

CONFLICTO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL JUICIO DE TUTELA LABORAL EN CHILE:  
ESTADO DOCTRINARIO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL\*-\*\*

RESUMEN: El presente trabajo expone el marco regulatorio general de las relaciones de trabajo en Chile, en relación a la eficacia de los derechos fundamentales dentro de la empresa, el contexto teórico, evolución legal y doctrinaria. En particular se aborda la forma en que el juez del trabajo chileno resuelve el conflicto de derechos constitucionales de los que son titular trabajador y empresario, poniendo énfasis en el procedimiento especial denominado “procedimiento de tutela laboral” contemplado en el Código del Trabajo chileno, destacándose dos formas: la motivación o fundamentación de la sentencia y, el método de ponderación, estableciendo sus orientaciones jurisprudenciales.

SUMARIO. I.- La estructura del contrato de trabajo: la subordinación y el poder privado del empresario; II. Descripción del conflicto constitucional. Surgimiento de la noción de Ciudadanía en la Empresa; III. Mecanismos o instrumentos de protección de los derechos fundamentales en Chile; IV. El método de resolución del conflicto empleado por el Juez del Trabajo. Fundamentación de la sentencia y Juicio de Ponderación; V. Sobre el Juicio de Ponderación en el C.T. Análisis específico de los juicios o subprincipios de la ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; VI. Observaciones finales.

PALABRAS CLAVES: derechos fundamentales laborales; colisión de derechos fundamentales; procedimiento de tutela laboral; sentencia del juez laboral; método de ponderación.

I.- LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA SUBORDINACIÓN Y EL PODER PRIVADO DEL EMPRESARIO.

Para situar el tema en estudio, preciso es explicar algunas de las características fundamentales del contrato de trabajo, esto es la subordinación como elemento central de la relación jurídica entre empleador y trabajador. Este elemento en nuestro país tiene reconocimiento en el art. 7º del C.T., como uno de los elementos configurantes de la relación laboral, mirado en el plano individual, a lo anterior se suma en el plano colectivo, la limitación impuesta a la negociación colectiva en cuanto el art. 306 del C.T. que señala que está vedado al trabajador su intromisión en las funciones de organización, dirección y administración de la empresa. Lo anterior permite concluir un marco de prevalencia y poder de un ciudadano respecto de otro, esto es el empresario sobre el trabajador, autorizado por el ordenamiento jurídico y que necesariamente entra en pugna con la organización de los derechos fundamentales, en este caso del trabajador<sup>1</sup>, dado que al predominar una parte de la relación contractual, ello no hace necesario proporcionarle medios adicionales de protección a sus derechos, por ser el empresario titular de los medios de producción. Se concluye así que el poder del empresario es de tal intensidad que lleva en su naturaleza la posibilidad de ejecución. Al contrario, en la vereda opuesta, el otro contratante que a su vez también dispone de los mecanismos de protección de sus derechos, en la práctica no han tenido la eficacia necesaria.

De esta manera, al relacionarse los jueces con este diseño normativo y constitucional, resulta que el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en el marco del contrato de trabajo, termina siendo limitado tanto por la estructura del contrato en la forma ya vista (desde la lógica contractual)<sup>2</sup> y, desde la lógica empresarial organizativa, como se comprueba con la cita del precepto 306 del C.T. de nuestro país.

En el escenario anterior, y volviendo la mirada a la subordinación como elemento ineludible y caracterizador del contrato, ella proporciona una supremacía jurídica al contratante empleador y, con amplio respaldo en la doctrina<sup>3</sup> y jurisprudencia nacional, tanto

---

\*Este trabajo forma parte de la investigación que actualmente se realiza en proyecto “Curso de Derecho del Trabajo” código 212.051.003-10, dependiente de la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción, CHILE.

\*\*MELLA CABRERA, Patricio Eleodoro, profesor asociado al Departamento de Derecho Laboral y Seguridad Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción, CHILE. patmella@udec.cl; DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro Eduardo, Egresado de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción, CHILE. Investigador asociado Centro de Estudios IUS NOVUM de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. CHILE. aedodominguez@gmail.com.

Para efectos de este trabajo utilizaremos algunas abreviaturas, la mayoría de ellas comunes en la práctica chilena: Código del Trabajo (C.T.); Constitución Política de la Republica de Chile (C.P.R.); Artículo (art.); inciso (inc.); Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.); Juzgado de Letras del Trabajo (J.L.T.); Corte de Apelaciones (C.A.); Corte Suprema (C.S.); Dirección del Trabajo (D.T.); Tribunal Constitucional Chileno (T.C.)

La mayoría de la jurisprudencia judicial y administrativa utilizada se encuentra disponible, respectivamente, en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) y [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl).

<sup>1</sup>MELLA CABRERA, Patricio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria*, Revista de Derecho. Universidad de Concepción, 215 (2004).

<sup>2</sup>BABACE, Héctor, *Ciudadanía social del Mercosur. Su reconocimiento, contenido y eficacia con especial referencia a los derechos laborales inespecíficos*, en Anuario del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Santiago, Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004), pp. 267 y ss.

<sup>3</sup>Por todos en Chile Cfr. UGARTE CATALDO, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo* (Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 39-50; *La subordinación en el derecho laboral chileno* (Santiago, Legal, Publishing, 2008).

judicial<sup>4</sup> como administrativa<sup>5</sup>, en cuanto se manifiesta como un poder autorizado, con su correlativa sujeción del otro contratante, a las órdenes, instrucciones y facultades disciplinarias que pudiere disponer el empleador respecto del trabajador. Este poder ha sido citado de manera muy gráfica, al singularizarse como poder de dirección, a pesar que desde el punto de vista constitucional, las personas son libres e iguales, en dignidad y derechos, lo que implica un ideal de igualdad que debe guiar las relaciones entre privados. En este escenario es fácil adivinar el natural conflicto que se producirá entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder privado que detenta el empresario.

De este modo, la relación laboral, como una vinculación entre privados, permite y facilita la expresión de un poder privado, cuya naturaleza ha hecho decir a un autor, que “en este contexto 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”<sup>6</sup>.

Las expresiones de MELIS dan cuenta de un escenario bastante inhóspito para el trabajador y dado el deplorable estado de las relaciones laborales en algunas zonas de la economía nacional (pequeña minería, agricultura, establecimientos de retail), hace imprescindible impulsar una tutela efectiva de los derechos constitucionales del trabajador a fin de avanzar en lo que se denomina, de manera aspiracional, relaciones laborales modernas que estén en sintonía con un estado democrático de derecho, que descarta un trato desigual o atentatorio a la dignidad de cualquiera de sus miembros, en este caso indistintamente, de trabajadores y también empresarios.

El panorama expuesto, esto es, la prevalencia del empresario en la relación contractual, no es una realidad sin control – que por lo demás la más elemental racionalidad lo aconseja– y por lo mismo la existencia de limitar a ese poder también tiene una gran tradición en el derecho del trabajo. Sin embargo estas restricciones se producen dentro de las fuentes usuales utilizadas por el Juez del Trabajo chileno (principios, doctrina, leyes y jurisprudencia), y destacadamente el principio protector, el orden público laboral, la clasificación en normas de indisponibilidad absoluta y relativa que permite el control contractual, los derechos irrenunciables bajo la fórmula de mínimos inderogables, la intervención estatal a través de leyes y órganos, la formulación de principios propios del derecho del trabajo, y finalmente, de una data reciente, la artillería pesada de los derechos fundamentales, cuya eficacia en las relaciones entre privados<sup>7</sup> está, por lo menos en nuestro país, ampliamente reconocida<sup>8</sup>.

Sin embargo, el sistema de controles, antes de la irrupción de la denominada ciudadanía laboral, y que en nuestro país encuentra un reconocimiento natural con las modificaciones introducidas al C.T. por la Ley 19.759 del 5/10/2001, no tuvo la eficacia de hacer realidad el ejercicio y disfrute de los derechos constitucionales del trabajador al interior de la empresa. De esta manera se produce un reconocimiento expreso del conflicto de derechos fundamentales al interior del contrato de trabajo, que explica la redacción del inc. 1º del art. 5 del C.T. al disponer que las facultades que la ley le reconoce al empleador no podrán prevalecer respecto de los derechos

---

<sup>4</sup>En la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia chilenos, Cfr. C.A. de Santiago, Rol: 833-88 del 19/07/1988; C.S. Rol: 2599-2002 del 04/09/2002; C.S., Rol 38440- 2008 del 31/12/2008; C.A. de Puerto Montt, Rol 21213 del 15/10/2010; C.S. Rol 4344-2010 del 20/10/2010.

<sup>5</sup>En la Jurisprudencia Administrativa de la D.T. chilena en ejercicio de sus facultades interpretativas que se concede en los art. 1 y 5 del D.F.L 2 de 1967 y el art. 505º del C.T.: Cfr. Dictámenes: N° 4.775/211 de 24/08/1992; N° 1.264/068 de 07/03/1994; N° 4.926/271 de 19/08/1997; N° 0429/027 de 29/01/1997; N° 5845/365 de 30/10/1999; 1977/0172 de 17/03/2000; 5845/365 de 30/10/1999; N° 2.903/073 de 23/07/2003.

<sup>6</sup>MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 39.

<sup>7</sup>El contrato de trabajo vincula a dos sujetos de derecho privado, eso si con particularidades que permiten desligar dicho vínculo del derecho común.

<sup>8</sup>Por la doctrina constitucional en Chile, Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo, *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983) pp. 311 y ss.; NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Dogmática Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 145; NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Los instrumentos procesales para la protección de los derechos fundamentales*, en GARCIA-HUIDODOBRO, Joaquín: *Lecciones de derechos humanos* (Valparaíso, Edeval, 1997), pp. 315 y ss.; PIZARRO WILSON, Carlos, *Los derechos fundamentales y contratos. Una mirada a la Dritwirkun*, en Gaceta Jurídica, 221(1998); GUZMAN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Editorial Universidad Católica de Valparaíso, 2001), p. 47. Una visión crítica al respecto, Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales*, en *La constitucionalización del derecho chileno*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003); *Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, XXIII(2010), pp. 79-102. Por la doctrina laboral en Chile, Cfr. UGARTE CATALDO, José Luis, *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro*, Revista de derecho de Universidad Austral de Chile, XX (2007)2, pp. 51-52; AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; CONTRERAS ROJAS, Cristian, *El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile. Ius et Praxis*, Talca, 13 (2007); GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos* (Montevideo, FCU, 2004); MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, (Santiago, Legal Publishing, 2010).

constitucionales del trabajador<sup>9</sup>. Esta regla no hace más que reiterar lo preceptuado en la C.P.R., aún cuando su redacción podría sugerir una prevalencia de los derechos constitucionales del trabajador, superando los poderes empresariales, cuestión que no es así, atendido los principios de vinculación directa y eficacia horizontal de la Constitución, en cuanto sus disposiciones resultan vinculantes no solo para los poderes públicos sino también ellas pueden ser invocadas por los particulares (empresario y trabajador) para solicitar su protección frente al juez que corresponda.

Lo anterior, dado que, el poder privado o facultades empresariales también se impregnan de un contenido constitucional, en cuanto, el aludido poder se vincula al ejercicio de derechos fundamentales clásicos, como lo es el derecho de propiedad, el derecho a ejercer libremente cualquier actividad económica o el derecho a la libertad de trabajo, esto es, los derechos mencionados en el artículo 19 N° 16, 21 y 24 de la C.P.R.

A su vez, los derechos fundamentales de los trabajadores que típicamente pueden ser afectados por el desarrollo propio del contenido contractual laboral corresponden a un número más abierto, pudiendo mencionarse; la dignidad humana<sup>10</sup>, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación laboral, la protección de la vida privada, honra e intimidad del trabajador, la libertad de expresión y la libertad religiosa.

