



DIRECCIÓN DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DEFENSA JUDICIAL,
DERECHOS FUNDAMENTALES Y
COORDINACIÓN JURÍDICA

002

ORDEN DE SERVICIO N° /

MATERIA: SEÑALA BASES Y ESTABLECE ORIENTACIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DENUNCIAS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

SANTIAGO, 29 MAR 2017

INTRODUCCIÓN

Habiendo transcurrido un tiempo considerable de aplicación de los procedimientos administrativos referidos a denuncias por vulneración de Derechos Fundamentales y prácticas antisindicales y desleales, y sumando, en consecuencia, la experiencia que sobre la materia ha recogido la Dirección del Trabajo en el cumplimiento de los nuevos roles que le ha impuesto la ley, y conforme las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.940 Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, corresponde que esta institución cuente con un nuevo marco instruccional en la materia, que permita un trabajo más eficaz y una mejor ejecución de las funciones encomendadas a la Dirección del Trabajo.

Considerando que la Ley N°20.087 fortaleció, especialmente con la tutela laboral, la plena vigencia de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto tal, sino también en su condición de persona y ciudadano, los que en doctrina se conocen como derechos fundamentales laborales inespecíficos (derechos a la intimidad y vida privada, derecho al honor, derecho a la libertad de expresión, derechos a la no discriminación, etc.), resulta necesario para tal fin la operatividad de un sistema que observe una oportuna y efectiva actuación del órgano jurisdiccional en complementación con la administración laboral. Lo anterior, implica para la Dirección del Trabajo el establecimiento de reglas procedimentales acordes a su rol en esta materia, unido a sus tradicionales funciones y facultades, a objeto de contar con procedimientos administrativos objetivos, claros y eficaces que permitan una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, las cuestiones relativas a la investigación y denuncia de actos vulneratorios de derechos fundamentales, como de prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva, se regirán por las orientaciones y procedimientos establecidos en la presente Orden de Servicio que recoge, actualiza y sustituye los contenidos de la Orden de Servicio N°2, de 04.02.2011, así como por la Circular o Circulares vigentes y/o que se dictará(n) para regular aspectos procedimentales específicos.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO Y DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.

Las relaciones laborales modernas reconocen en la dignidad humana el fundamento y, a la vez, el límite de los derechos de las partes. Este soporte teórico-ético del trabajo en la era

industrial tiene su más gráfica expresión en el enunciado del Acta Constitutiva de la OIT, según la cual “el trabajo no es una mercancía”.

Una “constitucionalización” creciente impregna todas las ramas del derecho. Este auge y fortalecimiento de los derechos fundamentales ha llevado, en el ámbito del Derecho del Trabajo, a un fenómeno conocido como la *constitucionalización del Derecho del Trabajo*, el cual consiste en un redimensionamiento general y particular de esta disciplina para situarlo en un plano armónico con la Constitución¹. Así, los Códigos del Trabajo del mundo han incorporado progresivamente estos principios en sus contenidos normativos, consolidando una doctrina llamada a ilustrar las relaciones laborales del siglo XXI. Sus bases se encuentran en la eficacia horizontal e inmediata de la norma fundamental –especialmente aquella que consagra garantías o derechos individuales- y en su plena vigencia en el ámbito laboral.

La creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo asalariado dependiente, plantea también la necesidad de garantizar que ésta se incorpore en plenitud de derechos, debiendo excluirse cualquier conducta discriminatoria por razón de género y, a la vez, promover la debida protección en una sociedad que aún le asigna una alta responsabilidad en el ámbito familiar, conciliando esta protección con la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre mujeres y hombres en cuanto a compartir responsabilidades familiares.

En materia de derecho colectivo, la libertad sindical, derecho fundamental reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, también encuentra protección jurisdiccional en el proceso de tutela laboral, fortaleciendo el ejercicio de los derechos que de esta emanan: la negociación colectiva, la sindicalización y el derecho a la huelga.

II. FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

A. La Constitución Política de la República (CPR).

Nuestra Constitución Política reconoce en forma expresa la eficacia horizontal de los derechos fundamentales que se consagra a favor de todas las personas.

