a una época precedente a su dictación, aun cuando limitado a determinar el sentido y alcance de una regla pretérita. Por lo anterior, para la tesis minoritaria la ley interpretativa es retroactiva y ello conlleva su natural rechazo por cuanto pudiere encubrir la aplicación de reglas del juego distintas a las que existían durante la ley que se interpreta.

Igualmente es útil tener presente que muchas veces no es fácil calificar una ley como norma interpretativa, por cuanto aunque se indique en el texto que sí lo es, al examinar el contenido puede concluir que es una ley distinta y que no busca interpretar sino regular situaciones

nuevas. Este problema se resolverá mediante un proceso de calificación de la misma, por mucho que se la nomine como ley interpretativa. Esta calificación es fundamental para establecer la vigencia del nuevo texto, por cuanto si se concluye que es interpretativa, ella regirá desde la regla interpretada. De lo contrario y si nada dice el texto, se estará a las reglas del artículo 8 del C.C., esto es, que rige desde la publicación en el diario oficial. Sobre este punto el Máximo Tribunal ha emitido algunos pronunciamientos en cuanto a calificar una ley como interpretativa.²⁵⁸

En cuanto a la interpretación auténtica, esto es, la fórmula disponible por el legislador, se pueden encontrar algunos casos de leyes interpretativas laborales.²⁵⁹

²⁵⁸ Sentencia R.D.J. tomo 47, sección 1ª, pág. 215; Sentencia R.D.J. tomo 56, sección 1º, pág. 262. Sentencia RDJ tomo 61 sección 1ª pág. 429; Sentencia RDJ tomo 67 sección 1ª pág. 46.

²⁵⁹ Así, la Ley 19.945 de 25 de mayo de 2004, interpreta el artículo 1º del C.T. y señaló: “declárese interpretado el inciso cuarto del artículo 1º del C.T. en el siguiente sentido: El inciso cuarto del artículo 1º del C.T. en cuanto señala “que los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías archiveros o conservadores se regirán por las normas de éste Código”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que la totalidad del estatuto laboral, en todas sus manifestaciones y expresiones, que emana del Código del Trabajo y leyes complementarias, resulte aplicable a los trabajadores que laboran en los oficios de notarías, archivadores o conservadores”. Este texto pretendía dilucidar si los trabajadores de estos órganos regulados en el C.O.T., podían o no invocar el principio de la continuidad, o ejercer derechos de naturaleza colectiva, como por ejemplo constituir sindicato. Otro ejemplo de interpretación auténtica, lo constituye la ley 20.194 de 7 de julio de 2007, que interpreta el inciso tercero del artículo 162 del Código del Trabajo, precisando su sentido y alcance al disponer “declárese interpretado el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo en cuanto señala que “Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador comunica al trabajador que ha

En relación a la interpretación judicial. Esta es realizada por el juez, quien realiza el proceso interpretativo aplicando los criterios señalados al inicio de este capítulo. La interpretación judicial se plasma principalmente en la sentencia, aun cuando es perfectamente procedente que la actividad interpretativa se realice desde la primera resolución que se dicte en el juicio del trabajo, como ocurriría por ejemplo si el juez debe declarar o no la caducidad de una acción propuesta en una demanda, dando cumplimiento al artículo 447 inciso segundo del C.T. La interpretación judicial no vincula al juez para interpretar de la misma forma como lo hizo en un caso anterior por aplicación del principio contenido en el artículo 3° del C.C., en cuanto éste dispone que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” conocido como el efecto relativo de las sentencias judiciales, salvo el caso de algunas sentencias que producen un efecto absoluto y vinculante como ocurre con aquella que declara que un hijo tiene la condición de tal respecto de un cierto padre. Sin embargo, lo normal será que el juez mantenga su tesis interpretativa, salvo la natural influencia que ejerce la doctrina y jurisprudencia.

Destacadamente, el derecho del trabajo nacional otorga gran valor al precedente judicial, lo que se ve confirmado de manera reciente por la introducción del llamado recurso de unificación de jurisprudencia, regulado en los artículos 483 y siguientes del C.T. Este recurso procede “cuando

pagado las cotizaciones morosas , con las formalidades indicadas en el inciso sexto de dicha disposición legal, sin perjuicio del plazo de prescripción señalado en el inciso tercero del artículo 480 del mismo Código (actualmente el precepto corresponde al 510 del C.T.), el que sólo se considerará para los efectos de la interposición de la demanda” . Como se puede concluir, hoy por hoy, la sanción de la ineficacia del despido por no pago de cotizaciones previsionales, no tiene límite y debe aplicarse por la judicatura laboral sin restricciones.

respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales Superiores de Justicia". Lo anterior no significa que los problemas de interpretación del derecho del trabajo son todos conocidos por el Máximo Tribunal, por cuanto los Juzgados del Trabajo y las Cortes de Apelaciones en forma permanente realizan dicha actividad jurisdiccional; pero destacamos la función uniformadora de la interpretación laboral que el nuevo juicio oral del trabajo entrega a la Corte Suprema.²⁶⁰

²⁶⁰ A modo ejemplar es útil citar algunas sentencias que se pronuncian sobre materias controvertidas, que han sido objetos de distintas posiciones interpretativas, a) Sentencia de Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, dictada el 16 de junio de 2011, Rol 10120-2010, en que se resuelve si es aplicable la sanción de la nulidad del despido en los casos en que la relación laboral se establece en la sentencia respectiva. El máximo tribunal señaló "que ha sido la sentencia definitiva la que en mérito de la prueba rendida en el proceso, tuvo por establecido que la vinculación habida entre las partes que de naturaleza laboral. En consecuencia no es posible concluir que el demandado incumpliera la obligación prevista en el inciso quinto del artículo 162 del C.T. y, consecuentemente aplicarle la sanción del inciso séptimo de la misma norma legal, porque no ha efectuado retención de suma alguna por este concepto, sin perjuicio que deba enterar las cotizaciones previsionales por todo el período que duró el vínculo contractual". b) Sentencia de Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, dictada el 14 de julio de 2009, Rol N° 2886-2009, en que la Corte se pronuncia si es o no aplicable a los contratos de trabajo suscritos en el marco de una prestación de servicios de agenciamiento de naves, (vínculo civil entre el empleador y un tercero), la causal de terminación del contrato contemplado en el artículo 159 N° 5 del C. T. esto es, la conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato. El máximo tribunal, al respecto dictaminó "la tendencia en nuestra legislación laboral es la estabilidad en el empleo, la que se traduce, entre otras manifestaciones en la regulación de contratos de trabajo de naturaleza indefinida, convención ingénita a dicho sistema de estabilidad y que presupone la permanencia en la vinculación a celebrarse entre empleador y trabajador, excluyendo naturalmente la temporalidad en la prestación de los servicios. Tales contratos, en su finalización, deben circunscribirse a las causales preestablecida por el legislador, las cuales recogen, en general, situaciones excepcionales y que deben acreditarse fehacientemente por quien las invoca, incluso tratándose de las necesidades de la empresa, establecidas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Indudablemente, la interpretación armónica consecucional es la improcedencia de la causal prevista en el artículo 159 N° 5 del Código del

Se concluye de esta manera la improcedencia de calificar como contratación temporal una de naturaleza indefinida.

3.8.- La actividad interpretativa de la Administración.

La interpretación administrativa se contiene en las resoluciones y dictámenes de algunos Órganos de la Administración del Estado que poseen facultades interpretativas en materia laboral, entre las cuales se debe citar destacadamente la Dirección del Trabajo, a través de los llamados "Dictámenes"²⁶¹. Si bien la interpretación administrativa es ejercida por otras instituciones como la Contraloría General de la República o la Superintendencia de Seguridad Social, o incluso el Servicio de Salud en cuanto actúa en el ámbito de la higiene y seguridad en el trabajo; es la Dirección del Trabajo, sin duda alguna, la que realiza la más prolífica y trascendente tarea interpretativa administrativa laboral.

