

Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Walter Díaz, Rodolfo  
La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela  
laboral  
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, núm. 2, diciembre, 2011, pp. 91-111  
Universidad Austral de Chile  
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173721505004>

## La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral

*Juan Carlos Ferrada Bórquez\**  
*Rodolfo Walter Díaz\*\**

### RESUMEN

*El presente trabajo analiza críticamente la formulación que ha hecho la doctrina laboral chilena de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Así, a partir del estudio de las normas legales que regulan el proceso de tutela laboral de derechos fundamentales de los trabajadores, establecido en los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo, se propone una nueva forma de interpretación de estas normas. En este sentido, la tesis que se sostiene aquí es que el procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador contra el empleador, pero no por oposición de los derechos fundamentales de ambos, sino como controversia específica entre las facultades legales de uno y los derechos de los otros. En este sentido, la controversia no se resuelve por la ponderación entre dos derechos fundamentales, sino como un análisis más complejo de las reglas específicas que regulan estas facultades y derechos en nuestro ordenamiento jurídico.*

Tutela laboral – derechos fundamentales – ponderación

### *The protection of the fundamental rights of workers in the new labour protective procedure*

### ABSTRACT

*This paper critically examines the development that the Chilean labour doctrine of the application of fundamental rights in labour relations has made. Thus, based on the study of the legal rules governing the labour protective procedure of workers' fundamental rights (which was established in articles 485 et seq. of the Labour Code), a new way of interpreting these rules is proposed. The thesis argued here is that these rules allow the protection of the fundamental rights of the worker against the employer, not as an opposition of both fundamental rights, but as a specific dispute between the employer's legal powers and the rights of employees. In this sense, the dispute*

---

\* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso, Chile. juancarlos.ferrada@uv.cl

\*\* Abogado, Magíster en Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad de Concepción, Chile. twalter@udec.cl

Artículo recibido el 30 de agosto de 2011 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 28 de octubre de 2011.

*is not solved based on weighing up two fundamental rights, but by means of a more complex analysis of the specific rules governing those powers and rights in our legal system.*

Protective labour procedure – fundamental rights – weighting

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l proceso de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores es un procedimiento especial previsto actualmente en los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20.087. Este procedimiento, como se sabe, implicó la incorporación efectiva de la protección judicial, en sede laboral, de los denominados “derechos fundamentales inespecíficos” de los trabajadores, estableciéndose como un mecanismo de resguardo especial y privilegiado de amparo de sus derechos frente a las facultades del empleador. De esta manera, y sin perjuicio del procedimiento previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (Recurso de Protección) –pero estableciéndose una incompatibilidad con éste, en ciertos casos–, el Código del Trabajo configura su propio procedimiento de competencia del juez laboral, y en el que el trabajador puede demandar la protección de ciertos derechos fundamentales, además de incoar otras acciones judiciales complementarias.

En este contexto, la mayoría de la doctrina nacional ha manifestado su entusiasmo por esta nueva vía de protección de los derechos de los trabajadores, pasando a ser el “plato dulce” que viene a “reverdecer el devastado jardín del Derecho del Trabajo”<sup>1</sup>. Sin embargo, este procedimiento presenta algunas dudas e inconvenientes que es necesario despejar para que sirva efectivamente a la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, sin suprimir las facultades clásicas del empleador en las relaciones laborales.

En este sentido, la referencia a los derechos fundamentales como marco de referencia exclusivo del conflicto jurídico entre empleador y trabajador, por un lado, y la ponderación o proporcionalidad como único instrumento de resolución del mismo, por otro, pueden ser postulados muy atractivos para la resolución de estas controversias jurídicas, pero extremadamente riesgosos. Por impopular que suene, el derecho tiene herramientas más complejas que pueden contribuir a solucionar estos conflictos de mejor forma, protegiendo efectivamente a la parte más débil, pero sujetando al mismo tiempo al juez a reglas más precisas que impiden el ejercicio arbitrario de su poder.

En concreto, la tesis que se sostiene aquí es que el nuevo procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador, pero, al contrario de lo afirmado por la doctrina mayoritaria nacional, no por oposición de los derechos fundamentales de ambos, sino como controversia específica entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido, la controversia no se resolvería por la ponderación entre dos derechos

<sup>1</sup> Ugarte, J. L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 116-117.

fundamentales, sino como un análisis más complejo de las reglas específicas que regulan estas facultades y derechos en nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto, en el primer apartado se expondrán brevemente las características de este nuevo procedimiento laboral; a continuación se analizarán los derechos fundamentales que se encuentran protegidos por este nuevo procedimiento específico; en tercer lugar se abordarán las formas de afectación o lesión específica de estos derechos; finalmente, se expondrán algunas conclusiones que se estiman relevantes.

### 1. EL PROCESO ESPECIAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El artículo 5º del Código del Trabajo dispone que el ejercicio de las facultades del empleador dentro de la empresa tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente el derecho a la intimidad, la vida privada y la honra. Esta disposición supone aplicar en el mundo de las relaciones laborales los derechos fundamentales, conectando de esta forma los principios del constitucionalismo contemporáneo con la regulación técnica del derecho laboral. Así, la novedad no consiste en hacer efectivo los derechos fundamentales laborales tradicionales en las relaciones jurídicas del trabajo, como la libertad sindical o el derecho a huelga, sino hacer una aplicación concreta de los derechos fundamentales generales –denominados “inespecíficos” por la doctrina– al campo de las relaciones generadas al interior de la empresa<sup>2</sup>.