Señala el Artículo 6º, inciso 1 y 2º, de la CPR:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

En dicha norma se contiene la obligación para los poderes públicos y también para los ciudadanos, de someterse a la Constitución, es decir, se vincula directamente a los particulares a la CPR.

Además de la obligación de respetar los derechos fundamentales, este mandato constitucional se ve reforzado por la consagración en nuestra Constitución de una acción cautelar particular para los derechos fundamentales, como es el recurso o acción de protección, contenido en el Artículo 20 de la CPR, acción que corresponde ejercer a cualquiera que vea amenazado o perturbado los derechos fundamentales que resguarda, tanto contra sujetos públicos como privados.

Por su parte, el Artículo 19 Nº26 de la CPR, garantiza a todas las personas la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, incluso respecto de la ley que pretende afectarlos:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establezca o que las limiten en los casos en que ella lo

¹ DEL REY GUANTER, Salvador, citado por DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad* (Madrid, 1998), p. 30.

autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”

B. Los Tratados Internacionales.

La reforma a las normas procesales del Código del Trabajo por la Ley N°20.087, confirma el rango de norma jurídica interna de los Convenios de la OIT y de los demás tratados internacionales que cumplan los requisitos que exige la Constitución.

De acuerdo con la actual redacción del Artículo 459 del Código del Trabajo, aplicable especialmente a los juicios por vulneración de derechos fundamentales, “(...) la sentencia definitiva deberá contener: 5. Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o equidad en que el fallo se funda”.

Esta norma tiene respaldo constitucional en el Artículo 5º, inciso final, de la CPR, que señala que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Ambas normas son una irrefutable evidencia de que tanto el constituyente como el legislador le dan a los tratados internacionales sobre derechos humanos el carácter de fuente directa, lo que permite fundar en sus textos las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales, si ellos estuvieren ratificados y vigentes.

En consecuencia, y para definir el contenido y alcance de los derechos amparados por el procedimiento de tutela laboral, deberán consultarse e invocarse los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que incidan específicamente en el derecho protegido.

A continuación, se sistematizan los tratados ratificados y vigentes con mayor relevancia en la tutela de derechos fundamentales del trabajador, así como referencias a su contenido:

TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS POR LEY N° 20.087				
Tratado Internacional	Materia	Artículos relevantes	DDFF Tutelados	Fecha publicación en Diario Oficial
Convenio N°100 OIT, 1951	Sobre igualdad de remuneraciones	1º, 2º, 3º	Art. 2º CT	12/11/1971
Convenio N°111, OIT, 1958	Sobre la discriminación (empleo y ocupación)	1º, 2º	Art. 2º CT	13/11/1971
Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de ONU, 1979 (CEDAW)		1º y siguientes	Art. 2º CT	09/12/1989
Convenio N°103 OIT, 1952	Sobre la protección de la maternidad	Art. 2º	Art. 19 N°1 inc. 1º CP, Art. 2º CT	03/03/1999
Convenio N°156 OIT	Sobre igualdad de oportunidades y	Art. 3, 2, 7 y 8	Art. 2º CT	03/03/1999

	trato entre trabajadores y trabajadoras (trab. con responsabilidades familiares)			
Convenio N°98 OIT, 1949	Sobre el derechos de sindicación y negociación colectiva	Art.1º	Libertad sindical	12/05/1999
Convenio N°87 OIT, 1948	Sobre libertad sindical y protección del dº de sindicación	Art.8 y 11	Libertad sindical	12/05/1999
Convenio N°138 OIT, 1973	Sobre la edad mínima (de admisión al empleo)	Art.1º,3 N°1 y 3, 7º a)	Art.19 N°1 inciso 1º CP	12/05/2000
Convenio N°135 OIT, 1971	Sobre representantes de los trabajadores	Art.1º, 3 a) y b)	Libertad sindical	29/07/2000
Convenio N°182 OIT, 1999	Sobre las peores formas de trabajo infantil	Art.2º, 3º a) y d), 4º N°1 y 2, otros.	Art.19 N°1, inciso 1º, CP	17/11/2000
Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, ONU; OIT, 1990		Toda y especialmente Parte II	DDFF según Art.485 Ley N°20.287, Art. 2º CT	08/06/2005
Convenio N°169 OIT, 1989	Sobre pueblos indígenas	Art.8, Parte III, Art.20 final	Art.2º CT	14/10/2008
Declaración de OIT relativa a los Principios y DDFF en el Trabajo, 1998		Toda	Art.2º CT	
Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU, 1966		Varias partes	DDFF según Art.485 Ley N°20.287, Art. 2º CT	29/04/1989
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU		Parte III	Art.485 CT	27/05/1989