Trabajo, en relación con los contratos de naturaleza indefinida, por cuanto la esencia de éstos excluye el elemento temporal en la prestación de los servicios como antecedente a considerar para su legítima y válida terminación, el empleador asume el denominado "riesgo de la empresa", es decir, el empresario, al crear una organización de medios personales, materiales o inmateriales, con finalidades de diversa índole, genera también ciertas contingencias, de las cuales resulta responsable en determinadas condiciones, en consecuencia, en caso de término de la relación laboral, son de su cargo las indemnizaciones pertinentes cuando ellas correspondan".

²⁶¹"El Dictamen es un acto administrativo de efecto general... y estos son aquellos cuyos efectos involucran un número amplio e indeterminado de personas...Pero el contenido del Dictamen es normativo pues fija el sentido y alcance de las leyes del trabajo. Desde este ángulo hemos de ver en el Dictamen una fuente de derecho, de origen estatal, en tanto emana de un organismo que integra la administración del estado, de gran importancia frente a un derecho en permanente cambio y mutación en donde los principios doctrinales y los emanados de esta jurisprudencia administrativa lo enriquecen". Novoa Fuenzalida, Patricio: "La fiscalización administrativa de la legislación laboral y la Dirección del Trabajo", en "Estudios en homenaje al profesor William Thayer", Publicación de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, año 1998, pp. 197-198.

La interpretación administrativa que corresponde a la Dirección del Trabajo tiene sus fundamentos en el artículo 505 del C.T. y los artículos 1 y 5 del D.F.L. N° 2 de 1967, y ella presenta como característica, el que es vinculante para la Dirección; no obliga a los tribunales y tiene un carácter científico, en cuanto la interpretación se mantiene mientras no se advierte en un nuevo dictamen que la interpretación sostenida se sustituye por la contenida en un nuevo Dictamen. La actividad interpretativa goza de gran prestigio en la doctrina y jurisprudencia judicial, y normalmente se emiten muy cercanamente a la publicación de leyes laborales.²⁶² La

²⁶² A modo ejemplar, se pueden citar dos dictámenes sobre problemas interpretativos de la ley laboral: a) Dictamen contenido en Ordinario N° 1133/36 de 2005, sobre el sentido y alcance de la ley 20.005, dictado con fecha 21 de marzo de 2006. Este dictamen se pronuncia casi inmediatamente después de publicada la ley y se refiere al entendimiento de diversas normas que modificó o introdujo la ley 20005 de 18 de marzo de 2006 en el C. T. Así, la interpretación administrativa señala que “ la represión del acoso sexual tiene su fundamento en el respeto y promoción de los derechos fundamentales de la persona afectada en el trabajo”, más adelante precisa que “el acoso sexual corresponde en lo fundamental a una conducta ilícita que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador afectado tales como la integridad física y psíquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y la libertad sexual, todos derechos derivados de la dignidad de la persona, cuestión, por lo demás, expresamente protegido en la nueva redacción del artículo 2 del C.T. al señalar que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad humana”; b) Dictamen contenido en el Ordinario N° 2763/049 de 08 de julio de 2011, que fija el sentido y alcance del inciso 3° del artículo 4° del Código del Trabajo agregado por el artículo único de la ley 20510. Este dictamen resuelve el problema que sugiere la dictación de la Ley 20.510 de 28 de abril de 2011, cuyo artículo único agregó un nuevo inciso final al artículo 4° del C.T., en relación a la continuidad de la relación laboral de los dependientes de notarías, archiveros o conservadores, ante el cambio del dominio, posesión o mera tenencia del respectivo oficio. Por lo anterior la Dirección estimó necesario fijar el sentido y alcance de la norma legal actualmente vigente. El pronunciamiento administrativo agrega, “en síntesis, que el nuevo dueño debe, en virtud del mandato contenido en las disposiciones anteriormente citadas, no tan sólo mantener las relaciones laborales existentes con el antiguo dueño y las condiciones de trabajo y de remuneraciones con él convenidas, sino también asumir el pago de las diversas prestaciones que aquél hubiere quedado adeudando a los dependientes por cualquier concepto. La conclusión anteriormente enunciada, debe entenderse sin perjuicio de a facultad

interpretación administrativa emanada de la Dirección del Trabajo posee dos características cuya ausencia es notable en su homóloga judicial, esto es, que la doctrina que se consagra no cambia hasta que el propio intérprete fundamenta el cambio de opinión, y en segundo lugar, el carácter vinculante para el propio órgano que la realiza. De esta forma se asegura su carácter científico. Se debe puntualizar que ella no obliga a los particulares, pero si el Dictamen es requerido por algún particular, bien pudiere esgrimirse en su contra el acto propio, en cuanto el contenido del Dictamen no le fuere favorable.

3.10.- A modo conclusivo, y dada la dispersión metodológica respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, y particularmente en el caso de los derechos de doble regulación, no mediados por el legislador, se hace aconsejable, que el proceso intelectual del intérprete, en virtud del cual le asigna un significado al texto que analiza, tenga en cuenta los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional Chileno, destacándose el método finalista, lo que no implica descartar totalmente el originalismo, por cuanto su gran falencia, sin duda alguna, está vinculada al origen no democrático de la Constitución de 1980.

que asiste al nuevo titular, en conformidad a las normas del derecho común, de ejercer las acciones judiciales que correspondan en contra del empleador anterior para los efectos de obtener el reembolso de lo que haya debido pagar”.

V.- La interpretación de los derechos de doble regulación, constitucional y legal.

1.- La colisión de métodos.

Habiendo descrito las consecuencias más relevantes de la doble regulación de los derechos fundamentales tanto en la Constitución como en la ley, en este caso, en el C.T., el análisis se centrará ahora a proponer un esquema teórico que permita abordar los problemas interpretativos que necesariamente surgen al converger la norma constitucional y legal, incluyendo en la primera, tanto la dignidad, el catálogo de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 de la C.P. aunque reducidos a los casos mencionados en el capítulo III de este trabajo, como también los derechos provenientes del bloque de constitucionalidad. En todo caso debe precisarse y como ya se dijo en el capítulo precedente, que los derechos fundamentales admiten una metodología interpretativa según sea si provienen de los derechos constitucionales positivizados en la Constitución o si provienen de tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La importancia de este análisis se puede validar con el Derecho Fundamental a la Libertad Sindical²⁶³, recepcionado en el artículo 19 N° 19 y 16 de la C.P. (esto es entendiéndole en una forma orgánica y funcional,

²⁶³La doctrina laboral no es concordante en calificar la Libertad Sindical como derecho humano, o derecho económico social, lo cual puede influir en su grado de realización en cada comunidad nacional. En relación a este punto se ha sostenido" Se arguye que los derechos económicos y sociales adolecen de inespecificidad jurídica. Al demandar la acción interventora del Estado y no sólo la abstención para respetar la libertad individual que constituye una prestación específica, verificable y sancionable, los derechos económicos y sociales serían en extremo genéricos, universales y por ende, jurídicamente inespecíficos, sin acción concreta para exigir su cumplimiento ni contraparte determinada obligada a ello". López, Diego: "El derecho del trabajo: su crítica y su revitalización." en "Derechos Fundamentales. Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida", Ob. Cit., p. 149.

abarcando la constitución del sindicato, la negociación colectiva y la huelga), derecho que bien puede ser calificado como derecho humano, por lo que si se invoca la norma internacional proveniente de los convenios 87 y 98 de la O.I.T. sobre libertad sindical y negociación colectiva²⁶⁴ , nos encontraremos que en nuestro país, la interpretación de dichas normas debe referirse al denominado bloque de constitucionalidad y no a la interpretación estrictamente constitucional del artículo 19 N° 19 y 16 de la C.P. Así, parece evidente que es necesario abordar estos problemas²⁶⁵.

Otro aspecto que influirá, además de los dichos en los capítulos precedentes de este trabajo, es que las proposiciones que se harán están centrados en los casos de derechos fundamentales laborales que se denominan in-específicos, los cuales son replicados en el C.T., (debemos precisar que no todos, como ocurre con el derecho a la vida e integridad física y psíquica, y la igualdad ante la ley en la perspectiva laboral)) sin que exista mediación legal que desarrolle el contenido de dichos derechos, fijando algunas condiciones de aplicación de los mismos²⁶⁶.