Precisamente, una de las formas específicas de dar protección o garantía a estos derechos es a través de este procedimiento de tutela laboral establecido en los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo, el que constituye una vía privilegiada de amparo, paralela y excluyente de la dispuesta en el auto acordado de la Excm. Corte Suprema de 1992.

Este procedimiento pareciera tener su antecedente más inmediato en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical establecido en la Ley de Procedimiento Laboral española, que en los artículos 175 y ss. dispone un procedimiento especial para la protección judicial de este derecho fundamental –la libertad sindical–, ampliable por expresa disposición legal a los demás derechos y libertades públicas (artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral)<sup>3</sup>.

Este procedimiento, en el derecho español, es el instrumento procesal a través del cual se satisface la exigencia constitucional de protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios (artículo 52.2 de la Constitución española) en el ámbito estrictamente laboral, y cuya protección inicial estuvo radicada en términos más generales en la Ley Orgánica 62/1978 de protección de los derechos fundamentales. De este modo, la protección reforzada y especializada posterior de la libertad sindical primero (1985, Ley Orgánica de Libertad Sindical, artículos 13 y ss.)

<sup>2</sup> Por todos, Ugarte, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 115-116.

<sup>3</sup> Gárate, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Revista Xurídica Galega, s.f., pp. 60-61.

y del resto de los derechos fundamentales y libertades públicas después (Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 y su texto articulado de 1990)<sup>4</sup>, supone la satisfacción plena por el legislador del mandato constitucional antes citado, el que ya estaba dispuesto por el propio ordenamiento para los ámbitos civil, penal y administrativo. Lo anterior debe entenderse, por cierto, sin perjuicio del amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Español, el que opera como mecanismo subsidiario y residual, una vez agotadas las vías judiciales ordinarias y especiales de protección de los derechos fundamentales, y sólo para cautelar que todos los poderes públicos, incluidos los jueces, hayan respetado los derechos fundamentales invocados por el particular<sup>5</sup>.

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

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

## 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN POR LA TUTELA LABORAL

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

El proceso de tutela laboral dispone en el artículo 485 del Código del Trabajo una enumeración expresa de los derechos fundamentales amparados por esta vía especializada, no pudiendo extender su aplicación a otros derechos distintos de los señalados taxativamente en la ley. Así la “lista de derechos fundamentales” protegidos por esta vía está integrada por el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas; el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; el derecho a la

<sup>4</sup> Ver, por todos, Baz Tejedor, J.A., *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso del Trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 50 y ss.

<sup>5</sup> Por todos, Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1101 y ss.

libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquiera de las formas y por cualquier medio; y, en fin, el derecho a la libre elección del trabajo y de contratación laboral.

Sólo estos derechos fundamentales son amparados en nuestro derecho por esta vía de tutela privilegiada, lo que implica que otros derechos fundamentales, como la libertad sindical o el derecho a huelga, dentro de los derechos fundamentales de contenido específicamente laboral, o el derecho a la salud o a vivir en un medio ambiente libre de contaminación dentro de los demás derechos, no pueden utilizar este instrumento procesal, aun cuando las infracciones o lesiones de estos derechos se produzcan en las relaciones laborales. En estos casos, el trabajador deberá recurrir a la vía ordinaria de amparo de estos derechos, es decir, el Recurso de Protección.

Ahora bien, este mismo procedimiento se aplicará, según indica el mismo artículo 485, inciso 2º, en los casos que el trabajador sea objeto de actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º del Código del Trabajo, es decir, fundadas en cuestiones de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. En este caso el legislador, aparentemente, configuró con mayor precisión el mismo derecho constitucional a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en términos prohibitivos para los empleadores, estableciendo una interdicción de discriminación de los trabajadores por las razones ya apuntadas, ya que ello afectaría la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

## 2.2. *El derecho fundamental o garantía de indemnidad*

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación laboral en análisis da un paso más: amplía o extiende el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores a los casos de represalias del empleador derivadas de una fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo o del ejercicio de acciones judiciales por parte de aquellos (artículo 485 inciso 3º del Código del Trabajo), y la censura y sanción de las prácticas antisindicales o desleales (artículo 292 del Código del Trabajo).

La primera de dichas situaciones, que la doctrina ha denominado “derecho o garantía de indemnidad”<sup>6</sup>, supondría la creación de un nuevo derecho fundamental de los trabajadores, pero esta vez por vía legal, el que tendría su fundamento normativo último en el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho estaría construido como una norma de protección de los trabajadores frente a posibles represalias adoptadas por el empleador, constituyéndose en un mecanismo privilegiado de amparo frente a ese tipo de conductas antijurídicas. Así, la extensión que hace el legislador del procedimiento de

<sup>6</sup> Ugarte, J.L., “Los Derechos Fundamentales del trabajador. El nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Ensayos Jurídicos*, Universidad Alberto Hurtado, N° 2, 2006, p. 17.

tutela laboral a este tipo de conductas prohibidas supone la utilización de un mecanismo procesal privilegiado de resguardo, permitiendo la aplicación de un recargo monetario en la indemnización correspondiente por el despido injustificado del trabajador generado por esta actuación ilegal del empleador (artículo 489 del Código del Trabajo).

Algo parecido ocurre con la protección dispensada a los trabajadores contra las prácticas antisindicales y desleales, ya que también podrá dar lugar a indemnizaciones superiores a las ordinariamente establecidas en la legislación laboral (artículo 294 del Código del Trabajo), sin perjuicio de las multas administrativas y las medidas de reincorporación del trabajador a la empresa, de acuerdo a la ley (artículo 292 del Código del Trabajo).