C. Código del Trabajo (CT).

El Código del Trabajo, luego de la reforma introducida por la Ley N°19.759, de 2001, dio un paso significativo en orden a reconocer explícitamente, la plena eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en el plano de las relaciones laborales.

Señala el Artículo 5º, inciso primero, del Código del Trabajo:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Esta disposición del Código Laboral consagra expresamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en el plano de las relaciones laborales y, además, de

manera especial, la función que tienen estos derechos como límite al ejercicio de los poderes empresariales.

La aludida norma debe entenderse en concordancia con las innovaciones introducidas por la misma Ley en materia de Reglamento Interno. En este sentido, el actual Artículo 154 inciso final del CT prescribe:

“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

Desde una perspectiva similar, el Artículo 154bis del CT, agregado por la misma Ley Nº19.759 refuerza el respeto a la intimidad del trabajador al establecer que:

“El empleador deberá mantener reserva de toda información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

Posteriormente, otras modificaciones legales introducidas al CT han reforzado aún más en el plano normativo la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores en las relaciones laborales, como a su vez, su rol limitativo de los poderes empresariales.

En efecto, la Ley Nº20.005 que tipifica y sanciona los casos de acoso sexual en el trabajo, incluye ciertas disposiciones que se sitúan expresamente en el plano del necesario respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El Artículo 2º, inciso segundo, frase 1, del Código del Trabajo, el cual señala:

“Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”.

En concordancia con esta norma, el inciso segundo del Artículo 153 del Código del Trabajo establece al referirse al Reglamento Interno:

“Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”.

D. La doctrina institucional contenida en los dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Este Servicio ha venido contribuyendo al desarrollo y vigencia de los derechos fundamentales en el trabajo, desde mucho antes de la reforma de la Ley Nº20.087. Así lo confirma la historia de la ley, la consistente y frondosa doctrina administrativa sobre la materia, y la actividad inspectiva en materia de discriminación, dignidad del trabajador, acoso sexual y otras materias que favorecieron la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores con anterioridad a la decisión del legislador de establecer un procedimiento especial para su conocimiento y sanción. A lo anterior, se suma la experiencia institucional en materia de investigación y denuncia de la libertad sindical y acoso sexual, las que dicen directa relación con derechos fundamentales hoy tutelados por el nuevo procedimiento inaugurado con la Ley Nº20.087.

Las nuevas normas sobre tutela laboral son concordantes con la doctrina contenida en los dictámenes por lo que las actuaciones reguladas en esta Orden de Servicio deberán desarrollarse de conformidad con los criterios en ellos expresados.

Como marco general, deberán considerarse los criterios contenidos en el Dictamen Ord. Nº2856/162, de 30.08.2002, que fijó el sentido y alcance del inciso primero, del Artículo 5º, del Código del Trabajo, y en Dictamen Ord. Nº2210/035, de 05.06.2009, que explicitó y desarrolló los requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derechos fundamental, los que se pueden englobar en la aplicación del “principio de proporcionalidad”.

Para el efecto de facilitar su aplicación, a continuación se reseñan los principales dictámenes sobre los derechos tutelados de los que trata esta Orden de Servicio. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema informático permite acceder a los dictámenes emitidos a partir de 1995.