²⁶⁴ El Convenio N° 87 de la OIT. año 1948, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación fue incorporado el 01 de febrero de 1999. A su vez, el Convenio N° 98 de la OIT, año 1949, sobre libertad sindical y negociación colectiva, fue incorporado a nuestra legislación interna el 01 de febrero de 1999.

²⁶⁵ La doctrina en general está de acuerdo en que una de las formas en manifestarse el particularismo del derecho laboral se da precisamente en materia de fuentes...Dando una particular significación a esa circunstancia, se suele hacer una clasificación de las fuentes del derecho del trabajo, distinguiendo las generales o comunes con otras disciplinas jurídicas y las peculiares o específicas...En ese entendido, lo más apropiado parece ser atender a la jerarquía de las normas y habida cuenta del mayor peso específico de los principios y disposiciones constitucionales, distinguirlos de las demás fuentes, para luego tratar de éstas y examinar globalmente el problema de la interpretación". Barbagelata, Héctor-Hugo, "Derecho del trabajo", ob. Cit., p. 132.

²⁶⁶ La decisión del legislador laboral chileno de mencionar disposiciones constitucionales en el C.T, sin desarrollar su contenido normativo genera el

Es cierto que el problema de colisión del método interpretativo (dado los diferentes criterios que sustentan cada una) no surge solo del caso anterior, sino también se puede dar respecto de los derechos fundamentales específicos (libertad de trabajo, libertad sindical, prohibición de discriminación laboral) , o incluso los que provienen de bloque de constitucionalidad, pero en cuanto ellos son mediados por el legislador laboral, el interés en la determinación del método interpretativo pierde trascendencia, sin perjuicio de la importancia de la cuestión dada la vinculación directa de los derechos fundamentales y la explicada eficacia horizontal de los mismos²⁶⁷.

De esta forma la clasificación de derechos fundamentales laborales formulada por Palomeque²⁶⁸ que lo distingue entre específicos e inespecíficos resulta de gran importancia, por cuanto en los de carácter específicos, la mediación legal permitirá que su entendimiento se fije primero por el método interpretativo contenido en la ley (dada la mediación legal del derecho constitucional), caso en el cual las reglas sobre el elemento gramatical, histórico, lógico y sistemático deberán ser usadas de consuno, toda vez que hoy es insostenible postular una

problema de estimarlo una regla o un principio constitucional, lo que obligará al juez a realizar las precisiones necesarias para aplicarlas en un caso concreto.

²⁶⁷La eficacia horizontal ha sido varias veces aludida en este trabajo. En Chile, Gamonal, señala " Durante el transcurso del siglo XX esta eficacia vertical fue complementada con una eficacia horizontal que implica, en principio, la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales entre particulares. Así se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia constitucional chilenas en base al principio de vinculación directa que consagra expresamente la Constitución ", Sergio Gamonal Contreras, "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos", Ob. Cit., p. 20.

²⁶⁸Palomeque, Manuel - Alvarez De La Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo", ob. Cit., p. 118 y siguientes.

prevalencia del método gramatical, por mucho que las sentencias laborales parecieran mantener una cierta prevalencia de dicho elemento²⁶⁹.

Al continuar con este proceso, el operador deberá incluir especialmente la regla "in dubio pro-operario"²⁷⁰ toda vez que el sentido de la ley laboral debe aprehenderse en coherencia con ese principio, el cual goza de una gran aceptación doctrinaria²⁷¹ en sede laboral. En todo caso la función interpretativa que se le atribuye a los principios, no excluye los otros del ordenamiento jurídico laboral (protector, irrenunciabilidad de los derechos, continuidad, primacía de la realidad, buena fe y razonabilidad, por nombrar los que gozan de más aceptación), pero destacadamente el pro-operario ha sido utilizado en forma prevalente.

A modo conclusivo el proceso interpretativo de cláusulas laborales no puede descartar la regla pro-operario, dado que ella materializa todo el estatuto protector y de orden público del derecho del trabajo²⁷².

²⁶⁹Por ejemplo, en Sentencia de Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol N° 8609-2011, se sostuvo lo siguiente "Además hay otras dos razones que fortalecen la conclusión anterior, la historia fidedigna del establecimiento de la norma y el principio pro-operario... junto a otros derechos fundamentales, carácter normado del que deriva el criterio pro-operario conforme al cual ha de rechazarse la interpretación inicua, en la especie, que del despido en la época prohibida sin invocar causal legal durante la época prohibida no derive la consecuencia de la indemnización especial del artículo 87 del Estatuto Docente".

²⁷⁰Sarthou, Helios: "Trabajo, Derecho y Sociedad", Ob. Cit., p. 129, y Plá Rodríguez: "Los Principios del Derecho del Trabajo", Ob. Cit., p. 85 y sgtes.

²⁷¹Ibidem.

²⁷²Para Guzmán, el derecho del trabajo se define "como el conjunto de preceptos de orden público regulador de las relaciones jurídicas que tienen por causa el trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, con el objeto de garantizar a quién lo ejecuta su pleno desarrollo como persona humana, y a la comunidad la efectiva integración del individuo en el cuerpo social y la regularización de los conflictos entre los sujetos de esas relaciones". Guzmán, Rafael: "Nueva didáctica del derecho del trabajo", Melvin 12 edición, Caracas, año 2001, p. 9 y sgtes.

Una vez desentrañado el sentido de la regla laboral, se hace necesario someterla al test de constitucionalidad de la solución obtenida. Este test se puede realizar en dos niveles; " a nivel de intérprete operativo de la constitución (órgano de control de constitucionalidad), y a nivel del interprete operativo de la ley (órgano jurisdiccional, órgano administrativo)"²⁷³. Se trata de la denominada "interpretación conforme"²⁷⁴ la que naturalmente no está exenta de crítica, pero por ahora goza de buena salud en el derecho nacional. De acuerdo a esta técnica, y dada la eficacia normativa de la Carta Fundamental, el intérprete legal debe cuidar que su resultado no contraríe las disposiciones del derecho fundamental, evitando las contradicciones, y en coherencia o armonía con el estatuto constitucional. Guastini²⁷⁵ señala que "frente a un texto legislativo que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales está en conflicto con un principio constitucional mientras que la otra no, el juez constitucional elige comúnmente esta segunda interpretación descartando la primera y el principio constitucional en cuestión se esgrime, precisamente, como argumento para justificar la interpretación previamente elegida". En la misma línea, el exministro del Tribunal Constitucional de nuestro país, Viera-Gallo indica que " La Constitución es un todo constituido por un entramado de reglas y principios: cada disposición constitucional adquiere su verdadero sentido en relación con la Constitución como un todo. La finalidad de la Carta Fundamental debe estar referida a un texto objetivo cuyo significado evoluciona con el

²⁷³En el caso Chileno, ello correspondería al T.C, órgano especial de control de constitucionalidad. Los tribunales ordinarios al efectuar el control "difuso" y, la Dirección del Trabajo al emitir un Dictamen para determinar el sentido de alguna norma laboral.

²⁷⁴Viera Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales". Ob. Cit., p.119.

²⁷⁵Guastini, Riccardo: "Teoría e ideología de la interpretación constitucional", año 2008. ob. Cit., p. 189.

desarrollo de la sociedad y su cultura. Por su parte, la norma legal pretende reglar un conjunto de relaciones sociales en coherencia con la Constitución a lo largo del tiempo. La ley siempre tiene un propósito que debe ser concordante con el sentido del texto constitucional²⁷⁶

En esta óptica, SILVA IRARRAZABAL,²⁷⁷ comentando un caso resuelto por las justicia norteamericana, señala que “ Marshall postula que la interpretación conforme a la Constitución es la adecuada expresión de la supremacía constitucional en la protección judicial de los derechos fundamentales. El efecto horizontal de los derechos fundamentales significa que la Constitución sirve como criterio vinculante de interpretación del derecho aplicable”.