Ahora bien, estos dos últimos casos plantean una cuestión bien compleja, ya que por un lado, en opinión de la doctrina dominante<sup>7</sup>, generan –al menos en el primer caso claramente– un nuevo derecho fundamental, pero esta vez de origen no constitucional, sino legal; y, por otro, este nuevo derecho debería ser interpretado y aplicado por el juez laboral en los mismos términos que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República y que recoge el artículo 485 del Código del Trabajo.

Respecto de lo primero, 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<sup>8</sup>, 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<sup>9</sup>. 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<sup>10</sup>–, 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.

Ahora bien, una alternativa a la interpretación anterior sería sostener que este “derecho a la indemnidad” o prohibición de represalias al trabajador por fiscalización administrativa o actividad judicial, así como las prácticas antisindicales y desleales a que se refiere el artículo 292 del Código del Trabajo, no son propiamente derechos

<sup>7</sup> Por todos, Ugarte, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 141.

<sup>8</sup> Diez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, p. 36 y Aldunate, E., *Derechos Fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 47.

<sup>9</sup> Diez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 37.

<sup>10</sup> Ugarte, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 143.

fundamentales, sino simplemente normas protectoras de los trabajadores, que establecen prohibiciones estrictas para los empleadores, sujetando a una sanción pecuniaria y a una obligación de hacer, en caso de contravención. Así, el denominado “derecho a la indemnidad” podría no ser considerado una norma que reconoce o establece un derecho, sino una norma prohibitiva que describe una conducta irregular sancionada por la ley.

Esta última opción interpretativa tendría, desde luego, varios fundamentos. En primer lugar, la propia literalidad de los preceptos citados, los que están construidos como conductas punibles y no como derechos subjetivos públicos frente al empleador. En segundo lugar, la ubicación de estos preceptos en el Código del Trabajo, situándose en párrafos y artículos distintos a los dedicados a los derechos fundamentales (inciso 3º del artículo 485 y 292 del Código del Trabajo), sin establecer una conexión directa con un derecho constitucional establecido en la Carta Fundamental, aunque se relacionen con aquellos.

Lo anterior parece evidente en el caso de la prohibición de represalias por fiscalización administrativa o acción judicial provocada por el trabajador, ya que ésta se contiene, como ya se indicó, en el inciso 3º del artículo 485 del Código del Trabajo, luego de la enumeración de los derechos fundamentales protegidos en los dos primeros incisos del mismo artículo, y a continuación de describir la forma de afectación o lesión de estos derechos, lo que supone una desconexión gramatical con los derechos constitucionales protegidos. En este sentido parece lógico sostener que si el legislador hubiese querido crear un nuevo derecho fundamental habría incorporado éste en alguno de los dos primeros incisos, antes de enunciar las formas de lesión de los mismos, construyéndolo como un derecho específico o bien derivándolo de un derecho constitucional más general, pero aplicado de forma especial al ámbito laboral.

Pero habría incluso una tercera razón para no entender estas normas prohibitivas como derechos fundamentales, derivada esta vez de la forma como la propia doctrina dominante entiende la interpretación y aplicación de estos derechos: la ponderación. En efecto, según la doctrina laboral dominante la ponderación o proporcionalidad es el método a través del cual debieran interpretarse y aplicarse los derechos fundamentales establecidos a favor de los trabajadores, en cuanto son verdaderos principios, lo que impide la operación de subsunción propia de las reglas<sup>11</sup>. Pues bien, en este caso es evidente que tal operación de ponderación no tiene sentido, ya que no hay dos derechos fundamentales en juego, sino sólo la descripción de una conducta prohibida, a la que el legislador ha dispuesto una sanción específica, en el caso de comisión por el empleador.

Ahora bien, ¿qué impacto tiene este razonamiento excluyente del “derecho a la indemnidad” de los derechos fundamentales del trabajador? El primero y más evidente, es que la afectación del derecho a la indemnidad o, mejor dicho, la prohibición de las represalias por fiscalización administrativa o acción judicial opera como una regla jurídica que se aplica autónomamente, sin necesidad de ponderación o ejercicio de

<sup>11</sup> Por todos, ver Gamonal, S., *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 29 y ss., Melis, C., *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 83 y ss. y Ugarte, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 145 y ss.

proporcionalidad. Así, la constatación de esta conducta, como el ejercicio de prácticas antisindicales o desleales por el empleador, no admite justificación o ponderación alguna por el juez laboral, no aplicándose a su respecto la operación de valoración o contrapeso de los derechos fundamentales a que se refiere el primer párrafo del inciso 3º del artículo 485 del Código del Trabajo. Tampoco sería aplicable, por tanto, la exoneración de responsabilidad del empleador a través de fundamentos que expliquen las medidas o señalen su proporcionalidad, como lo dispone el artículo 493 del Código, ya que ello implicaría una debilitación de la prohibición legal establecida.

Lo expuesto precedentemente, al contrario de lo que pueda pensarse, lejos de debilitar la posición de los trabajadores, llevaría a una protección más efectiva de los derechos de éstos, ya que supondría afirmar una prohibición absoluta para el empleador, que no requiere conexión alguna con otros derechos fundamentales, ni admitiría afectaciones parciales del empleador. De este modo, la “garantía de indemnidad” y las conductas antisindicales y desleales funcionarían como tipos infraccionales específicos, que llevan aparejados una sanción legal, sin que el juez pueda admitir bajo ninguna circunstancia explicación o fundamento del empleador en la adopción de tales conductas.