En síntesis, se produce un conflicto de derechos fundamentales que el ordenamiento legal clásico no podía resolver de manera eficiente, predominando la limitación de los derechos constitucionales del trabajador frente al poder privado que los ordenamientos laborales reconocen al empleador, lo cual fue recogido por las soluciones jurisprudenciales de nuestro país, a propósito de los conflictos suscitados con ocasión de la terminación del contrato de trabajo<sup>11</sup>.

Se postula de esta forma que el problema actual del vínculo laboral es la eficacia y reconocimiento de los derechos constitucionales del trabajador al interior de la empresa, dado que la estructura, tanto del contrato como organizativa de la empresa, impiden su realización.

## II. DESCRIPCIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL. SURGIMIENTO DE LA NOCIÓN DE CIUDADANÍA EN LA EMPRESA.

Si bien hemos dichos que la génesis del conflicto que se proyecta también en el ámbito contractual y colectivo de las relaciones de trabajo, un sector de la doctrina<sup>12</sup> y con mayor entusiasmo la jurisprudencia<sup>13</sup>, han aceptado un fundamento comunitarista de las relaciones de trabajo, que las entiende como relaciones armónicas de confluencias de intereses. Se constata así, a nuestro parecer, la posición de prevalencia que el ordenamiento jurídico reconoce al empresario y por otra parte el catálogo de los derechos constitucionales que usualmente entran en colisión según sea si el titular es trabajador o empleador, lo que obliga a realizar algunas reflexiones sobre esta colisión.

1.-Lo primero es reconocer la existencia de una contradicción<sup>14</sup> que surge de la naturaleza del contrato de trabajo, esto es, el carácter conflictivo<sup>15</sup> que asume la relación entre las partes, evitando hacer un análisis puramente formal, posibilitando así buscar una solución al problema y no soslayarlo bajo conceptos como relaciones laborales modernas o relaciones de colaboración, sin perjuicio de la utilidad de esas nociones. De esta manera el conflicto enfrenta a dos partes, entiéndase empresario y

<sup>9</sup>Cfr. Dictámenes interpretativos de la D.T. chilena respecto del alcance del art. 5° del C.T.: N° 2328/130 de 19/07/2002; N° 2856/162 de 30/08/2002; N° 2210/035 de 05/06/2009.

<sup>10</sup>Cfr. Sentencia del T.C. de 27/10/1983, Rol N° 19, en Revista de Derecho y Jurisprudencia 8006(Santiago), sección 6ª, p. 79.

<sup>11</sup>Cfr. NADAL SERRI, Daniel; *Tratado para la Terminación del Contrato de Trabajo*, (Santiago, Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social, 1978), pp. 61 y ss. Este autor incluye numerosas sentencias en que se invoca la falta de probidad como justificación del despido, causal que afecta normalmente derechos constitucionales como la integridad física y psíquica, la honra y la intimidad, hipótesis que se resolvían con la acogida de la demanda y la orden de indemnizar, con los aumentos, dejando impune la afectación del derecho constitucional. En un plano teórico sobre el despido y el paradigma economicista Cfr. BAYLOS, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, (Madrid, Ed. TROTTEA, 2009), pp. 30-38.

<sup>12</sup>Cfr. THAYER ARTEAGA, William; NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago, ed. Editorial Jurídica de Chile, 1980) v. III, p. 335 y ss.; de manera matizada, reconociendo un contenido dual GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Daño moral en el contrato de trabajo* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 11; *Ciudadanía en la Empresa* (Montevideo, FCU, 2004), pp. 72-73.

<sup>13</sup>Sentencia C.S. de 19/06/2010, Rol N° 5.484-2010: “Que, como lo ha declarado esta Corte en otras oportunidades el contrato de trabajo se caracteriza también por su contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad que a ambas se encuentran obligadas. Por lo mismo las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza”.

<sup>14</sup>Sobre las funciones y naturaleza “pacificadora” del Derecho del Trabajo que niega la conflictividad en la relación laboral Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, *Sindicalismo y Derecho Sindical*, (Albacete, Editorial Bomarzo, 2009), p. 11 y ss.; PALOMEQUE, Manuel; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo* (18ª Ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2010), p. 43 y ss.; PALOMEQUE, Manuel, *Derecho del Trabajo e ideología* (Madrid, TECNOS, 2002), pp. 32-33; GARCÍA ORTEGA, Jesús, et al., *Curso de Derecho del Trabajo*, (5ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch 1996), p. 29.

<sup>15</sup>Sobre el fundamento de las relaciones de trabajo, la síntesis cultural romanista-germánica y sustrato teórico e ideológico, Cfr. SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo* (Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), pp. 29 y ss.

trabajador, que a su vez poseen derechos constitucionales en su calidad de ciudadano y que al relacionarse inevitablemente originan contradicciones entre si.

El asumir que dos partes detentan, sin prevalencia alguna, derechos constitucionales cuya realización o grado de cumplimiento no puede lograrse en forma equivalente, sino que, atendida las circunstancias del caso concreto, se debe reconocer que alguno de ellos prevalecerá sobre los otros, los cuales en un nuevo conflicto perfectamente pueden recobrar su predominio ante el cual habían cedido anteriormente<sup>16</sup>. Esta realidad es perfectamente explicable con un sencillo ejemplo: la instalación de cámaras de vigilancia, bien pueden representar el ejercicio legítimo del derecho de propiedad del empresario, pero puede ocurrir que su instalación lesione derechos como la intimidad o vida privada de los trabajadores, en cuyo caso se deberá resolver cual debe prevalecer en un caso de conflicto, solución que perfectamente pudiere invertirse en otro caso de instalación de cámaras de seguridad. Como se aprecia la solución no es estática, sino por el contrario, la solución es dinámica dependiendo de la concurrencia de las circunstancias del caso concreto.

En esta misma línea<sup>17</sup>, se ha reconocido que la positivización de los derechos constitucionales, de ningún modo permite asimilar estos derechos a los que surgen de normas de rango legal, o reglas según la denominación actualmente en boga, por cuanto los derechos fundamentales son verdaderos principios<sup>18</sup> cuyo contenido no se encuentra descrito en forma tal que permita subsumir los hechos a la norma constitucional. Luego los derechos fundamentales deben realizarse, pero de surgir un conflicto entre titulares de ellos, se debe hacer en la mayor medida de lo posible, tanto jurídicamente como fácticamente por consecuencia de su naturaleza *prima facie*<sup>19</sup>, siendo verdaderos mandatos de optimización<sup>20</sup>. Esta aparente debilidad, en cuanto el carácter de principios y consecuencialmente indeterminado, fomentaría una inseguridad jurídica<sup>21</sup>, lo que sin embargo perfectamente puede representar una virtud, por cuanto su contenido es receptivo a la influencia de los cambios que se van produciendo en la sociedad.

En este contexto, atendida las circunstancias del caso concreto en que se produce el conflicto de derechos fundamentales del trabajador con el empresario, o en otras palabras las eventuales contradicciones que podrían ocurrir (y que de hecho ocurren) entre pares de derechos constitucionales, son bastantes frecuentes, por lo que ello debe resolverse, pero esta solución no proviene de los criterios tradicionales, típicos del conflicto entre reglas, como el caso de la especialidad, jerarquía, o temporalidad. En la hipótesis de conflictos de derechos fundamentales, los derechos constitucionales al operar como mandatos de optimización, deben ser realizados o concretados en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes<sup>22</sup>. Dada esta realidad surge como método necesario para resolver la antinomia, el principio de la proporcionalidad o el de ponderación según sea la denominación más aceptada por la doctrina<sup>23</sup>. ALEXY señala que el principio de proporcionalidad esta compuesto a su vez por tres subprincipios, el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>24</sup> donde este ultimo se expresa en la máxima que cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro.

2.-El marco teórico propuesto en cuanto distinción normativa de reglas y principios, propuesta por DWORKIN<sup>25</sup>, aludida también por ALEXY y enriquecida por la contribución de sus posteriores comentaristas y críticos, encontró un campo fértil en la jurisprudencia administrativa contenida en numerosos dictámenes de la Dirección del Trabajo Chilena<sup>26</sup>, que abordaban conflictos de derechos constitucionales al interior de la empresa y que tenían como soporte fáctico, la instalación de cámara de seguridad, el establecimiento de medidas de control del personal, la intervención de comunicaciones escritas o electrónicas, etc. Estos Dictámenes

---

<sup>16</sup>Esto es lo que ALEXY denomino “relación de precedencia condicionada” la que consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro, existiendo una primacía en concreto que se determina por los antecedentes facticos en cuestión. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 92- 93.

<sup>17</sup>Ibíd., pp. 81 y 98.

<sup>18</sup>Lo anterior tiene su origen en la distinción de las normas jurídicas entre reglas y principios que parte en DWORKIN al analizar dos casos de jurisprudencia en los cuales el tribunal se aleja del concepto de regla para seguir un principio jurídico que resuelva el conflicto en comento, realizando un modelo superador normativo. En la misma línea, para ALEXY la anterior distinción tampoco es desconocida, al reconocerla al formular la tesis que los derechos fundamentales operan como principios bajo la modalidad de mandatos de optimización, con la diferencia que DWORKIN los concibe como “cartas de triunfo”.

<sup>19</sup>ALEXY, Robert, *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*, en ISONOMIA Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, (2004), p.41.

<sup>20</sup>ALEXY, Robert, *La formula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*,(Santiago de Chile, Librotecnia, 2010). p. 18.

<sup>21</sup>Cfr. HART, Herbert L.A., *El concepto de Derecho*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968), pp. 155-183.

<sup>22</sup>ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob.cit., p. 87.

<sup>23</sup>Dependiendo del autor, se pueden encontrar distintas formulas para referirse al mismo concepto: ponderación, razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad.

<sup>24</sup>ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (2009), p. 8.

<sup>25</sup>DWORKIN, Ronald, *Los Derecho en serio*, (4º ed., Barcelona, Ariel, 1994) pp. 61 y ss.

<sup>26</sup>Cfr. Dictámenes de la D.T.: N° 4.842-300, de 15/09/1993; 8.273-337 de 09/12/1995; 287/14 11/01/1996; 684/50 de 05/02/1997; 2.309/165 DE 1998; N° 4541/319 de 22/09/1998; N°2856/162 de 30/08/2002; N°260/19, de 24/01/2002; Ord. N°2.328/130, de 19/07/2002; Ord. N°3.276/173 de 16/10/2002; N° 2875-72 de 22/07/2003; N° 0543/31 de 02/02/2004; N° 1133/36 de 21/03/2005; N° 1279/019 de 17/03/2006; N°221/035 de 05/06/2009; N°4731/081 de 03/10/2010.

dieron la alarma de una realidad que ya se hacía insostenible dado el progreso de los derechos constitucionales, esto es, que las normas fundamentales de los trabajadores al ingresar éstos a la fábrica, sus derechos quedaban en su entrada, transformando la empresa en un territorio de ineficacia territorial de los derechos constitucionales.

Aparecen entonces los derechos fundamentales como una limitación al poder del empleador en la ejecución del contrato, entendiendo que el poder que se ejerce sobre la persona del trabajador, es referido solamente a la realización del trabajo y no se puede extender a otros aspectos de la vida del mismo, esto es, el sometimiento económico, jurídico y fáctico no impide la entrada en vigencia ni limita sus derechos fundamentales por integrar su personalidad a una empresa, reforzada esta idea por el efecto horizontal de los derechos fundamentales.