Si la interpretación del texto legal laboral, mediador de la disposición constitucional resulta “conforme” al estatuto fundamental, ello ratificaría que el proceso interpretativo se ha efectuado correctamente. Pero puede ocurrir que el resultado sea al revés, esto es, que la interpretación lleva a la conclusión que la regla de rango legal esta en contradicción con la norma jusfundamental. Esta cuestión ha sido arduamente debatida en la doctrina y aparentemente las posibilidades se mueven en que el juez del trabajo prescinda de aplicar el texto legal, resolviendo la controversia con la aplicación directa del mandato constitucional, o bien deba obtenerse un pronunciamiento previo del tribunal constitucional respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma legal. Sobre este punto se efectuaron los comentarios pertinentes

²⁷⁶ Viera-Gallo Quesney, José: “Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable”. Ob. Cit., p. 14.

²⁷⁷ Silva Irarrázabal, Luis: “Supremacía constitucional y tutela laboral”. Revista de Derecho. Valdivia, Vol. XXIV. Nº 1. Julio 2011, p. 31 y sgtes.

sobre el control difuso o concentrado de constitucionalidad²⁷⁸. Una solución que compartimos se indica por Aldunate²⁷⁹ al expresar “lo que entrega la Constitución al tribunal constitucional es la facultad de declarar inaplicable un precepto legal a un caso, por ser inconstitucional su aplicación. Por lo tanto, esta facultad apunta a descargar, al órgano de la instancia, del problema de la antinomia. Dicho de otra forma, el recurso de inaplicabilidad implica la posibilidad de un pronunciamiento anticipado que sustrae de las facultades del órgano jurisdiccional la consideración del precepto legal que ha sido declarado inconstitucional. No es por tanto, una forma de resolver la antinomia en la instancia, sino de impedirla. Por lo tanto, no puede entenderse que el recurso de inaplicabilidad prive el órgano jurisdiccional de una facultad ajena a éste (o a la jurisdicción como atributo, habría que decir con mayor propiedad), cual es la de pronunciarse sobre la antinomia cuando ella se produce. Menos aún puede estimarse que la consagración del recurso de inaplicabilidad dispense al juez de la instancia de su deber de cumplir cabalmente con el artículo 6° y dar primacía a la Constitución por sobre las normas que la contravenga. Si, al hacerlo, el juez aplica mal el derecho, queda abierto el camino de recursos ordinarios y extraordinarios, incluyendo casación de su criterio jurídico al resolver la antinomia entre Constitución y ley. Por lo demás nuestro ordenamiento jurídico ya acoge procedimientos destinados a hacer valer, en sede distinta al Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales cuando han sido lesionados por una sentencia judicial (recurso de nulidad en el proceso penal)”.

²⁷⁸ En nuestro país, el control de constitucionalidad de los textos legales puede resultar de la actividad del Tribunal Constitucional (control concentrado) o también de la actividad de la judicatura común y especial en virtud de los principios de la vinculación directa y eficacia horizontal de los derechos fundamentales (control difuso).

²⁷⁹Aldunate, Eduardo: “Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., pp. 203-204.

De esta manera, se ha expuesto una solución posible respecto del problema de elección del método interpretativo de derechos de doble regulación, constitucional y legal, pero circunscrito al caso de los derechos fundamentales laborales específicos, o aquellos in-específicos que se encuentran mediados por la ley laboral, como ocurre con el derecho a la vida e integridad física y síquica, que se encuentra desarrollado en el CT., a través de la obligación de seguridad que forma parte del contenido del contrato de trabajo. Igualmente ocurre con la prohibición de discriminación, que abordada desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, se trataría de un derecho fundamental in-específico, pero si nos centramos en la prohibición de discriminación laboral contemplada en el artículo 19 N° 16 de la Carta Política, ella constituiría un derecho fundamental específico, pero en todo caso hay que enfatizar que en ambos casos, el derecho fundamental ésta claramente mediado por el estatuto legal, e incluso es una de las materias que más fuertemente se han desarrollado en la legislación laboral los últimos años.²⁸⁰

2.- La interpretación de los derechos fundamentales inespecíficos.

Analizado el caso de los derechos fundamentales específicos, corresponde analizar el método interpretativo que habrá de seguirse en el caso de los derechos fundamentales inespecíficos, y especialmente aquellos que si bien se replican casi en los mismos términos que se describen en la Carta Fundamental, ellos no son mediados por la ley, como ocurre con los mencionados derechos de libertad de trabajo, libertad sindical y prohibición de discriminación laboral.

²⁸⁰A partir de los criterios de discriminación que menciona el artículo 2 del C.T, se han ido incorporando varias reformas que han reforzado la prohibición de discriminación laboral, entre las que se pueden citar la prohibición de acoso sexual (artículo 2 del C.T) el acoso laboral (artículo 2 del C.T.) y la prohibición de discriminación salarial entre varones y mujeres(artículo 62 bis, del C.T.).

Sobre este punto debe efectuarse una advertencia, por cuanto en el caso de los derechos constitucionales susceptibles de tutela por el procedimiento contenido en los artículos 485 y siguientes del C.T., se constata una concurrencia de derechos fundamentales laborales específicos como inespecíficos, e incluso derechos de rango legal, como ocurre con la garantía de indemnidad, las prácticas antisindicales, las prácticas desleales en la negociación colectiva²⁸¹ y los dos casos de prohibición de discriminación que corresponden a la mediación de los derechos constitucionales contemplados en el artículo 19 N° 2 y 19 N° 16 de la C.P.²⁸²

En otras palabras concurren diversos derechos tanto de naturaleza constitucional como de rango legal. En este escenario se advierte entonces, que el método interpretativo que se propone ahora, es el que corresponde a los derechos fundamentales inespecíficos, y que no se encuentran mediados por el C.T. En esta situación se encuentra la vida privada, intimidad y honra, la inviolabilidad de toda comunicación privada, la libertad de conciencia y la libertad de expresión (se excluye el derecho a la vida e integridad física y psíquica y la igualdad ante la ley, que si bien son derechos fundamentales in-específicos, ellos se encuentran mediados

²⁸¹Los derechos de rango legal admiten la solución de subsumir, dada las condiciones de aplicación que ostentan las reglas que lo consagran, aunque es preciso reconocer la estrecha conexión entre la garantía de indemnidad con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, el caso de las prácticas antisindicales y desleales, con el derecho a la libertad sindical.

²⁸²El procedimiento de tutela laboral contemplado en el tantas veces citado artículo 485 y siguientes del C.T. es admitido para conocer restringidamente los casos de: a) Actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del C.T., con excepción de las distinciones o preferencias que se produzcan en las ofertas de empleo o procesos de selección de personal, y b) El caso del despido discriminatorio calificado como grave por resolución fundada del juez del trabajo.

largamente en el C.T., como en el cual se deberá comenzar con el método interpretativo legal, luego hacer el control de constitucionalidad).

Para acertar en la determinación del contenido del derecho fundamental, no cabe duda que el método a emplear es el que proporciona el derecho constitucional, y en especial el método interpretativo constitucional. Esta primera fase excluye las reglas de la interpretación de la ley, por cuanto al ser replicado el derecho constitucional, los términos empleados corresponden casi exactamente a los que utilizan las normas jusfundamentales.

Así por ejemplo, si existe una cierta oscuridad respecto del contenido del derecho a la vida privada o intimidad, y un trabajador estima lesionado dicho derecho por la acción del empleador dentro del contexto de la relación laboral, la interpretación constitucional se impone sin contrapeso, por cuanto, si bien el artículo 5 del C.T. alude a este derecho en la siguiente fórmula "la intimidad, la vida privada o la honra de estos", como se aprecia, replica casi en los mismos términos la regla constitucional y en esta situación no cabe duda que no hay mediación, y por ende predomina el entendimiento constitucional del derecho, más aún si nos encontramos ante un procedimiento de "tutela laboral"²⁸³. Luego, no hay posibilidad de sugerir una primera etapa de interpretación legal. A modo conclusivo, en la hipótesis en análisis se produce una alteración en el método interpretativo y ello justifica estas reflexiones.