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

Sin perjuicio de lo antes expuesto, podría haber otra forma de entender este “derecho o garantía de indemnidad”, vinculándolo más a la forma de afectación o lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores, que a un derecho específico. En efecto, es posible sostener que la regla legal de la prohibición de represalias que señala el inciso 3º del artículo 485 del Código del Trabajo, al estar contenida en el párrafo destinado a la forma de lesión de los derechos fundamentales, podría interpretarse simplemente como una nueva forma de afectación de los mismos, lo que exigiría la vulneración específica de alguno de los derechos señalados en los dos primeros incisos del artículo 485 del mismo Código. En otras palabras, la garantía de indemnidad o la prohibición de represalias empresariales, en la forma como está escrita en el Código, podrían ser interpretadas como formas específicas de afectación o lesión de los derechos fundamentales que señala la misma disposición legal, como también lo serían la afectación de estos derechos sin justificación suficiente o la lesión de su contenido esencial.

Esta última interpretación parecería más conforme con el texto de la norma, en la medida que sitúa con mayor precisión la regla de prohibición de las represalias empresariales en el marco de los tipos de lesiones o afectaciones de los derechos fundamentales, como lo señala el propio encabezado del inciso 3º del artículo 485 del Código del Trabajo. Ello, claro está, llevaría aparejado un debilitamiento de la prohibición legal establecida, ya que al considerar la infracción a la prohibición legal como una forma específica de afectación del derecho fundamental, se requeriría en cada caso, adicionalmente, la vulneración de alguno de los derechos fundamentales establecidos en los dos primeros incisos del artículo 485 del Código, estableciéndose sólo así la conexión entre la afectación del derecho y el derecho mismo.

No obstante, tal interpretación literal del texto pareciera no ser consistente con la finalidad perseguida por la norma legal y que el legislador hizo explícita al momento de incorporar esta prohibición especial. En efecto, como consta de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, esta prohibición legal fue dispuesta como un mecanismo de resguardo final o norma de clausura y garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores, frente a las represalias empresariales producidas como consecuencia de las denuncias administrativas o judiciales realizadas por el trabajador –por infracción precisamente de sus derechos fundamentales– y no como una nueva forma de afectación de los mismos<sup>12</sup>. Es decir, se trató de proteger directamente a los trabajadores ante la comisión de estas conductas ilícitas del empleador, sin sujetar la infracción a un derecho fundamental específico.

En este contexto, a nuestro parecer, esta interpretación –como forma de lesión de los derechos fundamentales y no como una norma prohibitiva autónoma– sólo sería admisible y razonable, si admitiéramos que la infracción de esta prohibición tiene una conexión *per sé* con uno o más de los derechos fundamentales establecidos en la propia normal laboral. Así, la represalia del empleador en contra de un trabajador, derivada de una fiscalización administrativa o acción judicial incoada por éste supondría, inequívocamente, una lesión de un derecho fundamental del trabajador, siendo una expresión cualificada de afectación de aquel. En este sentido, cada vez que el empleador ejecute una represalia en contra de uno o más trabajadores como consecuencia de la denuncia administrativa o judicial de la infracción de sus derechos, se generaría una afectación de alguno de los derechos fundamentales dispuestos en los incisos 1º o 2º del artículo 485 del Código del Trabajo.

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

En todas estas situaciones, insistimos, la vulneración o afectación de los derechos debería entenderse producida por el solo acto de represalia –acreditada ésta, por supuesto–, sin que sea necesario probar la lesión del derecho fundamental específico. Es decir,

<sup>12</sup> En este sentido son elocuentes las palabras del Senador Boeninger en la discusión en la Sala del Senado del párrafo correspondiente: “...el sentido de la oración agregada es que, como el tema inicial de la violación de los derechos fundamentales figuraba en un título especial donde se preveía la intervención del juez, no parecía razonable que la eventual represalia se radicara, dentro de los procedimientos ordinarios de la legislación laboral, en la Dirección del Trabajo. Entonces, al realizar dicho traslado, esta última materia, al igual que la violación de tales derechos, queda en manos del juez”. *Senado de la República*, Legislatura 353, sesión 43, 19 de octubre de 2005.

acreditado por el trabajador la represalia empresarial como consecuencia de la denuncia administrativa o judicial del trabajador, la vulneración a alguno de los derechos fundamentales a que se refieren los incisos 1º y 2º del artículo 485 se daría por establecida, sin que sea necesario probar la lesión del derecho específico, ni la desproporción o falta de fundamento en la medida adoptada por el empleador, ya que ello desnaturalizaría y debilitaría la regla prohibitiva establecida por el legislador.

Esta última forma de interpretar la regla prohibitiva establecida en el Código permitiría, adicionalmente, aplicar sin objeciones formales las reglas procedimentales y de fondo dispuestas en los artículos 489 y ss. del Código del Trabajo, tutelando también a los trabajadores frente a los despidos irregulares producto de la denuncia y defensa administrativa o judicial de sus derechos. En efecto, la vinculación que hace el artículo 489 del Código del Trabajo entre el procedimiento de tutela y las sanciones pecuniarias y laborales establecidas está construida sobre la base de los dos primeros incisos del artículo 485 del Código, es decir, sobre la base de la afectación de alguno de los derechos fundamentales específicamente señalados en dichos párrafos, por lo que las represalias del empleador deberían necesariamente conectarse con aquellos, sobre todo en el caso de despidos injustificados que sufren los empleadores.