Los dictámenes sobre la materia, desde el año 1969 al 1993, están referidos fundamentalmente a la revisión de los trabajadores y sus casilleros, regulada en los reglamentos internos de las empresas. Se observa en varios casos a las empresas que la manera en que se regula esta revisión afecta la dignidad de los trabajadores en cuanto seres humanos: Véase Dictámenes 39654 (05.06.69), 4606 (15.10.76), 1675 (23.03.77), 2449 (01.11.82), 4440 (06.09.84), 2867 (16.05.85), 3055 (19.05.86), 252/15 (13.01.88), 8379/189 (16.11.90), 8381/191 (16.11.90), 7572/255 (15.11.91), 4958/219 (28.08.92), 4842/300 (15.09.93).

A partir del año 1993, comienza a desarrollarse la doctrina ya no sólo con relación a la revisión de los trabajadores y sus casilleros y pertenencias, sino que también en lo referido a muchas otras materias: control de consumo de alcohol y drogas (8273/337 de 19.12.95), exigencia de determinado comportamiento (3722/142 de 01.07.96), uso de polígrafo (0684/050 de 06.02.97), control de tiempo para ir al baño (4541/319 de 22.09.98), trabajadores extranjeros (5848/386 de 26.11.98), exigencia certificado DICOM (3448/168 de 12.09.01), uso de cámaras de vigilancia (0195/008 de 17.01.-02), control de correo electrónico (0260/019 de 24.01.02), ofertas de trabajo (0698/016 de 11.02.03), discriminación por exigencia de no tener otro contrato (0543/031 de 02.02.04), acoso sexual (1133/036 de 21.03.05). Asimismo, el referido a la discriminación regulada en el Artículo 2º del Código del Trabajo (3704/134 de 11.08.04)

Hay casos excepcionales en los cuales, reconociendo que en la relación laboral pueden entrar en colisión los derechos constitucionales de los trabajadores con los del empleador, particularmente con el derecho de propiedad, se ha reconocido que prevalece este derecho por sobre derechos que reclaman tener los trabajadores; derechos del empleador de limitar o prohibir el uso del teléfono (4217/204 de 12.12.02), derechos del empleador de modificar los uniformes que por años usaba el personal (3090/235 de 25.05.00).

También hay situaciones en que se consideraron derechos constitucionales de terceros que no son parte de la relación laboral: tiempo para el derecho de alimentación cuando una madre tiene más de un hijo menor de 2 años (3362/102 de 20.08.03), libertad sindical en relación al derecho de propiedad de la empresa mandante o principal (4271/166 de 15.09.04), exigencia de certificado de antecedentes a trabajadores que tiene bajo su cuidado a menores de edad (3840/194, de 18.11.02).

En época más reciente, se fija el sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.607, al texto del inciso segundo del Artículo 2º, del número 1 del Artículo 160 y de los incisos segundo y sexto del Artículo 171, todos del Código del Trabajo, determinando el alcance de la incorporación de la figura del acoso laboral (Ord. 3519/034 de 09.08.2012) y se actualiza la doctrina vigente en materia de discriminación laboral (Ord. 3704/134, de 11.08.2004), a la luz de los efectos de la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación (Ord. 2660/033, de 18.07.2014). También cabe mencionar el Ord. 3199/032, de 18.07.12, respecto de la implementación de códigos de ética por parte de las empresas, en cumplimiento de la Ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finalmente, cabe agregar los dictámenes emitidos con ocasión de la ley 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales, publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de septiembre de 2016, en específico, el Ord. 0999/027, de 02.03.2017, que se pronuncia sobre las normas incorporadas que sancionan las prácticas antisindicales y las prácticas desleales en la negociación colectiva, y el Ord. 1300/030, de 21.03.2017, referido al concepto de actos de discriminación en materia laboral.

III. NÓMINA Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS.

El Artículo 485 del Código del Trabajo, establece en sus incisos 1º, 2º y 3º, la serie de derechos fundamentales protegidos a través del procedimiento de tutela laboral:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su Artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°,5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el Artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso 6°.