²⁸³El procedimiento de tutela viene a constituir el subsidio procesal para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva al trabajador que ha sido vulnerado en sus derechos constitucionales. Ello explica la incompatibilidad con la acción de protección, si es que ésta se inició antes, según lo resuelve expresamente el artículo 485 inciso final del C.T. Sobre este punto ver: Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro, "Conflicto de derechos constitucionales...". Ob. Cit., p. 188 y sgtes.

Adicionalmente, en este caso, no se divisa posibilidad alguna de admitir la función interpretativa de la regla "in-dubio pro-operario", o de algún otro principio propio del derecho del trabajo (como la irrenunciabilidad de los derechos o la primacía de la realidad). Ello porque los derechos fundamentales laborales inespecíficos corresponden al trabajador en cuanto ciudadano, caso en el cual la calidad de trabajador no tiene trascendencia alguna, dado el trato igualitario que se postula a todas las personas en cuanto destinatarios de la protección constitucional²⁸⁴.

Esta particularidad ocasionará un efecto inquietante en la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales laborales inespecíficos, en cuanto será el juez del trabajo, quien hará esa función, recordando que normalmente esta actividad, por su importancia en la vida social de un país, normalmente queda radicada en los tribunales superiores de justicia, en este caso las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En suma, se originará una jurisprudencia constitucional emanada de un tribunal que ocupa la jerarquía más baja en la pirámide típica del Poder Judicial. Así, la facultad entregada al juez del trabajo ha consagrado un control difuso de constitucionalidad lo que se ve agravado por el carácter de única instancia que reviste el procedimiento del trabajo, y por ende, esta conclusión se extiende al juicio de tutela laboral tantas veces mencionado. Particularmente influye en esta realidad jurisprudencial, la circunstancia que el control de la sentencia en única

²⁸⁴ Sobre este punto Sagardoy señala: "Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos". Sagardoy Bengoechea, José: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo", ob. Cit., p.13.

instancia está dado por la competencia que entrega el recurso de nulidad laboral contemplado en los artículos 477 y siguientes del C.T.²⁸⁵ . Este recurso descansa sobre causales, de agravios muy precisos, constitutivos de vicios tanto en la tramitación como en la sentencia, lo que dificulta y restringe el control de la Corte respectiva respecto del fondo de la cuestión resuelta por el juez del trabajo. Este diseño de control de lo resuelto por un juez de grado inferior, puede ser morigerado por la causal de nulidad contemplada en el artículo 477 inciso primero del C.T., esto es, la posibilidad de impugnar la sentencia, o el procedimiento, sea total o parcial, por infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales²⁸⁶. Al respecto existen numerosos pronunciamientos respecto de esta causal²⁸⁷ y especialmente en relación a la vulneración del derecho constitucional de un proceso racional y justo²⁸⁸, como se puede

²⁸⁵La jurisprudencia emanada de las Corte de Apelaciones del país respecto del ámbito de control de la sentencia del juez del trabajo es notablemente restringida, y para ello se acude al argumento de que el recurso de nulidad es derecho estricto. Así se puede apreciar en sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, de 30/ septiembre / 2013, en la se señala” el recurso de nulidad es un medio de impugnación de carácter extraordinario y de derecho estricto, que debe ajustarse cabalmente a la normativa que lo regula, por lo que su procedencia está limitada, en primer término, por la naturaleza de las resoluciones impugnables; en segundo lugar, por las causales expresamente establecidas en la ley; y, finalmente, por las formalidades que debe cumplir el escrito respectivo”. Esta postura no es correcta y los argumentos se pueden ver en el capítulo, *El recurso de nulidad y la errada calificación como un recurso de derecho estricto*, de Mella, Patricio - Domínguez, Álvaro: “El recurso de nulidad laboral”. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°229-230, año 2011, p. 121 y sgtes.

²⁸⁶ El proceso laboral chileno contempla la hipótesis de infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales, como causal de nulidad de la sentencia dictada por el juez del trabajo, y esta infracción se puede producir durante el curso del juicio o en la sentencia misma.

²⁸⁷ A vía ejemplar se puede citar sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de julio de 2008, Rol N° 4-2008, en que se acoge la causal, y sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 17 de junio de 2011, Rol N° 113-2011, en que se rechaza la causal de infracción sustancial de garantías constitucionales.

²⁸⁸ En este punto, la Corte Suprema ha acogido recursos de queja respecto de inadmisibilidad de recursos fundado en un rigor formal incompatible con la tutela

apreciar en varias sentencias de máximo tribunal, al conocer de procesos del trabajo. Si bien, en estos últimos casos, el derecho constitucional se refiere a la tutela judicial, algunos autores también lo mencionan como derecho fundamental inespecífico del trabajador²⁸⁹.

3.- La acción de la jurisprudencia.

Una materia estrechamente, vinculada a las reflexiones anteriores, está constituida por la práctica judicial de los jueces laborales en cuanto, al relacionarse con casos de vulneración de derechos fundamentales laborales inespecíficos (particularmente los que se incluyen en el artículo 485 del C.T., esto es, derecho a la vida, la integridad física y psíquica, vida privada y honra del trabajador, la inviolabilidad de toda comunicación privada, libertad de conciencia y libertad de expresión) proceden a determinar primeramente si existen reglas aplicables al caso.²⁹⁰ En la hipótesis de los derechos antes mencionados, al parecer la aplicación de reglas solo sería posible en el caso que se invoque como derecho constitucional vulnerado, la vida e integridad psíquica y física, por cuanto

judicial. Así, en sentencia de 10 de octubre de 2010, Rol N° 6985-2010, se sostuvo “es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso 5° del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador, la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en que, a lo menos, lo conforman el derecho a ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido”.

²⁸⁹Sagardoy Bengoechea, Juan: “Los derechos fundamentales en el trabajo”. Ob. Cit., p.16.

²⁹⁰En la sentencia dictada por el Juez del Trabajo de Copiapó, de 15 de septiembre de 2008, RIT N° T-1-2008, conocida como el caso “ Cronos ”, el juez señala “ Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por la vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma.”

dicho derecho fundamental está claramente mediado por un numeroso elenco de reglas en el C.T., y también en la ley 16.744 sobre accidentes del trabajo²⁹¹. Luego, si el juez concluye que no existen reglas, pasa a resolver la controversia aplicando la “ponderación”²⁹², estimando que existe una antinomia de derechos fundamentales, los cuales importan en esta caso, principios o valores, siguiendo de esta forma las posturas de Alexi y Dworkin, antes descritas²⁹³. Esta postura se ve facilitada por las expresiones utilizadas por el artículo 485 del C.T., en cuanto su tenor literal emplea las expresiones “justificación suficiente”, “arbitrariedad” y “proporcionalidad” lo que implicaría la consagración positiva del método de ponderación y además vinculante para el juez laboral, quien no podría eludir el incumplimiento de dicho método, so pena de incurrir en una infracción legal manifiesta o ajustar ese reproche a la causal de nulidad de la sentencia por infracción sustancial de derechos constitucionales antes mencionada. En esta misma línea argumental debe puntualizarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral, según lo expresan Mella y Domínguez²⁹⁴, han acogido como correcto el proceso antes descrito, según

²⁹¹D.O. 7 de junio de 1968. Esta ley contiene un sistema de seguro social en el empleo que busca entregar una cobertura médica, hospitalaria y rehabilitadora a los trabajadores que sufran un accidente del trabajo, entendiéndose por tal “ toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte”. De esta forma su conexión con la integridad física y psíquica del trabajador es ostensible.

²⁹²“La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios de un mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutivas puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Prieto Sanchiz, Luis: “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Miguel Carbonell (Editor), Quito-Ecuador, año 2008, p. 99 y sgtes.

²⁹³ Ver citas en este trabajo a las obras de Alexi y Dworkin, N° 198, 200, 202 y 208.