En relación a cuales son los derechos fundamentales en juego en las relaciones de trabajo, la doctrina laboral ha elaborado la distinción entre *derechos fundamentales específicos e inespecíficos*<sup>27</sup>.

Los derechos fundamentales específicos laborales son aquellos que se aplican a un ciudadano en especial llamado trabajador. Estos derechos propios del trabajador tienen su razón de ser en las relaciones de trabajo que los generan, de modo que no es posible técnicamente ejercerlas fuera de estas, convirtiéndose en un presupuesto indispensable para su nacimiento y ejercicio, es decir que solo los trabajadores pueden ser titulares de los mismos, entre estos se encuentran: la libertad sindical (artículo 19 N° 19 C.P.R.) la negociación colectiva y el derecho a huelga (artículo 19 N° 16 C.P.R.) se descarta la libertad de trabajo y la libre contratación por cuanto ellos también pueden ser invocados por el empresario. Sobre este punto se discrepa por la doctrina en cuanto se incluye la libertad de trabajo dentro de los derechos fundamentales específicos del trabajador<sup>28</sup>.

Estos derechos fundamentales específicos, propiamente laborales reciben un tratamiento especial en su interpretación, ajenos a la realidad de las demás derechos fundamentales, aplicando criterios y principios distintos en el ejercicio de determinar su alcance y claridad. Al tratar de establecer el sentido de una cláusula laboral que asciende a la Constitución para recibir una protección constitucional, el contenido de este verdadero principio constitucional admite la función interpretativa de los llamados principios propios del derecho del trabajo en colaboración con la metodología interpretativa constitucional, conclusión que en nuestra opinión no se puede extender a los llamados derechos fundamentales inespecíficos, en atención a que la calidad del sujeto que invoca el derecho no tiene relevancia alguna, basta que sea un ciudadano sin mas exigencias y por ende predomina, sin contaminación, la interpretación constitucional<sup>29</sup>.

Por otro lado, los derechos fundamentales inespecíficos son aquellos que posee el trabajador como persona, entendidos como derechos de carácter general estrictamente no laborales de los que es titular todo individuo del grupo social, ejercidos en una relación laboral de la que son parte. Así, “cuando el trabajador cruza la puerta de la fábrica se somete a una ley particular, en cuanto en casa de su patrón le son impuestas normas de comportamiento vinculantes respecto de las cuales no puede negarse a riesgo de incurrir en incumplimientos reprochables y eventualmente sancionables”<sup>30</sup>. Estas normas de comportamiento vinculantes de la relación laboral impuestas por el empleador, se encuentran limitadas por los derechos fundamentales constituyendo un núcleo inalcanzable por el poder de dirección y mando, integrado principalmente por la dignidad, libertad e intimidad del trabajador, que reformulan la relación laboral, racionalizando las facultades del empleador naturales y subyacentes a la relación de trabajo, siendo los derechos fundamentales una fuente enriquecedora y complementaria a esta relación *intuitu persona* entre los contratantes.

Surge así el concepto de *Ciudadanía en la Empresa*<sup>31</sup>, que permite desplegar una serie de acciones tendientes a lograr la realización efectiva de los derechos fundamentales del trabajador mientras se produce la prestación de los servicios bajo subordinación y dependencia. Como ya se dijo anteriormente, el proceso se inicia en nuestro Chile con la dictación de la Ley 19.759 de octubre de 2001, que recibe el impacto reformador en varios preceptos del C.T., destacadamente el art. 2 y 5 del C.T., en cuanto el primero alude a la prohibición de discriminación y el segundo en cuanto indica perentoriamente que las facultades del empresario no pueden acarrar como resultado la afectación de los derechos constitucionales del trabajador. Es necesario destacar que en el caso chileno conforme a lo prevenido en el art. 5 del C.T. ya citado, los derechos fundamentales laborales no excluye ninguno de la enumeración contemplada en el art. 19 de la C.P.R., regla que fue morigerada por el procedimiento de tutela laboral, ya que el art. 485 del C.T. solo menciona un catálogo restringido de los derechos fundamentales.

### III. MECANISMOS O INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES EN CHILE.

En el caso chileno, al igual que los países que intentan profundizar el estado democrático de derecho, la tutela judicial de los derechos fundamentales exige proporcionar los medios procesales para lograr su plena eficacia. En este escenario nuestro ordenamiento jurídico contempla variados instrumentos que constituyen los medios procedimentales para hacer efectivo el imperativo de la tutela

<sup>27</sup>Noción e idea atribuida al concepto de *derechos fundamentales inespecíficos* desarrollado por la doctrina española, particularmente Cfr. PALOMEQUE, Manuel, *Los derechos laborales en la Constitución española* (Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1991); PALOMEQUE, Manuel; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo* (18ª Ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1996 p. 118 y ss.

<sup>28</sup>MELLA CABRERA, Patricio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria*, ob.cit., p. 191-192.

<sup>29</sup>Ibíd., p 192.

<sup>30</sup>BAYLOS GRAU, Antonio, *En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador* en Lecciones del derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, (1980), p.307.

<sup>31</sup>Particularmente en Chile Cfr. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, (Montevideo, FCU, 2004).

judicial efectiva y, para el caso que nos importa, en la década pasada, dichos mecanismos no resultaron eficientes para la protección de los derechos fundamentales del trabajador cuando ellos eran lesionados por la actividad empresarial al interior de la actividad productiva. Luego, se hace necesario examinar estos medios, para explicar su falta de eficacia.

1.- La Acción de Protección. Para validar los comentarios antes efectuados, es necesario precisar que, hasta la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral, el Recurso de Protección era el mecanismo natural para resolver estos casos<sup>32</sup>. Esta acción de carácter urgente contemplada en el art. 20 de la C.PR., permite lograr el restablecimiento de un número limitado de derechos constitucionales, entre los cuales está la libertad de trabajo, la libertad de contratación, la prohibición de discriminación, la libertad sindical, entre otros. Sin embargo no son susceptibles de proteger por esta vía la negociación colectiva y la huelga. Por otra parte, son susceptibles de protección constitucional los derechos fundamentales laborales llamados inespecíficos, como la igualdad ante la ley, la protección a la vida pública y privada, la honra, el derecho a expresar libremente la opinión e información, como también la libertad religiosa.

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. También conspira contra la eficacia de este medio, el carácter extraordinario que importa la acción, su restrictiva selección de garantías y la carencia de protección al actor-trabajador, el cual al deducir la acción de protección, quedaba en un evidente riesgo de afectar su estabilidad en el empleo<sup>33</sup>.

En efecto, al examinar la jurisprudencia del recurso de protección en el caso chileno y dictadas por las Cortes de Apelaciones del país y la Corte Suprema, se advierte la casi nula presencia de resoluciones que aludan a la protección de los derechos constitucionales del trabajador, en relación a conflictos surgidos al interior de la empresa entre trabajador y empleador. El temor a las represalias en el desarrollo de las condiciones de trabajo y derechamente, el miedo a perder el empleo en caso de un recurso deducido por el trabajador, constata la ineficacia de la acción de protección<sup>34</sup>.

Debido a esto último, se hizo en su momento cada vez más necesario el cambio del paradigma de protección de los derechos fundamentales laborales.

2. Las acciones comunes entregadas a los Juzgados del Trabajo. La eficacia y protección de los derechos fundamentales del trabajador eran susceptibles de ser amparados por medio de la acción declarativa común contemplada en reglas del libro V del Código del Trabajo sobre jurisdicción laboral. Esta acción corresponde a las típicas acciones de cumplimiento o indemnizatorias en su caso, que a la luz de las reglas sobre competencia en razón de materia contenidas en el C.T. deben ser de conocimiento del Juez Laboral. El procedimiento aplicable a dicha acción es el llamado "procedimiento de aplicación general" contenido en los arts. 446 y siguientes del C.T. de nuestro país.

Sin embargo, esta vía estaba disponible desde antes de la reforma del proceso laboral, la cual se mantuvo como opción idónea en virtud de la Ley 20.087 de 03/01/2006, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo<sup>35</sup>. Sin embargo esta opción que podemos llamar "común u ordinaria" no tenía por finalidad directa el cumplimiento en naturaleza del derecho fundamental amagado por el poder privado que detenta el empleador, y es así como destacadamente se aludía a la violación del derecho fundamental como una justificación para que el trabajador pudiese poner término al contrato de trabajo a través del autodespido o despido indirecto, o resolución del contrato por incumplimiento patronal<sup>36</sup>. En esta hipótesis se argumentaba con la violación de la obligación de seguridad regulada en el art. 184 del C.T., o la prohibición de discriminación que fuera contractualizada por la Ley 19.759 del año 2001, al reformarse el contenido del art. 2 del C.T.<sup>37</sup>. Igualmente, las acciones de reclamo por despido injustificado o ilegal, muchas veces se acogían, por estimarse vulnerado un derecho fundamental contractualizado<sup>38</sup>. Finalmente también en la última década, la acción de

---

<sup>32</sup>Cfr. PÉREZ SILVA, Enrique, *El recurso de protección en materia laboral (1991-1993)*, Revista chilena de derecho, Vol. 21, Nº 1, 1994, pp.143-158; UGARTE CATALDO, José Luis, *Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales*, en *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Nº 2/2001, en *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* Nº 3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, estudios en homenaje del Profesor Héctor Humeres M.

<sup>33</sup>UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, ob.cit., pp. 18 y ss.

<sup>34</sup>Ibíd.

<sup>35</sup>Reforma que entro a regir de manera progresiva en el territorio nacional: 1ª etapa 31/03/2008 Regiones: III y XII; 2ª etapa 31/09/2008 Regiones: I, IV, V, y XIV; 3ª etapa 30/04/2009 Regiones: II, VI, VII, VIII; 4ª etapa 31/10/2009 Regiones: RM.

<sup>36</sup>MELLA CABRERA, Patricio, *El despido indirecto o resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 210 (2001), pp. 95-102.

<sup>37</sup>La C.A. de Santiago acogió un auto despido fundado en que un socio de la empresa incurrió en una conducta de acoso sexual en contra de una trabajadora, expresándose que el acoso sexual lesiona derechos fundamentales inherentes a todo ser humano, y por ende, afecta diversos bienes jurídicos del trabajador, tales como la integridad física y psíquica, la igualdad de oportunidades, la intimidad y libertad sexual. Sentencia C.A. de Santiago de 27/05/2008, Rol 4475-2007.

<sup>38</sup>La trabajadora reclama de despido injustificado y que además se le indemnicen los perjuicios morales ocasionados por el acoso laboral del que fue víctima por su empleadora con anterioridad de la terminación del contrato. Este acoso afectó la salud mental y se invocó como derecho quebrantado el artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política, reclamando además los daños morales, la Corte estima que si bien era competente el juez del trabajo para conocer de la acción indemnizatoria, no se acoge por no estar acreditados los presupuestos fácticos de la acción de resarcimiento moral. Sentencia C.S., 18/08/2010. Rol 2715-2010.

reparación de daños morales tanto en la vigencia del contrato, como en el caso de la terminación, tenía muchas veces como fundamento la violación de un derecho fundamental, citándose recurrentemente el precepto 19 N° 1 del C.P.R.<sup>39</sup>

Estas opciones, no tenían como ya se dijo, el objetivo directo de hacer efectivo el derecho fundamental al interior de la empresa, y claramente tenían una finalidad reparadora o sancionatoria, sea a través de las indemnizaciones típicas laborales o la indemnización del daño moral. Como se puede apreciar esta vía indirecta no resulta eficiente para lograr el respeto de los derechos constitucionales del trabajador frente al poder que exhibe el empresario, ya que todas ellas a fin de cuentas desembocan en el pago de una suma de dinero.