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, por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”

En consecuencia, de acuerdo con la remisión que hace a la Constitución al artículo 485 del Código del Trabajo y lo dispuesto por los artículos 292 y 407 del mismo, el conjunto de derechos y garantías objeto de tutela especial por este procedimiento, son los siguientes:

1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral. (Artículo 19 N°1 CPR)
2. El respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia (Artículo 19 N°4 CPR).
3. La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (Artículo 19 N°5 CPR).
4. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (Artículo 19 N°6, inciso 1º CPR).
5. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (Artículo 19 N°12, inciso 1º CPR).
6. La libertad de trabajo y su libre elección en lo relativo a que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo excepciones previstas por la propia CPR (Artículo 19 N°16, incisos primero y cuarto).
7. Derecho a la no discriminación por los actos discriminatorios a que se refiere el Artículo 2º del Código del Trabajo, con excepción de su inciso sexto, en relación con el Artículo 19 N°16.
8. Derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en esa calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo (garantía o derecho de indemnidad, Artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo).²
9. Prácticas antisindicales o desleales en la negociación colectiva (Artículo 289, 290, 291,403, 404 y 405 del Código del Trabajo).

IV. CARÁCTER TAXATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS.

No todos los derechos fundamentales de los trabajadores están tutelados por este procedimiento, sino sólo los contemplados en la enumeración taxativa de la ley. Esta nómina cerrada de derechos, sin embargo, es de un amplio contenido fáctico pues son innumerables las conductas que pueden constituir una vulneración de derechos fundamentales de forma tal que será función de la Administración y, finalmente, del juez establecer los criterios que determinen la existencia de una lesión, daño o perjuicio de algunos de los derechos fundamentales tutelados, su gravedad, persistencia e ilicitud.

² Ley N°20.974 de fecha 03.12.2016 modifica el Art. 485 del Código del Trabajo.

V. EL ACOSO LABORAL COMO ATENTADO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.

El acoso laboral, acoso moral laboral o *mobbing* ha sido definido por la doctrina nacional como aquel “proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio”³.

Por su parte, la Ley N°20.607, publicada en el Diario Oficial el 08.08.2012, incorporó como nueva causal de término del contrato de trabajo las conductas de acoso laboral, estableciendo su concepto, el que fue agregado al inciso segundo, del Artículo 2°, del Código del Trabajo, en los siguientes términos:

“Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercidos por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien, que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

De dicho texto legal puede desprenderse que la intención del legislador fue, por una parte, sancionar el acoso laboral ejercido en las condiciones que señala como contrario a la dignidad de la persona, por tratarse de una conducta ilícita, que lesiona diversos bienes jurídicos del trabajador, tales como su integridad física y síquica y la igualdad de oportunidades, teniendo como fundamento, el respeto y promoción de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito de su trabajo, que resguardan la Constitución y las leyes, entre éstas, particularmente los Artículos 153, inciso segundo, y Artículo 184, ambos del Código del Trabajo, que imponen al empleador el deber de cuidado respecto de la vida y salud de los trabajadores, para lo cual debe garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre aquéllos a través del establecimiento de normas que cumplan dicho objetivo en el Reglamento Interno de la empresa.

Por tanto, las conductas constitutivas de acoso laboral se conciben en términos amplios, de forma tal que pueden considerarse todas aquellas conductas que impliquen una agresión física hacia el o los trabajadores, así como también las molestias o burlas insistentes en contra de estos que, ejercidas en forma reiterada y realizadas por cualquier medio, provocan un resultado lesivo en la integridad física o síquica, o en la honra del trabajador, que perjudican su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Por ello, debe considerarse especialmente en estos casos, la definición de acoso laboral que el Servicio ha establecido en Dictamen Ord. N°3519/034, de 09.08.2012, a saber:

“(…) todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que de ello resulte mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados”.

Al tenor de dicho concepto, y a consecuencia de exigirse un resultado lesivo particular, cobra especial relevancia, la comprobación de este y su origen en las conductas de hostigamiento

³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio; PRADO LÓPEZ, Pamela, *El mobbing o acoso moral laboral*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 22-23.

laboral, de tal manera que exista un claro nexo causal y temporal respecto del efecto dañino que aqueja al trabajador.