²⁹⁴Mella, Patricio- Domínguez, Álvaro: “Conflicto de derechos constitucionales...”. Ob. Cit., p.194.

se aprecia al examinar el estado actual de esta materia. En todo caso y a modo de advertencia, existe una fundada crítica respecto de la aplicación de la ponderación en relación al conflicto de derechos institucionales de competencia del juez del trabajo, así, Ferrada y Walter²⁹⁵ señalan que “En concreto la tesis que se sostiene aquí es que el nuevo procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador, pero al contrario de lo afirmado por la doctrina mayoritaria nacional, no por oposición de los derechos fundamentales de ambos, sino como controversia específica entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido la controversia no se resolvería por la ponderación entre dos derechos fundamentales, sino como un análisis más complejo de las reglas específicas que regulan estas facultades y derechos en nuestro ordenamiento jurídico”. En sentido similar Silva Irarrázabal²⁹⁶ agrega que en los casos de tutela laboral, el juez debe acreditar dos cosas, la ilegalidad de la actuación del empleador, y por otra, la lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Para la prueba del primer aspecto, el juez del trabajo debe necesariamente acudir a la ley, en cambio para la segunda condición, la jurisprudencia demuestra que normalmente la lesión de un derecho fundamental se corresponde con la infracción de un deber legal por parte del empleador. Para este autor no se recogería la ponderación en la regla del artículo 485 del C.T., al referirse a la insuficiente justificación, la arbitrariedad o disposiciones y la afectación al contenido esencial, ya que estas hipótesis solo serían la tipificación del ilícito laboral y ello será o no el resultado del análisis de la

²⁹⁵ Ferrada Borquez, Juan -Walter Díaz, Rodolfo: “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV. N° 2. Diciembre 2011., p.92.

²⁹⁶ Silva Irarrázabal, Luis: “Supremacía constitucional y tutela laboral”. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV. N°1. Julio 2011, p. 31 y sgtes.

conducta del empleador como titular de ciertas facultades que la ley le reconoce, destacadamente en los preceptos 7 y 306 del C.T.

Estas objeciones, lejos de constituir un obstáculo a la proyección y eficacia de los derechos fundamentales del trabajador durante la vigencia y extinción del contrato de trabajo, constituyen un aporte al esclarecimiento de cuestiones trascendentes para la doctrina jusfundamental laboral, y especialmente en lo relacionado con la competencia del juez del trabajo para establecer el contenido de los derechos constitucionales en la controversia entre el capital y al trabajo. En todo caso, y como ya se dijo, en la actualidad domina ampliamente la primera postura, que podemos llamar "laboral", pero lentamente se ha ido abriendo una lectura constitucional a esta temática.

4.- La interpretación de las normas provenientes del bloque de constitucionalidad.

A modo conclusivo de este capítulo, y respecto del problema hermenéutico, es preciso efectuar algunas consideraciones respecto de la interpretación cuando concurren normas sobre derechos fundamentales provenientes del denominado bloque de constitucionalidad, cuyo contenido y efecto vinculante es objeto de gran debate.²⁹⁷ En todo caso y para los efectos de este trabajo, Barbagelata,²⁹⁸ estima que dicho bloque, está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios, es

²⁹⁷ En relación al carácter vinculante del bloque de constitucionalidad, Barbagelata, sostiene que "Las disposiciones y principios de los instrumentos internacionales, sin perder tal condición – y sin dejar de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes para ello -, se incorporan plenamente al ordenamiento nacional y en la mayoría de los casos, se les reconoce superlegalidad, expresamente o como consecuencia de su naturaleza". Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo...". Ob. cit., p.225.

²⁹⁸ Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales". Ob. Cit., p.223.

decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina; lo cual resulta ajustado a lo preceptuado por varios ordenamientos. A lo anterior se debe agregar lo dicho en el capítulo anterior respecto de la normativa internacional sobre derechos humanos²⁹⁹. Por otra parte, es inconcuso que dentro de la normativa internacional que comprende el bloque de constitucionalidad debe incluirse a los principios y convenios que emanan de la actividad de la Organización Internacional del Trabajo³⁰⁰

En este escenario, no cabe duda que algunos derechos fundamentales laborales han constituido una ocupación especial de la OIT, y entre ellos se debe mencionar especialmente aquellos que se ocupan de la libertad sindical y la prohibición de discriminación. Esto es fácilmente comprobable con la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de la OIT del año 1998, la cual incluye dentro de los derechos que deben asegurarse en el ámbito internacional, precisamente los dos anteriores³⁰¹.

²⁹⁹Ver cita N° 242.

³⁰⁰“Los convenios internacionales del trabajo emanados de la Conferencia Internacional del trabajo y debidamente ratificados constituyen la categoría de las normas internacionales del trabajo por excelencia...que si bien, los convenios ratificados operan como leyes, hay que situarlos en un rango superior en la escala jerárquica de las normas, o, más precisamente, que poseen una mayor dureza por relación a las leyes ordinarias de origen interno”. Barbagelata, Héctor Hugo: “Derecho del Trabajo”, Ob. Cit., pp.140-141.

³⁰¹ La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (órgano máximo de la OIT) en Ginebra, el 18 de junio de 1998, y entre sus considerandos se menciona “que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales”, para luego declarar que el catálogo de esos derechos corresponden a : 1.- La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. 2.- La eliminación

Para los efectos de proporcionar alguna orientación respecto de cuales sería el catálogo de estos derechos, de naturaleza laboral, sea que provengan de la OIT o de otra fuente internacional, se sostiene que ellos corresponden en " términos generales y a la luz de los textos constitucionales e internacionales correspondientes, parece posible admitir que poseen este carácter, prácticamente todas las disposiciones de fondo dirigidas a la protección del trabajador y concretamente, además de las constitucionales del respectivo país, las concernientes, de los instrumentos internacionales de que abarcan en su conjunto los derechos humanos "³⁰², entre éstos se pueden citar en nuestro país, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, los cuales contienen cláusulas laborales.³⁰³ Como ya se dijo, dentro de las normas constitutivas del bloque de constitucionalidad se deben incluir las provenientes de los Convenios de la OIT, que en el caso chileno corresponden a los diversos instrumentos ratificados por Chile, dentro de los cuales deben destacarse aquellos que se estiman fundamentales, entre los que se debe citar, de acuerdo a las fechas de su ratificación, los siguientes: Convenio N° 29, sobre el trabajo forzoso; Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la

de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. 3.- La abolición efectiva del trabajo infantil, y finalmente, 4.- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y la ocupación.

³⁰²Barbagelata, "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales". Ob. Cit, p. 236

³⁰³El Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1966, y ratificado el 10 de febrero de 1972, junto con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 10 de agosto de 1990. Para la revisión de las cláusulas laborales en comento recomendamos Nash Rojas, Claudio: "Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno", p. 27 y sgtes. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> (última revisión 09 de octubre de 2013).

protección del derecho a sindicación; Convenio N° 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva; Convenio N° 100, sobre igualdad de remuneración; Convenio N° 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio N° 138, sobre la edad mínima y, Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. La nómina anterior, para el caso de nuestro país, puede ser objeto de alguna crítica. En este aspecto, PláRodríguez propone una lista más o menos amplia, distinguiendo derechos laborales que corresponden a una dimensión individual y otra colectiva, aun cuando refiere que N. Válticos circunscribe las materias internacionales del trabajo a tres categorías de derechos fundamentales; la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación en el empleo y la profesión.³⁰⁴ Al parecer esta indeterminación doctrinaria puede conspirar contra la eficacia de esta normativa en el ámbito interno, pero preciso es puntualizar, que el CT, en el artículo 459 N° 5, ha dado un poderoso impulso a esta fuente en cuanto señala que los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, deben ser parte de las fuentes que puede utilizar el juez del trabajo al conocer de una controversia laboral, y particularmente si se refiere a un caso en que se alega la vulneración de un derecho fundamental.-³⁰⁵

³⁰⁴Plá Rodríguez, Américo. Revista Debate laboral. Roma-San José Costa Rica, año 1990, Montevideo, p.11.

³⁰⁵ Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un presente griego del nuevo juicio oral del trabajo". Revista del Colegio de Abogados, Concepción. N° 15, año 16, enero 2011. ob. cit., p. 34., expresa "ahora el nuevo juicio oral del trabajo impuso como regla ineludible que las sentencias laborales deben contener en relación a las fuentes: los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda(artículo 459 n°5 del C.T)".