El panorama antes descrito justifica el diseño de un procedimiento especial dentro de la jurisdicción laboral, denominado tutela laboral que se pasará a describir.

3. El Procedimiento de Tutela Laboral. En este contexto, sin duda alguna, una de las reformas que mayor impacto ha marcado en nuestro sistema procesal laboral, y porque no decirlo en nuestro sistema judicial en general, fue aquella que se consagró con la entrada en vigencia de la ley 20.087 del 03/01/2006, que busca establecer mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos y eficaces para dar adecuada protección a los derechos laborales del trabajador consagrados por la ley. El mensaje del Ejecutivo con el que se inició el proyecto de ley que sustituyó el procedimiento laboral señalaba que “en la práctica los derechos laborales no pasan de ser meras entelequias en tanto no existan instrumentos adecuados para su efectividad en el orden social”<sup>40</sup>.

Este cuerpo normativo, asignó al carácter de procedimiento especial (dejando el procedimiento de aplicación general en calidad de supletorio) al nuevo procedimiento de tutela laboral regulado en los art. 485 y siguientes del C.T.

En este nuevo escenario procesal, se reformula la judicatura del trabajo, incorporando nuevos principios formativos del procedimiento que han de regular la estructura de las formas procesales, consagrando procedimientos orales, públicos y concentrados, en los que han de primar la intermediación, el impulso procesal de oficio, la celeridad, la buena fe, la bilateralidad de la audiencia y la gratuidad<sup>41</sup>.

En esta línea de análisis, la inclusión del Procedimiento de Tutela da cuenta de los cambios introducidos por la reforma procesal laboral a propósito del establecimiento de un procedimiento específico encargado de resolver los conflictos que se susciten durante las relaciones de trabajo, cuando durante su vigencia, resulten lesionados derechos fundamentales del trabajador derivado del ejercicio de facultades del empleador.

Este procedimiento establece que las conductas de violación de algunos de los derechos constitucionales que menciona el art. 485 del C.T. habilitan el uso del procedimiento de tutela, mecanismo procesal que puede actuar tanto en la etapa de un contrato vigente, como también en el evento de un despido, el cual incluso puede calificarse de despido discriminatorio grave, reglamentado en el inc. 4° del art. 489 del C.T., lo que origina una opción entre una indemnización adicional distinta a las típicas y la reincorporación (hipótesis que la ley laboral solo concede al trabajador con fuero). El procedimiento de tutela ofrece evidentes ventajas para el trabajador víctima de vulneración de derechos fundamentales, pues dispone de ciertas reglas particulares que alteran el diseño del procedimiento de aplicación general, entre las que se debe citar:

1.- La consagración del principio de ponderación o proporcionalidad como método para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador (art. 485 C.T.).

2.- La posibilidad de ampliar los sujetos activos de la acción de tutela, tanto a los Sindicatos como a la Inspección del Trabajo (art. 486 del C.T.).

3.- La suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado. Resolución que puede dictar el juez del trabajo de oficio ó a petición de parte. Naturalmente la víctima debe acompañar antecedentes que demuestren que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles (art. 492 del C.T.). Atendida la posibilidad de decretar esta medida al proveer la demanda, ella reviste una naturaleza cautelar.

4.- 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 resulten 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 (art. 493 del C.T.). Naturalmente esos indicios corresponden a elementos probatorios que el trabajador o el denunciante debe acompañar en su demanda de tutela, a fin de resguardar el principio de la bilateralidad de la audiencia.

5.- La posibilidad de ejercer una acción indemnizatoria que incluye el resarcimiento del daño moral producido por la lesión de los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación que postula la procedencia de este ítem dada la expresión “incluida las indemnizaciones que procedan” que usa el artículo 495 N° 3 del C.T.

6.- La indemnización adicional a la víctima en caso de que la lesión del derecho fundamental se hubiere producido con ocasión del despido (art. 489 del C.T.)

---

<sup>39</sup>En Sentencia de C.S., 4/04/2011, Rol 7270-2010, el tribunal se pronuncia sobre la procedencia del daño moral provocada al trabajador, a causa de la aflicción a la psiquis y sentimientos del trabajador o *Pretium doloris* que habría afectado su integridad espiritual a raíz de los pesares y padecimientos que sufrió por el hecho de haber sido despedido injustificadamente. Este fallo da por concurrente la afectación del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, y mantiene la orientación del Máximo Tribunal en cuanto es posible demandar ante el juez civil, la indemnización por el daño moral provocado a propósito de un despido abusivo.

<sup>40</sup>Proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del C.T., Boletín Cámara de Diputados de Chile N° 3367-13 del 01/10/2003, p.1.

<sup>41</sup>Cfr. OTAROLA, Paulo, *Los Principios Formativos del Proceso y el Rol del Juez en el Proceso Laboral Chileno*, Ponencia Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Uruguay. Junio 2008.

7.- Finalmente, el contenido constitucional de la sentencia de tutela, en cuando el precepto 495 del C.T., contempla requisitos novedosos, la necesidad que el fallo consigne la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada, lo que puede sugerir el carácter obligatorio del mecanismo de ponderación para resolver la contienda. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor, dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales. La redacción constituye una norma abierta, tanto para el litigante como para el juez, para proponer las medidas correctivas tendientes a hacer realidad el ejercicio del derecho fundamental del trabajador, posibilitando de esta forma abandonar la arraigada práctica en el derecho nacional de que toda vulneración de un derecho en definitiva se traduce en sustituirla por una suma de dinero.

A manera conclusiva, no cabe duda que 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. Esto hace necesario que abordemos este vital punto, lo que se hará a continuación.

#### IV. EL MÉTODO DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO EMPLEADO POR EL JUEZ DEL TRABAJO. FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA Y JUICIO DE PONDERACIÓN.

Efectuada las consideraciones anteriores, es posible concluir la necesidad de contar con un método confiable y conocido por los operadores jurídicos a fin de resolver en un caso concreto, el conflicto o colisión de derechos fundamentales que surja entre trabajadores y empleadores en el marco de la relación laboral. La decisión de dotar al juez de un método de resolución era una cuestión que se estimaba pendiente en las últimas reformas introducidas al CT. chileno, especialmente con la actual redacción del art. 5 del C.T. (introducido por la Ley 19.759 del año 2001) en cuanto dispone que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores. Esta norma de índole sustantiva no encontraba un mecanismo procesal efectivo para hacerla realidad, y especialmente destinado a cumplir con el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva de los derechos.

1.-En el escenario anterior y varios años más tarde, la Ley 20.087 del año 2006, vino a remediar esta omisión procesal, contemplándose dentro de los procedimientos especiales uno dedicado a las contiendas que afectan los derechos fundamentales de los trabajadores, denominado "Procedimiento de Tutela Laboral"<sup>42</sup>. Especial mención debe hacerse al art. 485 inc. 2° del C.T., el cual entrega una descripción legal respecto que debe entenderse como afectación de los derechos constitucionales de los trabajadores, señalando que: "Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales"<sup>43</sup>.

La redacción del precepto antes mencionado, dado su tenor literal, al emplear expresiones como "justificación suficiente", "arbitrariedad" y "proporcionalidad", sugiere la aceptación en el C.T. del método de ponderación, el cual si se concluye el mandato legislativo, su uso sería obligatorio para el juez del trabajo. Esto último ha sido reconocido por la doctrina laboral mayoritaria<sup>44,45</sup> y la Jurisprudencia<sup>46</sup>, en cuanto concluyen la incorporación de un método de ponderación para resolver la antinomia entre titulares de derechos

---

<sup>42</sup>"1° Que, uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por las leyes números 20.022, 20.023, 20.087, 20.260 y 20.287, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la vigencia plena de los derechos que el trabajador detenta no sólo en tal calidad, sino que también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental en las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos, más democráticos como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral. 2°.- Que el citado ritual constituye un sistema omnicompreensivo de salvaguardia de derechos, que se funda en el respeto y acatamiento directo de las normas constitucionales en las relaciones laborales, que afecten derechos fundamentales de los trabajadores contemplados en la Constitución Política de la República". Sentencia C.S. de 09/06/2009, Rol 3779-2009.

<sup>43</sup>La redacción del art. 485 del C.T., originalmente se contempló en el art. 502 del proyecto de la Ley 20.087 y su contenido fue introducido por los diputados Bustos, Burgos y Ceroni. Historia de la Ley 20.087, pp.108 y 194.

<sup>44</sup>UGARTE CATALDO, José Luis, *La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales*, ob.cit., p. 265 y *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, ob.cit., p.73; GAMONAL, Sergio, *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, ob.cit., p. 42; MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob.cit., p. 104; CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, ob.cit.

<sup>45</sup>No obstante a lo anterior, las afirmaciones de la ponderación en cuanto racionalidad y coherencia no esta exenta de críticas. En particular en materia laboral, en lo relativo a la coherencia, racionalidad y posibilidad, respectivamente. Cfr. FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos; WALTER DÍAZ, Rodolfo, *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*; RUAY SÁEZ, Francisco, *El juicio de ponderación en el procedimiento de tutela laboral*, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 (2011) 4, pp. 143-163; SILVA IRARRAZAVAL, Luis, *Supremacía constitucional y tutela laboral*, Revista de derecho (Valdivia) 24(2011), pp. 31-48.

<sup>46</sup>Cfr. Sentencia de J.L.T. de Copiapó. R.U.C. 08-4-0001305-6/ R.I.T. T-1-2008, considerando N° 8 párrafo 6°, confirmada por C.S. Rol 52-2009; Sentencia 1° J.L.T de Santiago, fecha 01/02/2010, T-71-2009, (considerando 5° párrafo 6); Sentencia 2do J.L.T Santiago, 17/08/2011 RIT S-32-2011 (considerando N° 1, párrafo 1°); 2° J.L.T. de Santiago de 30/01/2010 RIT T-60-2009; Sentencia 2° J.L.T. de Santiago de 28/12/2009, T-33-2009.



constitucionales, sugiriendo que cada uno de los subprincipios que conforman la ponderación son recogidos por la redacción del art. 485 del C.T., así: a) el juicio de idoneidad se encuentra referido al control de adecuación de la medida, esto es, que no sea “arbitraria”; b) el juicio de necesidad alude a que la medida que vulnera el derecho constitucional no se ejerza “sin justificación suficiente” y ; c) el juicio de ponderación en sentido estricto, se recoge en la expresión “que la medida no sea desproporcionada”. Esta tesis se ve fortalecida con la regla del “alivio probatorio”<sup>47</sup>, que se concede al trabajador según lo dispone el por cuanto el art. 493 del C.T. impone al empleador demostrar la “proporcionalidad” de las medidas que se estiman lesivas de los derechos constitucionales del trabajador.