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

### 3. LA AFECTACIÓN O LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

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

Como ya se señaló, la protección de los derechos fundamentales del trabajador establecida en este Código, a través de este procedimiento especial de tutela, sería en contra de las actuaciones ilícitas y lesivas del empleador, el que ejerciendo sus potestades de dirección –derivadas de sus derechos fundamentales de libertad de empresa y propiedad– infringiría aquellos derechos. Ahora bien, la forma como se establecería dicha infracción, según señala la doctrina dominante, sería aplicando el principio-técnica de ponderación o proporcionalidad<sup>13</sup>, herramienta que serviría para pesar o balancear los

<sup>13</sup> Ver, Gamonal, S., *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, ob. cit., pp. 29 y ss., Melis, C., *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob. cit., pp. 104 y ss. y Ugarte, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 145 y ss.

derechos de ambas partes (trabajador y empleador), inclinándose a favor del trabajador, en el caso que se considere que el empleador ha ido más allá de lo razonable o justificable en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de empresa o propiedad.

En otras palabras, cada vez que esté en juego o discusión la afectación irregular de un derecho fundamental inespecífico del trabajador –alguno de los señalados en los incisos 1º y 2º del artículo 485 del Código del Trabajo–, el juez deberá confrontar éste con los derechos fundamentales del empleador, resolviéndose la controversia a través del principio-técnica de la ponderación o proporcionalidad. De lo que se trata en definitiva es que el juez laboral en cada caso realice un análisis específico de la decisión adoptada por el empleador y disponga su validez, sobre la base de los criterios o principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>14</sup>.

Esta tesis, como es evidente, descansa en la idea de que los poderes del empleador y derechos del trabajador son normas construidas como principios –en la denominación de Alexy– o valores objetivos, cuyo enfrentamiento no se resuelve por la simple subsunción de los supuestos de hecho a las normas, sino como una operación de ponderación<sup>15</sup> o “cálculo y balanceo”<sup>16</sup>. Así, el conflicto jurídico entre empleador y trabajador sería una controversia estrictamente de principios-derechos fundamentales, en que se aplicarían directa e inmediatamente en el caso concreto, correspondiendo al juez la resolución del asunto, utilizando el criterio de ponderación o proporcionalidad entre los derechos del empleador y del trabajador<sup>17</sup>.

Bajo estas premisas, la controversia jurídica se plantearía entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales del trabajador, la que debería resolverse por el juez ponderando las medidas adoptadas por el empleador, es decir, sometiendo sus medidas –asignación cargas de trabajo y posterior despido por necesidades de la empresa– a los principios-criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, el juez deberá analizar el caso concreto, y sólo en el caso que estas medidas no sean justificadas o explicadas convenientemente por el empleador, daría lugar a la denuncia-demanda del trabajador en amparo de sus derechos fundamentales.

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

Sin embargo, la construcción teórica antes expuesta adolece de algunos problemas, en particular, desde la perspectiva de la dogmática general de los derechos fundamentales. En efecto, la controversia entre empleador y trabajador se explicaría para esta doctrina, como ya se señaló, exclusivamente en un enfrentamiento entre dos derechos fundamentales, uno del trabajador y otro del empleador, los que se aplican directa e

<sup>14</sup> Melis, C., *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, *ob. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 89 y ss.

<sup>16</sup> Ugarte, J.L., “Los Derechos Fundamentales del trabajador”, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>17</sup> Gamonal, S., *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, *ob. cit.*, p. 29.

inmediatamente al caso<sup>18</sup>, sin intervención de norma legal alguna que la delimite y le dé contenido específico o, al menos, sin que ésta sea determinante en la resolución del asunto. De lo que se trata, en definitiva, es entregar al juez la resolución de la controversia, con la sola herramienta de la ponderación entre dos derechos, confiando en él el ejercicio de valoración de estos derechos en el caso concreto.

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

No obstante, esta tesis mayoritaria de la doctrina constitucional chilena no tiene, al contrario de lo que pudiera pensarse, antecedente ni acogida mayoritaria en el derecho comparado de referencia, particularmente en el derecho alemán<sup>20</sup>. Como bien lo apunta Aldunate, en la doctrina alemana no ha llegado a consolidarse una teoría de vinculación directa e inmediata de los particulares frente a los derechos constitucionales, sino solamente como un deber de los órganos del Estado de considerar las normas constitucionales en la resolución de un asunto, pero aplicando la regulación legal establecida<sup>21</sup>. En otras palabras, en el derecho alemán, la interpretación y aplicación de las normas constitucionales en un conflicto jurídico entre particulares, en especial los derechos fundamentales, no contempla la aplicación de aquellas de modo directo e inmediato, sino de forma mediata, que influyen en la interpretación y aplicación de las normas legales, pero no las sustituye ni las reemplaza<sup>22</sup>.

Así, al contrario de lo sostenido por la doctrina nacional dominante, las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales no tendrían la virtud de resolver directamente la controversia entre los particulares, al margen o con prescindencia de lo dispuesto en las normas legales contenidas en el Código del Trabajo, sino que

<sup>18</sup> En este sentido, Aguilar, G. y Contreras, C., “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en *Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 1, 2007, pp. 205 y ss.

<sup>19</sup> Ver, por todos, Nogueira, H., *Dogmática constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 145.

<sup>20</sup> Aldunate, E., *Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 211 y ss.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pp. 213-214.

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

habría que precisamente interpretar estas últimas a la luz de las primeras. Ello requeriría que los derechos del trabajador se interpreten y apliquen en el marco de las relaciones jurídicas reguladas por el propio Código, sujetando al juez a las disposiciones normativas vigentes, las que debieran ser interpretadas la luz de la Constitución<sup>23</sup>.