La situación antes descrita, lo que obligará al juez del trabajo efectuar las distinciones respecto del método interpretativo a utilizar, permiten concluir que en la hipótesis de un conflicto de derechos fundamentales, emanados del bloque de constitucionalidad – y en particular si se trata de tratados internacionales o Principios y Convenios de la OIT - cuya aplicación es motivo de la controversia, debe necesariamente acudir a criterios interpretativos propios de estas fuentes, entre los cuales se puede citar: El principios de complementariedad o interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, el principio “pro homines” o la primacía de la disposición más favorable a la persona humana, y el principio de progresividad entre otros. En relación al primero se ha dicho que “ En su formulación actual, el criterio de complementariedad se asocia con la idea de interdependencia de las normas sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, para configurar un mandato al intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos- en el caso, los atinentes a los derechos humanos laborales- cualquiera que sea su fuente, como un todo indisoluble.”³⁰⁶ Un tema de interés se relaciona con la obligatoriedad de la aplicación de las reglas interpretativas contenidas en la Convención de Viena. Harris y Campusano,³⁰⁷ expresan que “ todas las normas contenidas en el acápite sobre interpretación de los tratados se han basado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y contienen la esencia de los principios fundamentales que han asumido la categoría de reglas de derecho internacional en esta materia. Estas deben ser aplicadas a los tratados, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, no pudiendo ser consideradas solo textos doctrinarios o guías de conducta”

³⁰⁶Barbagelata, “El particularismo...”. ob. cit., p. 240.

³⁰⁷Harris, Jaime – Campusano, Enrique: “El juez nacional y la interpretación de los tratados internacionales, en “Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 1992., p.260.

Particularmente, en relación a la interpretación de la normativa de la OIT, un autor estima necesario puntualizar que " en otros extremos de la Constitución de la OIT que interesa resaltar, tienen que ver con la idea de que las normas laborales deben ser interpretadas en el contexto de los derechos fundamentales generales"³⁰⁸

Finalmente es útil tener presente que en el caso de derechos fundamentales provenientes del bloque de constitucionalidad, y que estén mediados por el legislador interno, como ocurre en Chile con la libertad sindical, (incluyendo la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga) la prohibición de discriminación laboral y la libertad de trabajo, ello requiere primeramente establecer el contenido de esas normas mediante el uso de la interpretación legal, admitiendo la función interpretativa de los principios de derecho del trabajo, especialmente la regla " in dubio pro-operario ", para luego contrastarla con la normativa que emana del bloque, y que ella no sea contrariada por la interpretación de rango legal, como se dijo en el párrafo 2º de este capítulo.

³⁰⁸Barbagelatta, Héctor Hugo. "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista ". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Año 2009, p. 161.

Bibliografía.

Libros y Revistas.

Aguilar, Gonzalo - Contreras, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 13, N° 1, Talca, 2007.

Alexi, Robert: "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". N° 5, año 1988.

Alexi, Robert: "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alexi, Robert: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional, México, año 2009.

Aldunate, Eduardo: "Derechos Fundamentales". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Álvez Marín, Amaya: "El postnatal parental creado por la ley 20.545: Escrutinio constitucional a la limitación de la garantía de igualdad". Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: "Sobre Principios y Reglas" en "Cuadernos de Filosofía del Derecho". N° 10, año 1991.

Atria, Fernando: "Entre la soberanía y lo político", en "Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.

Ayala Corao, Carlos: "El derecho humano a la libertad de expresión" en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6, N° 1, Talca, 2000.

Babace, Héctor: "Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos." Anuario del derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2004.

Banda Vergara, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la ley de prensa". Revista de Derecho, Vol. N° 13, Valdivia, diciembre 2002.

Barbagelata, Héctor Hugo. "Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista ". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Año 2009.

Barbagelata, Héctor Hugo: "El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales" en "Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2009.

Barría, Jorge: "El movimiento obrero en Chile, síntesis histórico-social". Ediciones UTE, Santiago, 1971.

Bassa, Jaime: "Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle" en Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Viña del Mar, 2011.

Baylos Grau, Antonio: "Sindicalismo y Derecho Sindical", Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Beltrán, Mikel: "La noción de interpretación de Dworkin" en Revista Quadema de Pensament, N°6.

Bulnes Aldunate, Luz: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 28, Santiago de Chile, año 1980.

Caamaño Rojo, Eduardo: "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 30, Valparaíso, 2008.

Caamaño Rojo, Eduardo – Ugarte Cataldo, José Luís: "Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico". Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.

Cea Egaña, José: "Los derechos a la intimidad y la honra en Chile" en Ius et praxis. Universidad de Talca, vol. 6, n°2, Talca, 2000.

Cea Egaña, José: "Derecho Constitucional Chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2004, t. II.

Cianciardo, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108, año 2003.

"Comisión de Estudio: Informe con proposiciones e ideas precisas de 16 de agosto de 1978", reproducido en Revista Chilena de Derecho, N°1-6, Santiago de Chile, 1981.

Diez, José Luis: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXXI, 2º semestre, año 2008.

Ermida Uriarte, Oscar: "Libertad Sindical y Derecho de Asociación ". En "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional ". Asociación Laboral para el desarrollo, Lima, 1992, p. 63.

Evans De la Cuadra, Enrique: "Los derechos constitucionales". Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición, Santiago, 1999.

Eyzaguirre, Jaime: "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile". Editorial Universitaria, 10º edición, 2004.

Fernández Brignoni, Hugo- Moreira Rocca, Danubio: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos". Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado los días 25 a 28 de Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

Ferrada Borquez, Juan - Walter Díaz, Rodolfo: "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV. N° 2. Diciembre 2011.

Ferrada Bórquez, Juan: "Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Buenas intenciones malos instrumentos (Juzgado de Letra del trabajo de Copiapó)" en Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XXI, N° 2, Valdivia, Diciembre de 2008.

Gamonal Contreras, Sergio: "Perspectivas Futuras del Derecho Sindical Chileno. Desafíos de nuestro Derecho Sindical" en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997.

Gamonal Contreras: "El Derecho Colectivo Chileno Frente a los Convenios N°s. 87 y 98 de la OIT" en "Trabajo y derecho". Legal Publishing, Santiago, 2011.

Gamonal Contreras, Sergio: "Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos" Editorial fundación de cultura universitaria, año 2004.

Gamonal Contreras, Sergio: "Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena". Anuario de Derecho del trabajo y Seguridad Social. N° 3. Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa. Sociedad Chilena del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004.

Gamonal, Sergio- Ugarte, José: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo", en "Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social". Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012.

Garcés, Mario - Milos, Pedro: "Taller Nueva Historia. Cuadernos de Historia Popular". Serie Historia del Movimiento Obrero N°2, Centro de Estudios del Trabajo CETRA/CEAL, Santiago de Chile, 1983.

García Ortega, Jesús, et al., Curso de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Gauché Marchetti, Ximena: "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, año 2011.

Gernigón, Bernard: et. al., "Principios de la OIT sobre el derecho a huelga", en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, N° 4, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, año 1998.

Grez Toso, Sergio: "De la *regeneración del pueblo* a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)", vol. XIII, Colección Sociedad y Cultura, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Ediciones RIL, Santiago, 1998.

Guastini, Riccardo: "Estudios sobre la interpretación jurídica ". Traducida por Gascón, Mariana - Carbonell, Miguel. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1999.

Haberle, Peter: "El estado constitucional ". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1993.

Harris, Jaime – Campusano, Enrique: "El juez nacional y la interpretación de los tratados internacionales, Artículo libro "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

Huepe, Fabián: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°227-228 (1-2), Concepción, 2010.

Javillier, Jean Claude: "Derecho del Trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, año 2007.

Julio Estrada, Alexei: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000.

"La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT". Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición, Ginebra.

"Libertad sindical y relaciones de trabajo", Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30a reunión, Ginebra, 1947.

Lifante Vidal, Isabel: "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos". Revista Jueces para la Democracia, N° 36, año 1999.