2.-Sin embargo, la conclusión de que el método recogido por el legislador chileno es la ponderación no necesariamente ha sido recogido con unanimidad por los jueces del trabajo en nuestro país, y es así como se pueden encontrar numerosas sentencias que resuelven conflictos de derechos constitucionales en el juicio de tutela, acudiendo al conocido y defendido método de fundamentación o motivación de las sentencias<sup>48</sup>. Esta opción puede encontrar una buena justificación en el principio constitucional de que todo juicio debe cumplir con el estándar de un proceso racional y justo<sup>49</sup>, cumpliéndose además con el objetivo pedagógico de que el ciudadano comprenda las razones que da el juez para resolver en un sentido u otro<sup>50</sup>. En nuestro país, observamos que los jueces del trabajo no estiman obligatorio la aplicación del método de ponderación, cumpliendo solo con motivar la sentencia y destacadamente utilizando esta fórmula jurisdiccional en los casos en que se rechaza la demanda de tutela intentada por un trabajador<sup>51</sup>. Por otro lado, pero en la misma línea, el juez acoge la tutela sin efectuar el juicio de ponderación en los casos de conflicto de derechos fundamentales y aplicando el alivio probatorio indicario del 493 del C.T., como así también cuando la vulneración es evidente por carecer de justificación y razonabilidad<sup>52</sup>. En buenas cuentas se

---

<sup>47</sup>BAYLOS señala que un ejemplo típico de alteración de las reglas procesales en aras del principio de no indefensión, es el referido a las reglas de la prueba, mencionando la regla que corrige la carga de la prueba, invirtiendo la carga en el juicio en los casos de discriminación por razón de sexo, tutela de libertad sindical y extendida al resto de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (BAYLOS GRAU, Antonio, *La Igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*, en Revista del Colegio de Abogados de Concepción, 5(1998)). Al respecto la C.S. señaló al conocer del Recurso de Unificación de Jurisprudencia de 14/01/2010, ROL 7.023-09, que el art. 493 del C.T. “no altera la carga de la prueba, en la medida que impone a quien denuncia la presunta vulneración de derechos fundamentales la obligación de acreditar su aserto, pero ciertamente aliviana dicha carga, al exigir un menor estándar de comprobación, pues bastará justificar “indicios suficientes”, es decir, proporcionar elementos, datos o señales que puedan servir de base para que el acto denunciado pueda presumirse verdadero.”

<sup>48</sup>Cfr. TARRUFO, Michelle, *La Motivación de la Sentencia Civil*, (D.F., Editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, 2006); En Chile, PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *Motivación y fundamentación de las sentencias y debido proceso*, Gaceta Jurídica, 142(1992).

<sup>49</sup>Cfr. GONZALES CASTILLO, Joel, *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, Revista Chilena de Derecho, 33 (2006), pp.93-107 (2006). Este autor enfatiza que la fundamentación de la sentencia es un imperativo constitucional al citar un autor nacional, el cual alude a la consagración constitucional de la motivación del fallo, en la Constituciones España y Perú”.

<sup>50</sup>Como diría ANTONIETTI, “que una mayoría de personas tenga extraordinarias dificultades para leer y entender cualquier decisión judicial,(...) no habla mal de aquellos lectores sino por el contrario de quienes escriben el derecho. Los que escriben el derecho y los que deciden sobre el tienen el deber de comunicarse con claridad, porque lo que hacen, en definitiva, es decirnos cual es el significado verdadero de la constitucional(...) Resulta inaceptable, por tanto, que se escriba el derecho (o sea, las decisiones judiciales) a partir del uso de una jerga y de unos modismos que solo unos pocos especialistas son capaces de entender. Dicho lenguaje críptico no habla del nivel técnico de los autores del derecho sino, mas bien, de su desdén hacia deberes cívicos y de su falta de respeto hacia los derechos de los demás”. ANTONIETTI, Daniel, *Oralidad y Argumentación en el Proceso Penal*, (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009), p. 68. En la misma línea, señala TARRUFFO que “la función de la motivación, y por lo mismo la razón principal de la obligación correspondiente, consiste en permitir el control externo por parte de la opinión pública y de la sociedad en general, sobre los fundamentos y la legalidad de la decisión. De esta perspectiva, que no niega la función endoprocésal de la motivación pero sí recarga en su aspecto extraprocésal, el principio de la total publicidad de la motivación y la imposibilidad de que la obligación correspondiente pueda limitarse, son dos colorarios inevitables”. TARRUFFO, Michelle, *La Motivación de la Sentencia Civil*, ob.cit., p. 309.

<sup>51</sup>A modo de ejemplo Cfr. Sentencia J.L.T. de Osorno, de 02/03/2010 RIT: T-10-2009; Sentencia J.L.T. de Santiago, de 19/06/2010, RIT: T-28-2010; Sentencia J.L.T. de San Felipe 31/05/2010, RIT: T-1-2010; Sentencia J.L.T. de Osorno, de 08/03/2010, RIT: T-9-2009; Sentencia J.L.T. 1º de Santiago, de 21/04/2010, RIT: T-11-2010; Sentencia J.L.T. de la Unión, de 13/02/2009, RIT: T-2-2009

<sup>52</sup>A modo de ejemplo, Cfr. Sentencia 2º J.L.T Santiago de 19/03/2011, RIT T-403-2010; acoge demanda de tutela por discriminación por origen étnico, no resultando aceptable que una trabajadora haya sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche, con prescindencia de cualquier proporcionalidad o justificación; Sentencia 1º J.L.T. de Santiago, de 26/04/2010, RIT: T-38-2010 RUC: 10-4-0017832-7, el caso es relativo a la vulneración al derecho a la no discriminación por religión; Sentencia 1º J.L.T. de Santiago de 23/05/2011 RIT T-63-2011, que acoge tutela por discriminación por discapacidad física, afectando el derecho a contar con igualdad de oportunidades en el empleo, pronunciándose, a su vez, sobre la procedencia del daño moral; Sentencia J.L.T. de Chillán de 29/12/2010, RIT T-6-2010 que acoge tutela por afectación al derecho a la honra, al pretender la empleadora descontar de las remuneraciones de la actora

aprecia una libertad para resolver, cuestión que no ha sido objeto de reacción y control por las Cortes de Apelaciones del país al conocer los Recursos de Nulidad intentados contra los fallos de los Jueces del Trabajo, recordando el carácter de única instancia de su dictamen, cuestión que hace indispensable el control de dichos tribunales superiores, en cuanto existe una incertidumbre de cómo se resuelven estos casos. Es precisamente el examen de numerosos fallos dictados en este sentido lo que motiva el presente trabajo. Así, se puede sostener, que si se da por establecido la vulneración de un derecho fundamental sin acudir a la ponderación a los casos que menciona el 485 inc. 2° del C.T. antes explicado, sugiere una violación flagrante de dicha norma. Luego utilizar en el caso anterior al principio de fundamentación o motivación de las sentencias es claramente insuficiente.

Sobre el punto anterior, es útil señalar que en muchas ocasiones la decisión que adopta el juez está naturalmente influenciada por la teoría que distingue entre principios y reglas, por cuanto se estima que para aplicar la ponderación como método de solución ante la colisión de los derechos constitucionales, el juez del trabajo debe primero establecer si existen reglas que resuelvan el caso, aplicando necesariamente la técnica de subsunción de los hechos en las reglas que se estiman aplicables. Sin embargo, la aplicación de esta teoría puede a veces resultar artificiosa, pues en un caso concreto no se compadece con el conflicto constitucional que ha de resolver el juez del trabajo. Lo anterior, dado que es perfectamente posible, como ya se dijo, que el juez del trabajo pueda resolver la controversia sin acudir a la ponderación. No obstante, se observa en algunas sentencias, que el juez del trabajo establece primero si existe o no una regla que resuelva el conflicto, sosteniendo que siendo negativa la respuesta, aplicará sin más, el método de ponderación, y por ende será de cargo del empleador demostrar la “proporcionalidad” de las medidas, en cuanto idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuando se demuestre la existencia de indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales.

3.-Volviendo a la discusión si en Chile existe una regla legal que realice el balance de derechos fundamentales de forma autoritaria -cuestión que desde ya afirmamos su dificultad<sup>53</sup>- recordemos que la medida para permitir la afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro, poniendo de paso en manifiesto que el peso de los principios no es determinable en forma absoluta, sino es siempre será cuestión relativa. Por lo anterior, la solución ante la antinomia normativa “es una tarea esencialmente judicial”<sup>54</sup> por ser en si una técnica casuística de análisis concreto, existiendo entre los principios, en la terminología de ALEXY, una relación de precedencia condicionada, donde el caso concreto define las condiciones en las que un principio prevalece o cede frente a otro<sup>55</sup>, existiendo una jerarquía móvil<sup>56</sup> entre los mismos.

Sobre nuestro punto, esto es el orden de aplicación de los subprincipios del juicio de ponderación, en su ejercicio existe una técnica de aplicación escalonada<sup>57</sup>, comenzando con examinar si la medida persigue un fin constitucional legítimo; luego analizar si se dio cumplimiento con los estándares de necesidad de la medida, no existiendo otra menos gravosa para el caso en concreto y; por último, analizar que la medida no deba ser desproporcionada, resultando la limitación del derecho fundamental razonable. Así, si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde, revisar si, además, es proporcional en sentido estricto<sup>58</sup>. Se concluye por la jurisprudencia nacional que la ponderación se aplica de forma escalonada, por lo que si no supera el primer juicio, no es posible continuar con los siguientes, teniendo concordancia con la propuesta teórica de la ponderación.

No obstante, para algunos el art. 485 del C.T. inc. 3° en vez de establecer los subprincipios de la ponderación, señala diversas formas como se pueden lesionar, por limitación, los derechos fundamentales de los trabajadores, existiendo cuatro: limitación de los derechos sin justificación suficiente; limitación en forma arbitraria o desproporcionada; y limitación sin respeto al contenido esencial del derecho. A éstos añaden las represalias empresariales derivada de una fiscalización administrativa o actividad jurisdiccional incoada por un trabajador, las que llevan envuelta la vulneración de un derecho fundamental en sí mismo<sup>59</sup>. Para estos autores, los casos de violación de un derecho constitucional contemplados en el aludido texto se refiere a reglas de aplicación y no al principio de ponderación.

En este mismo sentido, preciso es conceder que en los casos de prácticas antisindicales y prácticas desleales (mecanismos legales chilenos para proteger la sindicación y la negociación colectiva, ejes vertebradores de libertad sindical, las cuales se benefician con el

---

parte de la pérdida de dinero, atribuyendo responsabilidad por la sustracción de dichos valores sin investigación previa, ni procedimiento legal alguno preestablecido; Sentencia 2° J.L.T de Santiago, de 04/06/2010, RIT: S-9-2010.

<sup>53</sup>En tal situación no es el que el legislador no pueda ponderar, al contrario, no se puede negar que serian deseables leyes ponderadas que regularan y solucionarían la antinomia normativa de principios como son los derechos fundamentales, el problema sin embargo radica en que eliminar el conflicto entre principios por una norma, establece por vía legislativa una jerarquía de preceptos constitucionales, cuestión que supone asumir innegablemente un poder constituyente que no recae en el legislador. La virtualidad de la ponderación legislativa conlleva el enjuiciar en abstracto derechos fundamentales y por tanto el comportamiento de la ciudadanía de forma anticipada, atenta directamente a la conformación de un estado democrático.

<sup>54</sup>PRIETO SANCHIZ, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, (Madrid, Trotta, 2003), p 195.

<sup>55</sup>ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 89

<sup>56</sup>PRIETO SANCHIZ, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob.cit., p.191.

<sup>57</sup>NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, (Santiago, Librotecnia, 2006), p. 386.

<sup>58</sup>Al respecto se ha señalado “se hace innecesario entrar en el último de los juicios de la proporcionalidad, esto es el de la proporcionalidad en sentido estricto, al no haber, la conducta, superado el examen de necesidad”. (Sentencia del J.L.T. de Valparaíso, RUC 0940011952-7, RIT T-19-2009); “El Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.- No se efectuará este razonamiento, por haber ya concluido que no superó el estándar de necesidad de la medida adoptada, siendo sobreabundante por tanto cualquier conclusión adicional que se refiera”. (Sentencia 2° J.L.T. de Santiago de 28/12/2009, T-33-2009)

<sup>59</sup>FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos; WALTER DIAZ, Rodolfo, *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*, en Revista de derecho(Valdivia), 24 (2011)2., p.105 y ss.

procedimiento de tutela laboral por reenvío en el mismo C.T.), como también en el caso de la discriminación salarial por razón de género (art.62 bis del C.T.) los textos legales entregan hipótesis lesivas que pueden resolverse con las reglas del C.T., sin necesidad de acudir a la noción de colisión de derechos fundamentales. Es perfectamente factible subsumir sin ponderar.