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

Por cierto, no dejamos de reconocer que la tesis de la doctrina laboral chilena dominante es muy atractiva, especialmente desde la perspectiva de la justicia material del caso, en cuanto permite hacer justicia sobre base de valores o principios abiertos, sin sujeción o atadura a las normas legales o reglamentarias vigentes. Sin embargo, esta tesis es extremadamente peligrosa. Por un lado, porque implica una opción exclusiva por el criterio del juez en la resolución de las controversias jurídicas, sin otra sujeción que la argumentación razonada –o “ponderada”, habrá que decir– de éste. Por otro, porque supone una disminución del valor jurídico de la norma legal, expresión de la voluntad general de los ciudadanos y manifestación de la soberanía popular<sup>24</sup>. En otras palabras, la ley queda sometida a los criterios y principios abstractos del texto constitucional, atribuyéndose al juez un poder absoluto de “ponderación” de los principios-valores en juego<sup>25</sup>.

Ahora bien, la reducción de las controversias jurídicas a la mera oposición entre dos derechos fundamentales, el del trabajador y del empleador, implica evidentemente simplificar el contencioso, suprimiendo mentalmente las normas legales en juego. De este modo los derechos subjetivos de los trabajadores y las potestades del empleador establecidas en el ordenamiento infraconstitucional se reducen a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los primeros, establecidos en el artículo 485

<sup>23</sup> En el mismo sentido, aunque con unas consecuencias interpretativas distintas, ver Silva, L.A., “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV, N° 1, julio 2011, pp. 31 y ss.

<sup>24</sup> Como bien apunta Diez-Picazo, refiriéndose a una forma de interpretar el contenido esencial de los derechos fundamentales y su determinación y aplicación, “el pluralismo valorativo subyacente a no pocos conflictos que surgen en el terreno de los derechos fundamentales encuentra su mejor cauce posible en el procedimiento legislativo democrático”. Diez-Picazo, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p.113.

<sup>25</sup> En este sentido, Rodríguez de Santiago señala que “cuando se exagera el peso de esa vertiente objetiva (de los derechos fundamentales) frente al carácter individual-subjetivo se llega al resultado de que las normas que reconocen los derechos fundamentales necesiten siempre de una ponderación que las integre, en un discurso abierto y plural, con otros intereses generales”. Y luego añade como colofón: “(así) los derechos fundamentales habría (n) pasado a ser una mera enunciación de material ponderable”. Rodríguez de Santiago, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 23-24.

del Código del Trabajo, contra el derecho a la libertad de empresa y/o el derecho de propiedad del empleador.

Esta interpretación de los derechos y poderes de ambas partes, subsumidos en los derechos fundamentales que los inspiran, constituye, en nuestra opinión, un ejercicio de abstracción y generalización que no resulta del todo coherente con el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, toda controversia jurídica supone el enfrentamiento de dos posiciones contrapuestas, las que se sustentan, en último término, en valores, principios o reglas constitucionales, pero que el legislador y, eventualmente, la Administración del Estado, regulan a través de normas derivadas. Es decir, cualquier posición jurídica de una persona se fundamenta normalmente en una norma legal o reglamentaria, cuya validez descansa primariamente en una norma constitucional –por coherencia y validez del sistema de fuentes formales del ordenamiento–, lo que no significa que aquella sea siempre el ejercicio directo de un derecho fundamental.

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

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

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

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

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, inciso 3º, existen diversas formas como se pueden lesionar, por limitación, los derechos fundamentales de los trabajadores. Así, del tenor literal del artículo<sup>26</sup>, al menos existirían tres formas de lesión –cuatro en rigor, con la incorporación de las represalias empresariales, según lo indicado en el punto anterior– de los derechos fundamentales establecidos en los dos primeros incisos del mismo artículo: limitación de los derechos sin justificación suficiente; limitación en forma arbitraria o desproporcionada; y limitación sin respeto al contenido esencial del derecho. A éstos se podría añadir, según ya se indicó, 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.

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

Pues bien, la doctrina nacional dominante<sup>27</sup>, al contrario de lo expuesto, parece entender que la forma de afectación es una sola o, al menos, que ellas se pueden reconducir a la infracción del principio de ponderación o proporcionalidad en la adopción de las medidas adoptadas por el empleador. Así, tanto la infracción del contenido esencial del derecho fundamental, como la adopción de una medida del empleador sin justificación suficiente, pueden ser reconducidas a la idea de la vulneración del principio de ponderación, siendo éste el único parámetro y la forma de afectación del derecho del trabajador.

En nuestra opinión, parece evidente que el legislador no ha dispuesto una sola forma de afectación de los derechos fundamentales del trabajador, sino cuatro formas de lesión de estos derechos, cada una de las cuales tiene una forma de interpretación y aplicación distintas. De lo contrario no se explica por qué la norma legal consideró como una de esas formas la limitación “desproporcionada” del derecho fundamental y, a continuación, la

<sup>26</sup> La disposición citada señala 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 aquellas *sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial*” (la cursiva es nuestra).

<sup>27</sup> Ugarte, J.L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 144.

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

Así, si tomamos el caso del contenido esencial del derecho fundamental, la lesión de éste no se produciría necesariamente por una violación de las reglas de la ponderación, sino por la afectación de la substancia del derecho. En efecto, el contenido esencial del derecho fundamental se identifica con el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho<sup>28</sup>, es decir –como lo señaló el Tribunal Constitucional Español (STC 11/1981)–, por un lado, con aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro; y, por otro, con aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho y permiten que este sea real y efectivamente protegido<sup>29</sup>.