Como bien ha indicado Ugarte: “Y más allá de las diversas fórmulas utilizadas por el derecho para la construcción de la figura del acoso laboral, existe un concepto mínimo y común en la materia - de tratarse de una situación de acoso y hostigamiento de cierta intensidad sobre el trabajador o la víctima-. Sobre ese concepto mínimo se construyen, entonces, las diversas concepciones sobre el acoso laboral en el derecho comparado y que se puede calificar a partir de dos extremos fundamentales, de acuerdo con los elementos configurativos en que se ponga la atención: una subjetiva y otra objetiva. En la concepción que denominamos subjetiva el acoso laboral se diseña con especial exigencia de elementos de esa índole: la intencionalidad del acosador y la acreditación de un daño síquico a la víctima. Mientras que en el caso de la concepción objetiva, la exigencia fundamental se desplaza a la persistencia y sistematicidad de la conducta del acoso laboral”⁴.

La decisión sobre el énfasis que quiera darse al concepto normativo de *mobbing*, en todo caso, debe dejar en claro sus elementos configurativos, puesto que un problema común está dado “(...)por la confusión del *mobbing* con alguna de sus consecuencias. El *mobbing* no es lo mismo que el estrés laboral, la depresión o las malas condiciones de trabajo. Eso sí, un *mobbing* puede llevar a cuadro de depresivo o a estrés en la víctima”⁵.

Con objeto de aportar elementos que clarifiquen el concepto de acoso laboral, y siguiendo la clasificación expuesta por Gamonal⁶, pueden presentarse los siguientes tipos de acoso laboral o *mobbing*:

1. *Acoso moral horizontal*. Se desarrolla entre iguales, esto es, entre compañeros de trabajo que se encuentran en similar escala jerárquica dentro de la empresa. El acoso puede igualmente provenir de un trabajador o de un grupo de trabajadores en contra de la víctima, según señalábamos, y las causas, según la doctrina, puede ser de distinta índole⁷.

2. *Acoso vertical*. Se despliega entre sujetos que se encuentran en diferente posición jerárquica, el que a su vez puede ser descendente o ascendente.

a) *Acoso vertical descendente* (también denominado *bossing*). Se verifica desde un acosador que se encuentra en una posición de preeminencia –ya sea por ser el empleador, o bien, por ejercer un cierto cargo de jefatura- en contra de la víctima dependiente, que está sometida al acosador con poder⁸.

b) *Acoso moral vertical ascendente*. Es aquel que se produce desde uno o más sujetos acosadores en contra de la víctima que se encuentra en una escala jerárquica superior. Esta situación es probablemente la menos frecuente⁹.

⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. *El Acoso Laboral: entre el Derecho y la Psicología*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, <en línea> Facultad de Derecho de Universidad Católica de Valparaíso, Vol.39, Diciembre 2012, pág. 221 a 231, citado el 6 de Octubre de 2013, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000200008&script=sci_arttext

⁵ GAMONAL, Sergio. *El Mobbing o acoso moral en el trabajo*, <en línea> Santiago, 6 de Octubre de 2011, citado 8 Noviembre 2014, disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/10/06/El-mobbingiacosomoraleneltrabajo>

⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio; PRADO LÓPEZ, Pamela, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁷ Gamonal señala que, por ejemplo, el acoso puede presentarse porque la víctima es considerada distinta al resto del grupo, ya sea por su sexo, por su orientación sexual, por su religión, por sus características físicas, etc. O, por otra parte, porque la víctima reviste un peligro para el agresor –por ejemplo, para las aspiraciones de ascenso del acosador, que podrían verse frustradas al ser la víctima un mejor trabajador-, por envidia, o simplemente en un afán de hostigar (GAMONAL CONTRERAS, Sergio; PRADO LÓPEZ, Pamela, *op. cit.*, p. 23).

⁸ En estos casos, las razones también pueden ser de distinta naturaleza, por ejemplo, porque es la forma de organización de la empresa o simplemente porque se quiere prescindir de la víctima.