V. SOBRE EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN EL C.T. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS JUICIOS O SUBPRINCIPIOS DE LA PONDERACIÓN: IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

Efectuada las precisiones acerca de si es indispensable o no la utilización de la ponderación, se hace necesario abordar en forma pormenorizada la secuencia que constituye el juicio de proporcionalidad o ponderación y que ha dicho la doctrina y jurisprudencia nacional al respecto.

**1.-Sobre nuestro primer subprincipio del juicio de ponderación, esto es Idoneidad.** La doctrina nacional chilena a entendido que lo que busca es que “la medida de control que pretende adoptar el empleador debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto”<sup>60</sup>, que se consigne “el logro de la finalidad perseguida”<sup>61</sup>, la cual “debe ser idónea en el sentido de que debe ser apta para el fin perseguido por el empleador”<sup>62</sup>, ya que de otro modo será arbitraria.

Existe así una relación medio-fin<sup>63</sup> entre la conducta del empleador que restringe el derecho fundamental del trabajador y la finalidad respaldada constitucionalmente perseguida por el empleador, debiendo el juez considerar lesiva de un derechos fundamental del trabajador por desproporcionadas aquellas conductas que restringen uno o mas de esos derechos y que no logran ni ayudan a lograr de modo significativo el objetivo perseguido<sup>64</sup>. En buenas cuentas que la restricción al derecho fundamental del trabajador permite alcanzar un fin empresarial legítimo<sup>65</sup>, por lo que si la intromisión en la esfera de un derecho fundamental no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, debe ser declarada como injustificada<sup>66</sup>.

Por tanto, la cuestión central en la idoneidad quedara fijada por la identificación del fin, lo que se logra descubrir el juez con la comparación entre la situación real y la hipotética que pretende la conducta empresarial, estando la idoneidad de la misma dada por la razonabilidad de la medida y que de acuerdo su naturaleza pueda alcanzar dicho fin<sup>67</sup>. De esta forma la finalidad debe ser proporcionada en

<sup>60</sup>CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII (2006), p. 24

<sup>61</sup>MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, cit. ob.cit., p. 109.

<sup>62</sup>GAMONAL, Sergio, *El Procedimiento De Tutela De Derechos Laborales*, ob.cit., p.45.

<sup>63</sup>Así lo reconoce la D.T. en dictamen N° 3441/072 del 20/08/08, donde señala que “la utilización de estos mecanismos de control audiovisual, con el exclusivo objetivo de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado «principio de proporcionalidad», y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional, principio que se traduce en un examen de admisibilidad -ponderación- de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado -constricción del derecho fundamental- y el fin deseado -ejercicio del propio derecho-”.

<sup>64</sup>UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, ob.cit., p.76

<sup>65</sup>El sentenciador se pregunta, en el conocido caso Kronos, si es pertinente o legítimo que el empleador pretenda controlar los medios tecnológicos y equipos de computación que siendo de su dominio, pone a disposición de los trabajadores para el desarrollo del trabajo mismo. Se dispone que es requisito preguntarse si es apto o idóneo para lograr tal protección, la fiscalización y control que realice el empleador al uso de los equipos y a la información que se envíe desde ellos a terceros; en otras palabras, si con revisar los respaldos de las conversaciones que los trabajadores tienen a través del sistema messenger con terceros, se puede evitar que no se traspase información privada y sensible para la empresa y, además, que no se dé un uso inadecuado a estas herramientas. La respuesta evidente es que a través de esa fiscalización y control, se llega, sin duda, a evitar que a través de estos medios electrónicos no se cumplan estas legítimas expectativas del empleador. Sentencia dictada por Juez Titular del J.L.T. de Copiapó. R.U.C. 08-4-0001305-6/ R.I.T. T-1-2008, confirmada por C.S. Rol 52-2009. Para un análisis crítico sobre el caso Kronos: FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, *Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (juizado de letras del trabajo de copiapó)*, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 21(2008)2, p.251-271.

<sup>66</sup>En Sentencia dictada por 2° J.L.T. de Santiago de 30/01/2010 RIT T-60-2009, que acoge tutela y resuelve que cualquier discriminación que no diga relación con la idoneidad o capacidad personal debe ser declarada como vulneradora de derechos fundamentales, por lo que la solicitud de un certificado de antecedentes solo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores.

<sup>67</sup>Un Dictamen de la D.T. que resuelve una cuestión sobre la obligación de confidencialidad, señala “será idónea en la medida que persiga un fin legítimo y que, razonablemente, de acuerdo a su naturaleza, pueda alcanzar dicho fin. A priori, parecerá idóneo el fin de cautelar cierta información que supusiere una ventaja respecto de la competencia y cuya revelación,

forma clara por el empleador, lo que en caso de conflicto debe ser probado por este, conclusión arribada en el caso chileno por la redacción del art. 493 del C.T. en cuanto impone al empleador la obligación de probar la proporcionalidad de las medidas adoptadas al lesionar los derechos fundamentales.

Queda demostrado que tal finalidad debe exteriorizarse como expresión del poder disciplinario y control del empleador, ya que de otro modo se vuelve una cuestión indeterminada y nebulosa que constituye terreno fértil para la arbitrariedad. Lo anterior concuerda con lo afirmado por la Jurisprudencia Administrativa<sup>68</sup> y reconocido por la Judicial<sup>69</sup>, ya que la finalidad puede resultar lícita en la medida que cumplan con los requisitos generales de toda medida de control y, además, con algunos singulares relacionados con el medio empleado.

Destacadamente en el caso chileno, en buen ejemplo en cuanto a la formulación de requisitos para justificar la finalidad, lo encontramos en las normativas sobre el Reglamento Interno del C.T. (art. 154), que tiene por objeto de evitar cualquier arbitrariedad y en general violación de derechos fundamentales en el ejercicio de su potestad reglamentaria, lo que se logra cumpliendo los siguientes requisitos: a) deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley; b) sólo pueden efectuarse por medios idóneos y concordante con la naturaleza de la relación laboral; c) su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir no debe tener un marco discriminatorio; y d) debe respetarse la dignidad del trabajador.

Uno de los primeros ejercicios de ponderación realizados en Chile que aplica expresamente el juicio de idoneidad o adecuación<sup>70</sup> corresponde al realizado por la D.T. en el caso de "los polígrafos"<sup>71,72</sup> donde se cuestiona si un empleador, con el objeto de prevenir delitos, tales como el contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, tiene derecho a requerir de sus postulantes a cargos de seguridad y a quienes actualmente se desempeñen en dichos cargos, el someterse a un examen de polígrafo. Señala el organismo administrativo que las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, como lo sería la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos señalados. En este caso, las medidas no deben tener un carácter prepolicial, investigatorio o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones.

En este sentido, y a título ejemplar, se ha resuelto que el juicio de idoneidad permite evaluar si la medida de control implementada por el empleador denunciado afecta los derechos fundamentales del trabajador, la que consiste en apostar dos de sus dependientes en el hall de acceso al diario (se trata de una empresa periodística), quienes tomaban nota o registraban a los trabajadores participantes de una manifestación, para lograr la finalidad que el propio empleador se planteó consistente en evitar el perjuicio que importaría el abandono de sus labores productivas. La respuesta es evidentemente afirmativa, con lo cual podemos constatar que detrás de este reconocimiento esté presente la protección al derecho de propiedad del empleador, quien desea legítimamente resguardar que las tareas productivas de la empresa no se dejen de desarrollar como consecuencia de la ausencia de sus dependientes, evitando así, o al menos previniendo, los perjuicios que ello le pudiera acarrear. Para el tribunal, si los trabajadores se ausentan es altamente probable que la producción se detenga o se haga más lenta o ineficiente, lo que puede acarrear perjuicios. Se pregunta el Juez, ¿Cómo evitar que ello ocurra?, controlando que los trabajadores no se ausenten<sup>73</sup>.

---

por lo mismo, implicará razonablemente un perjuicio para aquella. En cambio, no parecerá idónea una información que sea de conocimiento público en el medio en el que se desenvuelve la empresa. Tampoco parecerá idónea aquella reserva que se exija respecto de información que derive de la experiencia adquirida al servicio de un empleador, en cuanto esté formada por conocimientos que se han integrado en la personalidad profesional del trabajador." D.T. N° 4731/081 de 03/10/2010.

<sup>68</sup>Cfr. Dictamen D.T. N° 2328/130 de 19/07/2002 y N° 2852/158 30/08/2002, los cuales, a su vez, establecen las medidas específicas que deben cumplir en materia audiovisual.

<sup>69</sup>C.S. en fallo de Apelación de Recurso de Protección Rol 5232/2005 del 18/10/2005.

<sup>70</sup>Adecuación para tal organismo, Cfr. Dictámenes N°. 4842/300 de 15/01/93; 8273/337 de 19/12/95; 287/14, de 11/01/96; y 2309/165 de 26/05/98.

<sup>71</sup>Dictamen D.T. N° 684/50 de 6/02/1997.

<sup>72</sup>En este caso el organismo siguiendo su propia doctrina de dictamen N° 4.842-300 de 15/09/1993 estima que "resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto y la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas".

<sup>73</sup>Sentencia J.L.T. de Valparaíso, RIT T-19-2009, anulada por Recurso de Nulidad (criticable impugnación y pobre fundamentación por parte del tribunal de alzada) señala el tribunal de alzada (C.A. de Valparaíso) "Décimo cuarto: Que si bien está acreditado que el Director del Mercurio, señor Toro, se encontraba en el balcón del edificio de el Diario El Mercurio con una cámara con actitudes de estar filmando o fotografiando los hechos que ocurrieran en ese momento, el día 16 de abril de este año, sin embargo no se aprecia de qué manera tal conducta pueda constituir una vulneración real, efectiva del derecho constitucional de la libre expresión consagrada en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, máxime cuando, tal como anota la sentenciadora, no hay certeza acerca de lo que filmó o fotografía, si lo hizo o

**2.- Sobre nuestro segundo juicio de ponderación, el Juicio de Necesidad.** Se refiere a que la medida que afecta los derechos fundamentales debe tener una justificación suficiente. En general, “debe acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio en pugna”<sup>74</sup>.

En Chile, se ha consensuado que “la medida debe ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”<sup>75</sup>, lo que “importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna con el derecho fundamental en cuestión”<sup>76</sup>, de tal forma que “no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa”<sup>77</sup>, de lo contrario carece de la justificación suficiente exigida.

MELIS<sup>78</sup> afirma, que el análisis se realiza comparativamente entre los distintos medios alternativos existentes en relación con la intensidad de la restricción, buscando establecer la eficacia o aptitud de la medida objeto de control, lo que se logra: a) determinando la idoneidad del medio empleado para restringir el derecho fundamental; b) identificando los medios alternativos; c) comparando el medio empleado y los medios alternativos.

NOGUEIRA<sup>79</sup> exige que esta necesidad cumpla con cuatro requisitos: a) necesidad material, esto es que el medio utilizado sea el que afecte en menor intensidad al derecho fundamental; b) exigibilidad espacial, lo que quiere decir es que el medio que se utiliza sea aquel que limite en la menor forma el ámbito de aplicación del derecho; c) exigibilidad temporal, esto es que se afecte el menor tiempo posible al derecho fundamental; d) exigibilidad personal, entendiendo que la medida debe afectar a la menor cantidad de personas posibles.