En este contexto, la afectación del contenido esencial del derecho supone una violación al derecho mismo, no siendo admisible ponderación o proporcionalidad en su afectación, ya que ello supondría una debilitación de este contenido indisponible. Certo es que se podría sostener –siguiendo a algún sector de la doctrina– que este contenido esencial del derecho fundamental habría que entenderlo bajo una concepción relativa, es decir, siempre ponderable en su relación con otro derecho<sup>30</sup>, pero ello supondría, a nuestro juicio, la negación misma o el debilitamiento al menos del contenido esencial, cuya determinación quedaría sujeta entonces a la ponderación que haga el juez en cada caso. Además, esto sería contrario a lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, en la medida que señala precisamente que los preceptos que regulen o complementen estos derechos no podrán afectar los derechos en su esencia, excluyendo, por tanto, la regulación restrictiva de este núcleo central<sup>31</sup>.

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

<sup>28</sup> Diez-Picazo, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 111.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pp. 111-112.

<sup>30</sup> Aldunate, E., *Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 261-262.

<sup>31</sup> La propia doctrina laboral mayoritaria en nuestro país reconoce este extremo al sostener que “el contenido esencial de un derecho fundamental es aquel ámbito irreductible en donde todo límite resulta inadmisible”. Melis, C., *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, ob. cit., p. 102.

ejercicio abusivo de este derecho. Lo mismo ocurriría, en nuestra opinión, en el caso de la interferencia del empleador de las comunicaciones privadas, cualquiera sea el contenido y soporte de aquellas<sup>32</sup>.

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

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

Sin embargo, esta interpretación, que pareciera deducirse del texto literal de la norma, no parece concordante con el resto ordenamiento jurídico. En efecto, la Constitución ha establecido un contenido esencial del derecho no limitable, ni afectable –como ya señalamos–, el que no podría sufrir restricción por el empleador ni aun cuando se justifique la medida adoptada. Esta es una garantía de protección de la esencialidad del derecho que impone restricciones al legislador democrático del Estado (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República), lo que obviamente debe extenderse al Gobierno y la Administración del Estado y, con mayor razón aún, a los poderes empresariales privados.

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

Esta interpretación sería coherente además con lo establecido en el artículo 493 del mismo Código del Trabajo<sup>33</sup>, en cuanto asigna una carga procesal mayor al empleador en la prueba de la validez de las medidas adoptadas. En efecto, la regulación o restricción del derecho fundamental del trabajador se considera en principio válida –en los

<sup>32</sup> Ver, en este sentido, Ferrada, J.C., “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, N° 2, diciembre 2008, pp. 251-271.

<sup>33</sup> El artículo 493 del Código del Trabajo señala que “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

casos que la ley lo permite—, pero se impone al empleador la obligación de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas, lo que tornaría lícita la restricción.

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

Esta interpretación supone también, por cierto, el rechazo de la formulación dada por alguna doctrina acerca del carácter necesariamente ilegal de la actividad del empleador, como presupuesto de la lesión de los derechos fundamentales del trabajador<sup>34</sup>. Exigir tal ilegalidad, a nuestro juicio, no sería coherente con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, ya que aquella sólo vendría exigida en la infracción del contenido esencial del derecho, pero jamás en su afectación por falta de justificación suficiente. En este último caso, precisamente, la afectación del derecho está permitida por el ordenamiento jurídico, pero su falta de fundamento o justificación es lo que la vuelve antijurídica.

Esto último podría controvertirse, si se estima que esta antijuridicidad es lo que configura precisamente la ilegalidad, generándose en todos los casos una lesión ilegal del derecho fundamental del trabajador. Pero en tal caso, la lesión del derecho fundamental se confunde con la infracción misma, lo que supondría formular estas lesiones o vulneraciones como ilegalidades diferenciadas, en la misma forma como ya se ha expuesto precedentemente.

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

Por último, los derechos fundamentales de los trabajadores enunciados en el artículo 485 del Código del Trabajo también se podrían lesionar por el empleador por un ejercicio “arbitrario o desproporcionado” de sus facultades. En este caso parece evidente que la lesión se produce no por limitación del contenido esencial o un ejercicio regular de sus facultades legales sin justificación suficiente, sino por hacer un ejercicio abusivo de ellas, yendo más allá de lo establecido por el ordenamiento jurídico.

En este caso, de acuerdo al propio tenor literal del precepto, el legislador sí pareciera convocar al principio o técnica de la ponderación o proporcionalidad para la resolución del asunto, debiendo el juez utilizar los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto<sup>35</sup>. Así, siguiendo estos criterios doctrinales, el juez debería analizar si las medidas adoptadas por el empleador –ejercicio de sus facultades de dirección

<sup>34</sup> Silva, L., “Supremacía constitucional y tutela laboral”, *ob. cit.*, p. 38.

<sup>35</sup> Aldunate, E., *Derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, pp. 264-265.

de la empresa— satisfacen estas exigencias estrictas, única forma que se consideren aquellas concordantes con el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es bastante complejo para el juez aplicar esta técnica, ya que implica una operación sin tener demasiados parámetros jurídicos que permitan la actividad. Esto es comprensible, ya que esta técnica se construyó originalmente como un medio de control del poder de policía de la Administración del Estado —aunque sus raíces pueden encontrarse en el derecho penal—, tratando de equilibrar los intereses públicos asignados a ésta y los bienes o intereses privados de los ciudadanos afectados<sup>36</sup>. Se trata en el fondo de un instrumento de control de las potestades discrecionales de la Administración, evitando una restricción innecesaria de los derechos de los particulares, inspirados en la mejor protección de los intereses generales. Así, la oposición y balance se produce entre intereses públicos y derechos privados, actuando los segundos sólo como una restricción excepcional de las potestades administrativas que protegen los primeros.