Lizama Portal, Luis: "derecho del Trabajo". Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

Lizama Portal, Luis: "Derecho a la intimidad de los trabajadores y Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC)". En "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida", Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. N° 3, Santiago de Chile, 2004.

López, Diego: "Los derechos fundamentales en el trabajo" en Temas Laborales. Dirección del trabajo N°22(año 9), Santiago de Chile, 2004.

Mangarelli, Cristina: "Acoso laboral, concepto y prevención". En "Derecho Laboral", Fundación de Cultura Universitaria. tomo L-N° 225, 2007.

Mangarelli, Cristina: "Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo". Memorias VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Legis S.A., Colombia, 2010.

Martínez Estrada, Eduardo: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución política de 1980". En Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. "Derechos Fundamentales. Homenaje al profesor Patricio Novoa Fuenzalida". Santiago. Año 2004 N° 3.

Maturana Toledo, Carlos: "La libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia" en European Public Law Series, edición especial de la European Review of Public Law , vol. B, Londres, 2009.

Melis Valencia, Christian: "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Editorial Abeledo Perrot, Santiago, año 2010.

Mella Cabrera, Patricio: "Modificaciones al derecho individual incorporadas por la ley N° 19.759 publicada en el D.O. del 05.10.2001". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°208, año 2000.

Mella Cabrera, Patricio: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 215-216, año LXXII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004.

Mella Cabrera, Patricio: "La ampliación obligatoria de las fuentes, un precedente griego del nuevo juicio oral del trabajo". En Revista del Colegio de Abogados de Chile, Regional Concepción, N° 15, Concepción, 2011.

Mella, Patricio- Domínguez, Álvaro: "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial" en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, Valparaíso, 2012, semestre II.

Molina, Hernán: "Derecho Constitucional". Editorial Legal Publishing, 11ª edición, Santiago de Chile, 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto: "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y, la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno" Revista Ius et praxis Vol. 12, N° 2, Talca, 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto: "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional" en Revista Ius et Praxis. Vol. 12. N° 1, Talca. 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto: "Derechos fundamentales y garantías constitucionales". Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2007.

Palavecino Cáceres, Claudio: "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, volumen 1, N° 1, Santiago, año 2010.

Palomeque, Manuel: "Derecho del Trabajo e ideología", Madrid, Editorial TECNOS, 2002.

Palomeque López, Manuel- Álvarez de la Rosa, Manuel: "Derecho del Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces, 18va edición. Madrid, España, 2010.

Peces-Barba Martínez, Guillermo: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en Anuario de Derechos Humanos, Editorial Universidad Complutense, N°5, Madrid, 1988-1989.

Pérez Royo, Javier: "Curso de Derecho Constitucional" Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2012.

Piñera, José: "La Revolución Laboral", Editorial ZIG-ZAG, Santiago, 1990.

Quezada Meléndez, José: "La competencia", Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1985.

Plá Rodríguez, Américo, Revista Debate laboral. Roma-San José Costa Rica, Montevideo, 1999.

Quintana Bravo, Fernando: "Interpretación y argumentación jurídica". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Quispe, Carlos: "La interpretación constitucional". Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, N°13, Madrid, 2011.

Rentero Jover, Jesús: "El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

Rifo Melo, Mauricio: "La formación económica social y la organización de los trabajadores en Chile (1830-2008). Una Mirada desde el Materialismo Histórico", Seminario de título para optar al grado de Licenciado en Educación mención Historia y Geografía, Universidad de Concepción, año 2010.

Ríos Álvarez, Lautaro: "El control difuso de constitucionalidad en la república de Chile", Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, Talca, año 2008.

Rojas Miño, Irene: "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el plan laboral" en Revista Ius et Praxis, N° 13 año 2010.

Rojas Rivero, Gloria: "La libertad de expresión del trabajador". Editorial Trotta S.A., Madrid, 1991.

Romagnoli, Umberto: "la desregulación y la fuentes del derecho". Cuadernos de Relaciones Laborales. N°1. Editorial Complutense. Madrid, 1992.

Romagnoli, Umberto: "Las transformaciones del derecho del trabajo", en "Experiencias de flexibilidad normativa", Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992.

Romagnoli, Umberto: "El Derecho, el trabajo y la Historia", Madrid, España, año 1997.

Ruiz Tagle, Pablo: "La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales". En "Democracia y Derechos Fundamentales desde la filosofía política", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

Sarthou, Helios: "Perspectivas del Derecho Colectivo del Trabajo", en Revista de Derecho Laboral de Uruguay, N° 123, Septiembre de 1981.

Sarthou, Helios: "Rasgos Ontológicos Generales de la Libertad Sindical", AA.VV. Buen Lozano, Néstor – Morgado de Valenzuela, Emilio (coords.): "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social", Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1997.

Sarthou, Helios: "Trabajo, derecho y sociedad", tomo II, Fundación de cultura universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2004.

Sagardoy Bengoechea, Juan: "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi S.A, Navarra, año 2005.

Silva Bascuñán, Alejandro: "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tomo XI, 2ª edición, 2006, p. 241.

Silva Irrarrázabal, Luis: "Supremacía constitucional y tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV. Nº1. Julio 2011.

Terrile, Ricardo: "Interpretación judicial de la Constitución nacional". Editorial Juris. Rosario, Argentina, 2001, tomo I, p. 220.

Thayer, William- Novoa, Patricio: "Manual de Derecho del Trabajo". Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago de Chile, t. I.

Tosto, Gabriel: "A partir del concepto de dignidad en el contrato de trabajo. Lo íntimo, lo privado y lo público". Revista Actualidad Jurídica Laboral. Vol. 143. Año VI, 2010.

Toyama Miyagusuku, Jorge: "Instituciones del Derecho Laboral".

En: [http:// es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku](http://es.scribd.com/doc/115159137/Instituciones-Del-Derecho-Laboral-Jorge-Toyama-Miyagusuku) (última visita 29/07/13).

Ugarte, José Luis: "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro", Revista de Derecho, Vol XX, Nº 2, Valdivia, diciembre 2007.

Ugarte, José Luis: "La Corte Suprema y derecho de huelga : aquí no, por favor". Estudios laborales en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No. 4, Santiago de Chile, 2009.

Ugarte, José Luis: "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador". Editorial Legal Publishing, 3ª edición, Santiago de Chile, 2010.

Valdés Dal-Re, Fernando: "Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo". Sociedad Internacional del derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Montevideo, año 2003.

Varas Marchant, Karla- Gutiérrez Domínguez, José: "La huelga como un derecho fundamental y sus posibilidades de conflicto con otros derechos fundamentales de los ciudadanos", Respuestas sobre el tema III en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Septiembre, año 2012, Santiago, Chile.

Viera-Gallo Quesney, José: "Controlando leyes mediante principios constitucionales: Un derecho razonable" en "Cuadernos del Tribunal Constitucional", n° 46, Santiago de Chile, 2011.

Villavicencio, Alfredo: "Constitución y Libertad Sindical", en Neves, Javier (director): "Trabajo y Constitución". Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1989.

Zapata Larraín, Patricio: "La interpretación constitucional". Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, N° 1, enero –abril, 1990.

Zapata Larraín, Patricio: "Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. " En "Anuario de Derecho Público," Universidad Diego Portales", 1999.

Páginas web.

Biblioteca del Congreso Nacional./http/www.bcn.cl.

Caamaño, Eduardo- Ugarte, José Luis- Gamonal, Sergio: "Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT)" Instituto de Estudios Laborales FIEL (Santiago, 2009), p. 46, disponible en <http://fielchile.org/investigacion/LA%20NEGOCIACION_COLECTIVA_EN_EL_DERECHO_DEL_TRABAJO_CHILENO.pdf (última consulta: 9 de mayo de 2013)

Ugarte, Luis: "El Derecho Fundamental de Huelga en Chile" Disponible en http://www.sindicalchile.cl/ens/index.php?option=com_content&view=article&id=11:el-derecho-fundamental-de-huelga-en-chile&catid=3:informacion-de-utilidad (última revisión 7/10/2013).