En este caso se requiere por parte de los jueces una cierta proyección de las medidas en base al contexto del caso concreto, puesto que no basta con la sola constatación de la medida enjuiciada, sino que deben evaluar si el mismo resultado se hubiese obtenido con una medida menos lesiva del derecho fundamental en cuestión<sup>80</sup>, analizando los medios o formas disponibles para el empleador para alcanzar su propósito o si existía otro u otros medios razonables para lograr una adecuación entre los intereses de los trabajadores y el legítimo objetivo perseguido por el titular de los medios de producción<sup>81</sup>, siendo la medida escogida la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal

---

no. Consecuentemente, la norma del artículo 485 del Código del Trabajo ha sido incorrectamente aplicada en este caso”. Rol N° 373-2009

<sup>74</sup>PRIETO SANCHIZ, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, en Principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica., ob.cit., p 135.

<sup>75</sup>CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, ob.cit., p.24

<sup>76</sup>UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, ob.c.it., p.77; *Los Derechos Fundamentales del Trabajador: el nuevo procedimiento de tutela laboral*, Colección Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, 2(2006), p. 22 ; *El Nuevo Derecho del Trabajo*, (Santiago, LexisNexis, 2007), p. 151

<sup>77</sup>La D.T. a resuelto en dictamen 2875/72 de 22/07/2003 si constituye un control ilícito el sistema de videocámaras implementadas por la empresa al interior de sus instalaciones, señalando “se exige que la medida limitativa, en este caso el control visual, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre, ya que existen variadas formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y optimizar el control de calidad de los productos y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador”.

<sup>78</sup>MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob.cit., p. 112.

<sup>79</sup>NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Lineamiento de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, (Santiago, Librotecnia, 2006). p 387 y 388.

<sup>80</sup>A modo de ejemplo, se ha señalado “si es posible que la Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., llegara a conocer por otros medios que su trabajadora se comunicaba con una trabajadora de la empresa Salfa Construcciones vía messenger si no hubiese leído los respaldos de dichas conversaciones. La respuesta rotunda es no, toda vez que las posibilidades en estos casos son muy limitadas, ya que se trata de conversaciones instantáneas, a través de un mecanismo electrónico como muy bien lo reconoció el testigo Francisco Lagos Peralta como un teléfono con escritura, donde las únicas opciones distintas serían más graves y vulneratorias como por ejemplo intervenir directamente el messenger si es que se pudiese o derechamente tener un vigilante toda la jornada de trabajo, que estuviese constatando que no se hable con terceros. De lo anterior, que evidentemente la menos invasiva resulta ser la lectura y utilización de los respaldos de la conversación privada.” Sentencia J.L.T. de Copiapó. R.U.C. 08-4-0001305-6/ R.I.T. T-1-2008, y C.S. al rechazarse el recurso de unificación de jurisprudencia. Rol 52-2009. Recalcamos que tal fallo debe ser analizado con prudencia y fortalecer la crítica teniendo en cuenta fue el primer fallo que abrió el procedimiento de tutela. Al respecto Cfr. FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, *Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (juizado de letras del trabajo de copiapó)*, ob.cit., pp.251-271.

<sup>81</sup>Al respecto ver el conocido caso “El mercurio de Valparaíso”, en el cual el empleador ordena a dos de sus dependientes en el hall de acceso al diario, quienes tomaban nota o registraban a los trabajadores participantes en una manifestación, para

que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa<sup>82</sup>. Este segundo paso debe atarse con gran intensidad al caso concreto, a fin de evitar el juicio especulativo del juzgador.

Sobre este respecto particularmente nos parece ejemplificador el juicio de necesidad desarrollado a propósito de un control empresarial de investigación derivado de la pérdida de mercaderías que se trasladaban de un supermercado a otro, las cuales nunca llegaron a su destino, siendo despedido un trabajador como resultado de la investigación por la responsabilidad que tenía en la pérdida de la mercancía. Señala el tribunal: “Del examen anterior, resulta a la vista que el actuar de la sociedad demandada fue desprolijo, lesivo, sin la rigurosidad y racionalidad necesaria que requiere una actuación como la que trató de desarrollar. Luego ante la pregunta relativa a si existían otras posibilidades menos invasivas o agresivas frente a los derechos de los entrevistados, evidentemente que si, primero existía una vía que es la legitimada por nuestro ordenamiento jurídico, no obstante ningún antecedente se incorporó en relación a la denuncia oportuna ante la policía o el Ministerio Público, de hecho se pidió información a este organismo quien no aportó ningún dato que hiciera pensar que esto se puso en manos del órgano competente, de hecho todos los testigos de la demandada reconocieron que ni el día cinco, ni al día siguiente, ni el día doce, ni a los días siguientes se llamó a carabineros para que tomara control y conocimiento de los hechos; valga la pregunta de si no es esa la actitud normal cuando ocurre algo grave. Luego también existían otras posibilidades menos lesivas, como por ejemplo que la entrevista la hubiese realizado la jefatura de la actora, el jefe de seguridad del local o en el peor de los casos un extraño que no estuviese deslegitimizado por su prontuario penal y en todo caso siempre en el marco de un procedimiento previamente establecido y comunicado oportunamente, lo que es evidente en este caso se omitió”<sup>83</sup>.

### **3.- En relación tercer subprincipio de ponderación, conocido como de Proporcionalidad o Ponderación en sentido estricto.**

Debemos afirmar, concordando con RUAY, que es donde mas compleja es la discusión<sup>84</sup>, y sin embargo, a pesar de ser un punto determinante en la metodología de ALEXY, es el menos desarrollado en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional<sup>85</sup>.

Este subprincipio encierra “el núcleo de la ponderación”<sup>86</sup>, ya que en la idoneidad y necesidad se expresan mandatos de optimización relativo a las posibilidades fácticas, no jugando en ellos papel alguna la ponderación<sup>87</sup>. En efecto, la aplicación de la ponderación en sentido estricto solo es procedente una vez superado el análisis de la idoneidad y necesidad, tratando estos últimos de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales que sean evitables sin costo para otros principios<sup>88</sup>.

En pocas palabras, según PRIETO, la proporcionalidad en sentido estricto consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. A diferencia de los juicios anteriores, entraña un juicio jurídico donde se mide el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro, valorando la justificación o falta de justificación<sup>89</sup>. Sobre este respecto pareciera ser que lo correcto es hablar de importancia al constituir este subprincipio un juicio jurídico, poniendo énfasis en la comunidad, en cuanto

---

lograr la finalidad que el propio empleador se planteó consistente en evitar el perjuicio que importaría el abandono de sus labores productivas. El empleador en este caso conocía que los sindicatos participaría en la marcha convocada, y lo supo con antelación, es decir, antes de la fecha programada para la movilización, a partir de ese conocimiento, se representó que los trabajadores, sus dependientes, o parte de ellos, podrían participar en dicha actividad y que con ello se produciría abandono de su que hacer con perjuicio de sus intereses. Pues bien, frente a este conocimiento previo y a su interés legítimo, pudo razonablemente implementar otros medios para resguardarlos, como hubiera sido solicitar, por medio de los dirigentes sindicales y anticipadamente, que se le comunicara los nombres de las personas que tenían dicha intención a fin de, evaluando la incidencia de las ausencias que ello podría significar y el tiempo que ellas durarían, adoptar las medidas de reemplazo u otras necesarias para no detener la labor productiva, evitando perjuicios. Este u otro mecanismo similar y por supuesto más benigno, disponible para el empleador, le hubiera permitido conseguir el fin que tuvo en vista, sin embargo, optó por una más gravoso, todo lo cual nos permite concluir que este último, el control implementado ya descrito, no supera el juicio de necesidad, no era imprescindible y si bien es cierto es idóneo, esta falta de necesidad torna injustificada la restricción del derecho fundamental de la libertad de expresión que dicha medida significó para los trabajadores socios del sindicato denunciante.

<sup>82</sup>La Jurisprudencia Administrativa de la D.T. al respecto del pronunciamiento acerca de la legalidad de la implementación en una empresa de un programa a nivel de la red del sistema de computación, denominado WIN VNC, declara que se exige que la medida limitativa, en este caso el control por medio del referido programa computacional, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, lo que, en la situación en análisis, evidentemente no ocurre, ya que existen variadas otras formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en lo referido al derecho a su intimidad. Dictamen N° 3441/072 del 20/08/2008.

<sup>83</sup>Sentencia 2° J.L.T. de Santiago de 28/12/2009, T-33-2009, considerando 9°.

<sup>84</sup>RUAY SÁEZ, Francisco, *El juicio de ponderación en el procedimiento de tutela laboral*, ob.cit.

<sup>85</sup>Ibíd. Para profundizar sobre la ponderación en sentido estricto, Cfr. ALEXY, Robert, *La formula del peso*, ob.cit., pp. 7- 52.

<sup>86</sup>PRIETO SANCHIZ, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, en Principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica., ob.cit., p. 137.

<sup>87</sup>ALEXY, Robert, *La formula del peso*, ob.cit., p. 19.

<sup>88</sup>Ibíd.

<sup>89</sup>PRIETO SANCHIZ, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, en Principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica., ob.cit., p. 137.

interés general y no satisfacción al titular estricto, aun cuando no se debe descartar de manera absoluta la satisfacción del derecho de un ciudadano frente a la colectividad.

Por este juicio se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción<sup>90</sup>, debiendo “evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto”<sup>91</sup>, y que en estricto rigor nos lleva preguntarnos cuál de los intereses en conflicto tiene mayor peso en el caso concreto. Tal principio conlleva que el límite a los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en sus efectos<sup>92</sup>, dando aplicación a la máxima de ALEXY “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Una interesante interrogante se plantea en el derecho chileno sobre el sentido de la expresión proporcionalidad, utilizada en el art. 485 del C.T., la cual se replica en el art. 493 del mismo texto legal. La pregunta es ¿qué se entiende por proporcionalidad en sentido estricto, en los términos del art. 485 del C.T.? ¿que la medida no deba ser “desproporcionada”? ¿qué sea “sin respeto a su contenido esencial”? o ¿son “las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la D.T. o por el ejercicio de acciones judiciales”?

3.a) Sobre la primera expresión –desproporcionada- la jurisprudencia a señalado que se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, proporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos, quedando inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable<sup>93</sup>.

3.b) Respecto a la segunda interrogante, esto es “sin respeto a su contenido esencial” del art. 485 del C.T., se estima que tal es parte de la proporcionalidad en sentido estricto, ligando tal criterio a la racionalidad de la medida adoptada<sup>94</sup>, teniendo consonancia en la función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho –garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, N° 26–suponiendo por tanto la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador.

En efecto “tal ponderación exige de las resoluciones judiciales una valoración adecuada y razonable del contenido y alcance de los derechos, teniendo en consideración el bloque constitucional de ellos y la correcta consideración de las fuentes del derechos constitucional, evitando afectar el núcleo esencial de los derechos asegurados”<sup>95</sup>. Sobre la determinación del núcleo de un derecho fundamental, se ha producido un arduo debate, tanto doctrinario como jurisprudencial, a fin de proporcionar un instrumento que permita su determinación y no se transforme en una mera apreciación subjetiva del sentenciador, debate que hasta la fecha ha sido ajeno a la doctrina laboral chilena.

Sobre este crucial punto, GAMONAL, citando al T.C., a señalado que se desconoce el contenido esencial del derecho cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, cuando al derecho se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible como tal y se impide su libre ejercicio<sup>96</sup>. En la misma línea “es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonable y justificado”<sup>97</sup>. Así también, “el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no se pueden ejecutarse. El derecho se dificulta mas allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial de derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y como juega en ella el derecho y la limitación”<sup>98</sup>.