⁹ No obstante, es posible encontrarla, por ejemplo, si el cargo de jefatura es ejercido en forma reciente por una persona que se encontraba anteriormente en igual situación jerárquica de los que hoy son acosadores –se producen envidias, celos, resentimientos-; o se trata de un jefe novato que trata de imponer su autoridad a trabajadores de mayor antigüedad en la empresa, o porque el cargo de jefatura es ejercido por una mujer y los trabajadores dependientes son particularmente machistas.

3. *Acoso mixto o complejo*. Es aquel que se ejerce por uno o más sujetos que se encuentran en similar escala jerárquica que la víctima, esto es, comienza como un acoso horizontal, pero en que luego la jefatura o empleadores toman conocimiento y no adoptan ninguna medida para que la situación se solucione. Cabe recordar que las manifestaciones de acoso moral laboral pueden ser mediante acciones u omisiones y, en este caso, hay omisión negligente por parte del empleador no obstante que también pudiere derivar en comportamientos por acción en contra de la víctima. Puede ocurrir, también, a la inversa, en el sentido de que el acoso comience como vertical descendente y luego se unan al victimario uno o más trabajadores de similar jerarquía que la víctima.

Un tipo de acoso laboral mixto podría darse en aquellos casos donde es conocido por el empleador un acoso laboral horizontal, y no se adopta ninguna medida para solucionar el problema, originándose una situación de incumplimiento por parte del empleador del deber de cuidado previsto en el artículo 184 del Código del Trabajo y, eventualmente, la vulneración de un derecho fundamental del trabajador, como el derecho a la integridad psíquica.

Gamonal además hace referencia a otra categorización del acoso laboral, distinguiendo entre acoso institucional o estructural y el acoso estratégico.

4. *Acoso estructural o institucional*. Supone una especial forma de organización de la empresa que la transforma en apta para que en ella se produzcan situaciones de acoso moral laboral. Algunos autores¹⁰ critican la denominación de “acoso institucional” porque con ella se pretendería diluir la responsabilidad del *mobbing* en la empresa misma. Sin embargo, consideran que efectivamente existen denominadas “organizaciones tóxicas” que aumentan la probabilidad que se presenten casos de acoso laboral.

5. *Acoso estratégico*. Se plantea como un medio utilizado por la empresa para liberarse de un trabajador que ya no quiere mantener. De tal forma que estamos ante a una verdadera decisión empresarial que utiliza el *mobbing* como una herramienta eficaz con el fin de propender a que el trabajador renuncie al no tolerar el ambiente hostil en que se desempeña. En efecto, lo más probable es que a la víctima nada se le pueda reprochar, por lo que el empleador para deshacerse del trabajador o lo despide, debiendo pagar las indemnizaciones legales, o bien, hace todo lo posible para que la víctima renuncie sin que ello implique un costo económico para la organización.

Debe tenerse presente que, como afectación más reconocible, el acoso laboral o *mobbing* se erige como una conducta lesiva del derecho a la integridad física y psíquica del trabajador, consagrado en el Artículo 19 N°1 CPR, puesto que ante la conducta de acoso persistente en el tiempo, configurada por una serie de actos de mayor o menor intensidad que en su conjunto van minando la psiquis del sujeto afectado, se pueden producir diversas manifestaciones de padecimientos en el orden psicológico o psiquiátrico, como síntomas de cansancio, nerviosismo, irritabilidad, desgano al enfrentarse al trabajo, e incluso deseos autodestructivos junto con compromisos en la salud del resto de los sistemas biológicos del cuerpo, como trastornos digestivos, lumbalgias, úlceras gástricas, hipertensión arterial, vértigos, crisis de pánico, etc.

Dependiendo de la forma de manifestación específica de las conductas de hostigamiento, podrá también afectarse su dignidad personal, que emana del Artículo 1° CPR en relación con los Artículos 2° y 5° CT, o incluso su derecho a la honra.

Asimismo, puede vulnerarse el derecho a la intimidad, previsto en el Artículo 19 N°4 CPR y el derecho a la no discriminación, establecido en el Artículo 19 N°16 CPR. “Esos derechos son inmediatas proyecciones de la dignidad de la persona humana, de manera que el acoso

¹⁰ PIÑUEL Y ZAVALA, Iñaki, *El mobbing o acoso psicológico en el trabajo*, citado por GAMONAL CONTRERAS, Sergio; PRADO LÓPEZ, Pamela, *op. cit.*, p. 25.