Como se sabe, esta construcción es tomada por la doctrina constitucional alemana como un instrumento de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales<sup>37</sup>, acentuando así el carácter objetivo y valórico de éstos, más que su carácter de derechos subjetivos<sup>38</sup>. Así, la ponderación o proporcionalidad opera como un instrumento de resolución de controversias en que están involucrados dos o más derechos fundamentales, fundado en su formulación normativa como principios dentro del ordenamiento jurídico.

Como ya se expuso, esta construcción es tomada por la doctrina laboral chilena para resolver las controversias entre empleador y trabajador, pero con dos variaciones importantes a la formulación originaria: 1º El sujeto que realiza la ponderación es un tribunal ordinario —el tribunal laboral—, y no el Tribunal Constitucional o el legislador ejerciendo una labor de ponderación de derechos en abstracto; 2º El tribunal laboral conoce de estas controversias sin intermediación legal que delimita el contenido de estos derechos o, al menos, sin que estas normas legales jueguen un papel decisivo en la resolución del caso.

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

Nuestra opinión es algo diferente. No nos oponemos al ejercicio de este instrumento jurídico —más aún cuando el legislador lo ha contemplado expresamente—, pero creemos que éste no debiera operar de forma abierta o discrecional, como una simple valoración de dos principios en juego<sup>39</sup>, sino como una forma de control judicial de las amplias facul-

<sup>36</sup> Ver, Sapag, M., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, Dikaion, N° 17, diciembre 2008, pp. 170-171.

<sup>37</sup> Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 y ss.

<sup>38</sup> Rodríguez de Santiago, J., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 21 y ss.

<sup>39</sup> La utilización de la ponderación sin sujeción a controles es lo que ha llevado precisamente a su crítica por un sector de la doctrina, llegando a concebirla como una fórmula mágica que debe contemplarse

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

De este modo la ponderación no operaría como un instrumento general de resolución de controversias entre empleador y trabajador, sino como un medio excepcional utilizable sólo cuando se alegue la desproporción del ejercicio de la facultad asignada por la ley al empleador para disponer la organización de sus medios al interior de la empresa. En este sentido, la ponderación o proporcionalidad operaría más como un instrumento de reducción de la arbitrariedad del empleador, similar a sus antecedentes en el poder de policía de la Administración del Estado<sup>40</sup>, que un ejercicio de balanceo de dos derechos fundamentales en juego. Esto supondría la incorporación de un criterio de razonabilidad en el ejercicio de las facultades del empleador, las que debieran ser ejercidas dentro de los marcos definidos por el ordenamiento y con respeto de los derechos de los trabajadores.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas precedentes se pueden extraer algunas conclusiones:

1. El procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales establecido en el Código del Trabajo es un instrumento procesal privilegiado de amparo de derechos fundamentales de los trabajadores expresamente establecidos en el Código. Estos derechos se reconocen y protegen en cuanto afectan las relaciones laborales del trabajador, limitando las facultades del empleador.
2. El denominado “derecho a la indemnidad” no es un nuevo derecho fundamental establecido en el Código del Trabajo, sino una prohibición legal del empleador para realizar actos de represalia en contra de los trabajadores. La vulneración de dicha prohibición puede ser interpretada como una forma de afectación o lesión de los derechos fundamentales del trabajador, estableciendo una relación necesaria entre aquella y los derechos que establece este Código.
3. Los derechos fundamentales de los trabajadores que establece este Código pueden ser vulnerados o afectados de distinta forma, todos los cuales no pueden ser

con desconfianza” o un instrumento “metodológicamente sospechoso, (que) se mueve en el ámbito de una dogmática todavía insegura e inmadura”. Rodríguez de Santiago, J., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, *ob. cit.*, p. 12.

<sup>40</sup> Ver, en este sentido, Sapag, M., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparativo”, *ob. cit.*, pp. 160 y ss.

reconducidos a la desproporción de las medidas adoptadas por el empleador. Así, la lesión del contenido esencial de un derecho fundamental o la afectación de su contenido sin justificación suficiente no puede ser establecida a través de la técnica de la ponderación o proporcionalidad, la que puede operar como criterio de resolución de conflictos sólo en uno de los supuestos establecidos en la norma.

4. Si bien la ponderación es una técnica de resolución de controversias que la doctrina constitucional utiliza para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, su utilización indiscriminada en las relaciones entre empleadores y trabajadores puede dar lugar a un ejercicio discrecional de los poderes del juez. Estas controversias deberían resolverse aplicando las normas legales vigentes, mandatos que constituyen expresión concreta de la voluntad de la mayoría, los que deben ser interpretados a la luz de la Constitución Política de la República.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, GONZALO y CONTRERAS, CHRISTIÁN, “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en *Ius et Praxis*, Vol. 13, Nº 1, 2007, pp. 205-243.
- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, *Derechos Fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- BAZ TEJEDOR, JOSÉ ANTONIO, *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso del Trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERRADA, JUAN CARLOS, “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, Nº 2, diciembre de 2008, pp. 251-271.
- GAMONAL, SERGIO, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, LexisNexis, Santiago, 2007.
- GÁRATE CASTRO, JAVIER, *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Revista Xurídica Galega, s.f.
- MELIS, CHRISTIAN, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, LegalPublishing, Santiago, 2009.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, *Dogmática constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SAPAG, MARIANO, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, Dikaios, Nº 17, diciembre de 2008, pp. 157-198.
- SILVA IRARRÁZVAL, LUIS ALEJANDRO, “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV, Nº 1, julio de 2011, pp. 31-48.
- UGARTE, JOSÉ LUIS, “Los Derechos Fundamentales del trabajador; El nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Ensayos Jurídicos*, Universidad Alberto Hurtado, Nº 2, 2006.
- UGARTE, JOSÉ LUIS, *El nuevo Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2007.