Se ha señalado por la jurisprudencia laboral, a propósito del despido verbal utilizando palabras groseras en contra de una trabajadora encargada de la atención al público en una panadería, donde se vulneran las garantías del art. 19 N° 1 (integridad síquica) y N°4 (honra) de la C.P.R., señalando el tribunal “que las garantías fundamentales que se han tenido por lesionadas, lo han sido en su contenido esencial, toda vez que no existe facultad alguna del empleador que pueda autorizar la vejación del trabajador en los términos que se han dado por establecidos”<sup>99</sup>.

3.c) Efectuado el análisis anterior, debemos detenerlos en la relación existente entre la proporcionalidad en sentido estricto y la garantía de la indemnidad, toda vez que la redacción del inc. 3° del art. 485 del C.T. al parecer lo asimila. El precepto indica “en igual

<sup>90</sup>Dictamen D.T. N°4731/081 de 03/10/2010.

<sup>91</sup>CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, ob.cit., p. 24.

<sup>92</sup>GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Procedimiento de Tutela de Derechos fundamentales*, ob.cit., p. 46

<sup>93</sup>Sentencia de Juez del J.L.T. de Copiapó. R.U.C. 08-4-0001305-6/ R.I.T. T-1-2008.

<sup>94</sup>GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Procedimiento de Tutela de Derechos fundamentales*, ob.cit., p. 46.

<sup>95</sup>NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos*, (D.F.L., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000), p 45.

<sup>96</sup>Sentencia T.C., de 24.02.87, Rol N° 43, considerando 21.

<sup>97</sup>Sentencia T.C., Rol N° 226, considerando 47

<sup>98</sup>Sentencia T.C., Rol N° 280, considerando 29.

<sup>99</sup>Sentencia J.L.T. de San Felipe, de 09/05/2009, RIT T-2-2009.

sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”. Luego es útil establecer si esta “garantía” forma parte del criterio de proporcionalidad en sentido estricto o es una garantía de corte legal.

Al respecto la jurisprudencia expresamente ha reconocido la construcción dogmática como una garantía de origen legal<sup>100</sup>. Sobre su naturaleza, UGARTE opina que la “garantía de indemnidad” es un “derecho diseñado en la propia ley procesal”, en efecto “la nueva ley viene a dar lugar a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional”. Señala que “a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales estructurados como principios, la garantía de indemnidad no debe ponderarse ni balancearse con otros derechos, de modo tal que nunca hay represalias ‘justificadas o proporcionadas’, por lo que solo cabe determinar si existió o no una represalia, y si ella viene conectada con el ejercicio de una acción judicial por parte del trabajador o una acción administrativa”<sup>101</sup>. En esta línea, se la jurisprudencia a dicho que “si la lesión se produce, porque el ejercicio de esas facultades limita el ejercicio de aquellos derechos protegidos, sin justificación suficiente de la conducta de la empleadora, se presume que esa actuación constituye una respuesta para castigar esa denuncia, esto es, ha sido una represalia directa al proceder del trabajador”<sup>102</sup>.

Sobre el análisis de tal garantía se ha señalado en el caso de un despido con vulneración de derechos fundamentales en la forma de atentado a la garantía de la indemnidad, el desafío es mayor. El objetivo final que involucra el procedimiento de tutela, está en dilucidar si la decisión de separar a un trabajador obedece efectivamente a una legítima gestión empresarial o si, de modo diferente, se aducen razones que son sólo aparentes y encubren, en verdad, una motivación de castigo o de represión a los actos del trabajador. Haciendo aplicación la reducción o morigeración de la carga probatoria que recae en el trabajador, ante los meros indicios de existencia de la vulneración, generada que sea la razonable sospecha de haber tenido lugar la represalia, es el empleador quien debe ahora “explicar la medida y justificar su proporcionalidad”<sup>103</sup>.

No obstante lo anterior, no compartimos el criterio de calificación, ni su naturaleza de derecho fundamental de corte legal, por cuanto no es posible generar una norma fundamental por esta vía ni jamás extraer una regla fundamental a través de un ejercicio interpretativo de un derecho de rango legal. En un estado democrático de derecho no se admite tal posibilidad<sup>104</sup>. En este caso dudamos, en

---

<sup>100</sup>“Decimotercero: Además de los Derechos Constitucionales protegidos por la acción de tutela laboral, existe una garantía de origen legal que también encuentra protección en el procedimiento de tutela(..)”

“Decimocuarto: El derecho vulnerado, Garantía de Indemnidad, corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza, a resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos. Esta Garantía vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos.” (Sentencia de J.L.T. de Valdivia, RIT T-10-2010).

<sup>101</sup>UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, ob.cit., p. 37; *los derechos Fundamentales del trabajador. el nuevo procedimiento de tutela laboral*, en Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, 2 (2006), p. 17.

<sup>102</sup>Sentencia C.A. de Rancagua de fecha 01/09/2010, ROL 102-2010. En la misma línea ver Sentencia J.L.T. de Concepción de fecha 01/10/2009, RIT-16-2009, disponiendo que “el despido del que ha sido objeto la trabajadora obedece a que frente a los incumplimientos del empleador a sus deberes laborales más esenciales como es el pago íntegro y completo de la remuneración acordada y demás infracciones alegadas, la trabajadora solicitó una fiscalización a la Inspección del Trabajo de Concepción, ésta se llevó a cabo, e inmediatamente después de ser notificado su empleador, éste en vez de corregir su conducta, procedió a despedirla, vulnerándose con ello la denominada garantía de indemnidad, que es el derecho de toda persona del ejercicio legítimo de sus derechos, y que consiste en no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales”

<sup>103</sup>Sentencia C.A. de Santiago de 31/01/2011, Rol 1315-2010.

<sup>104</sup>Sobre este respecto compartimos los planteamientos de FERRADA y WALTER quienes señalan: “que el legislador pueda crear derechos fundamentales es una cuestión teóricamente muy controvertida, no sólo desde la perspectiva de la concepción formal de los derechos fundamentales –definidos precisamente como aquellos establecidos en la Carta Fundamental–, sino porque la resistencia al cambio o intervención legislativa es una de las características que precisamente los identifica en un estado constitucional de derecho, sobre todo en sus aspectos medulares o de contenido esencial. En este sentido, el reconocimiento de la “garantía de indemnidad” como derecho fundamental en el artículo 485 del Código del trabajo, tal como lo ha postulado la doctrina laboral más citada, supondría la creación de un derecho subjetivo público de base y fundamento legislativo, lo que lo hace disponible para el propio legislador, suprimible o modificable en su contenido esencial, por tanto, por él mismo. esto evidentemente debilita al derecho, ya que su no resistencia frente a la actividad legislativa lo hace perder valor jurídico, aun cuando pueda ser aplicado directamente por el juez laboral.

Así es evidente que la denominada garantía de indemnidad o derecho a la indemnidad, aun cuando derivara de otro derecho fundamental –derecho a la tutela judicial efectiva–, como lo han sostenido algunos, no tendría la entidad ni fortaleza de los verdaderos derechos fundamentales establecidos en la Constitución política de la república, apareciendo como una creación legislativa debilitada de un derecho.” (FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos; WALTER DÍAZ, Rodolfo, *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*, ob.cit., pp. 99 y ss.)



el esquema de tal concepción, si se hace alusión directa a la ponderación propiamente tal o no, ya que se expresa en relación con la sola indemnidad sin contraposición alguna de derechos como la propiedad o la libre organización de un actividad económica, siendo su análisis y ponderación unidireccional, por si y para si, no existiendo necesidad de contraponer tal conducta frente a otro derecho, por lo que más bien entendemos que es parte integral de la proporcionalidad en cuanto su objeto, siendo una prohibición de represalias empresariales configurante de una hipótesis de afectación o lesión de los derechos fundamentales, en cuanto tal no es razonable ni proporcionada bajo cualquier respecto e hipótesis. Esta aprensión no significa disminuir la importancia de la indemnidad, al revés, la necesidad de hacerse cargo de un grave problema que enfrenta el trabajador que sostiene haber sido exonerado por represaría hace razonable la posibilidad de beneficiarse con el alivio probatorio contenido en el procedimiento de tutela, y por otra parte, dar mas facultades al juez señaladas en el requisitos de la sentencia para decretar medidas tendientes a prevenir dicha represalia o que no extiendan a otros trabajadores en el futuro. Si bien existe una conexión entre el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva<sup>105</sup> ello no obliga necesariamente a la ponderación según ya se analizo. Sobre el punto, resulta esclarecedor la opinión del Ministro del Trabajo de la época, el cual al concurrir al congreso al debate de la ley 20.087, indico “que las represalias constituían un inconveniente que atentaba contra el objetivo principal de la iniciativa, cual es, generar acceso expedito a la justicia”. Mas adelante indica, “es el juez quien resuelve si se da la tipificación que consigna la norma en debate”<sup>106</sup>.

Para finalizar, sobre la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto, podemos acudir a la jurisprudencia administrativa en lo concerniente ha aquellos casos relativos a la admisión de cámaras al interior del recinto empresarial como medida de vigilancia, en el que se plantea una colisión entre el derecho de propiedad del empleador y la intimidad y vida privada de los trabajadores, resolviéndose que las “videocámaras si bien se ha ponderado para resolver el conflicto que la medida de instalar cámaras de video resiste el juicio de idoneidad (sirve objetivamente para el objetivo propuesto), y de necesidad (no existe una medida alternativa más eficaz y eficiente para efectuar dicho control), no resiste el juicio de proporcionalidad, por cuanto se ha vulnerado la intimidad y privacidad de los trabajadores, ya no en aras de su propia seguridad y protección de los bienes de la empresa, sino entrometiéndose directamente en su esfera privada, en especial al estar dirigidas a lugares sensibles como el comedor del personal”.<sup>107</sup>

## VI. OBSERVACIONES FINALES.

En el caso chileno se acoge un modelo conflictual de derechos fundamentales que tiene como supuesto la eficacia horizontal de los mismos, cuestión regulada por el legislador laboral, destacando entre estas los art. 5 y 485 del C.T., y que culmina con el establecimiento de un procedimiento especial de tutela de un grupo limitado derechos constitucionales elegidos dentro de la numeración del art. 19º de la C.P.R. Lo anterior ha significado un notable avance en la tutela judicial efectiva de dichos derechos, originando al mismo tiempo una seria dispersión respecto de la forma en que los jueces del trabajo resuelven la antinomia de derechos fundamentales que detentan tanto trabajadores como empleadores, destacándose en esta dispersión dos maneras en que el juez del trabajo sentencia los casos de tutela, esto es, utilizando la justificación del rechazo o acogida de la acción mediante el método de fundamentación o motivación de las sentencias o en su caso, el de ponderación, sin que exista certeza acerca de la obligatoriedad de este último. Adicionalmente, no se ha precisado por regla general, el rol que ocupa la distinción doctrinal de normas entre reglas y principios, recurriéndose muchas veces a la fórmula de ALEXY sin justificarla debidamente en el caso concreto. Finalmente, se aprecia una cierta corriente jurisprudencial respecto del contenido de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la cual naturalmente debe estimarse incipiente y que con el paso de tiempo habrá de probar su fortaleza.

---

<sup>105</sup>Cfr. VALLE MUÑOZ, Francisco, *La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario*, en Revista Derecho Social, 29(2005), pp.79- 118.; BAYLOS GRAU, Antonio, *La Igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*, en Revista del Colegio de Abogados de Concepción, 5(1998); PALOMEQUE, Manuel; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, ob.cit., 137 y ss.

<sup>106</sup>Historia de la ley 20.087 p. 755.

<sup>107</sup>Sentencia J.L.T. de Chillan del 26/08/2010, RIT: T-3-2010. En similar sentido D.T. en Dictamen N° 2210/035 del 10/06/2009.