*psíquico configura en última instancia un agravio contra el valor supremo del orden político y moral de nuestra sociedad*¹¹.

Por ello, se ha afirmado con razón que *“luego de la reforma procesal laboral introducida por la ley N° 20.087, cobró especial significación como fundamento normativo para sustentar la protección frente a actos de acoso laboral la norma del artículo 485 del CdT, con la cual comienza la regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales”*¹².

*“Desgraciadamente, la tardía irrupción de la ley N° 20.607 no se hizo cargo de este interesante fenómeno jurídico en relación con el acoso laboral, esto es, que la ausencia de una tipificación expresa del mismo por largo tiempo no había sido óbice para su sanción por la vía judicial, lo que era especialmente significativo, ya que demostraba el grado de asentamiento que ha adquirido la protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia judicial posterior a la reforma procesal laboral del año 2008”*¹³.

Tratándose en específico del acoso laboral de carácter horizontal y/o mixto, por su propia naturaleza, deberá verificarse previamente el ingreso de la respectiva denuncia en la empresa y la falta de medidas concretas por parte del empleador para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, establecidas en el reglamento interno, que impliquen una omisión de su deber de cuidado, de modo tal que a consecuencia de ella, se posibilite la persistencia de las conductas lesivas contra el trabajador.

De esta forma, la eventual situación de acoso laboral o *mobbing* que afecta al trabajador podrá ser abordada, tal como ha sido hasta ahora, además de las reglas introducidas al Código del Trabajo por la Ley 20.607, como una vulneración a los derechos fundamentales, particularmente a la integridad psíquica del trabajador, sin que se pueda descartar la afección de otros derechos fundamentales, como ya se señaló.

VI. LA GARANTÍA O DERECHO DE INDEMNIDAD.

Especial relevancia reviste el Derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en esa calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, derecho que está elevado o asimilado a la categoría de fundamental por la reforma de la Ley N°20.087 y complementado por la Ley 20.974, y que encuentra sustento constitucional en las normas que consagran la igual protección de la ley, el derecho a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, el Estado de Derecho.

En cuanto a las represalias originadas en la labor fiscalizadora del Servicio, el ámbito de protección de la garantía de indemnidad es bastante amplio, ya que *“comprende tanto las actuaciones fiscalizadoras “solicitadas” realizadas por la Dirección del Trabajo, esto es, aquellas que se originan en una denuncia hecha por el trabajador afectado o por otra persona o entidad, como también las fiscalizaciones “de oficio” que realiza esta institución por propia iniciativa, a partir de los programas de fiscalización que dicho servicio planifica y ejecuta.”*

*“Adicionalmente, la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo no sólo se puede materializar a través de la fiscalización en terreno, sino que existen en dicha institución otras líneas de trabajo, como la mediación laboral, la que, junto con generar espacios de diálogo para abordar el conflicto, también persigue obtener el cumplimiento de la normativa laboral.”*¹⁴

¹¹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *El Nuevo Ilícito de Acoso Laboral en el Derecho del Trabajo Chileno*, en Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol.3, N°6, 2012, pág.18

¹² CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La tipificación y sanción del acoso laboral en Chile*, en revista Estudios Laborales, N° 7-2012, Legal Publishing, Santiago, p. 183.

¹³ *Ibid.*, p. 184.

¹⁴ CASTRO CASTRO, José Francisco, *La Garantía o Derecho de Indemnidad Laboral y su relación con la Prueba Indiciaria*, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol.3, N°6, 2012, p. 122.

En cuanto a las represalias del empleador ocasionadas por el ejercicio de acciones judiciales, *“las acciones judiciales que dan lugar a la protección de indemnidad pueden corresponder a aquellas interpuestas por otros sujetos de derecho en aquellos casos que legalmente corresponda, ya que como señala el texto legal se trata de represalias en contra de los trabajadores “por el ejercicio de acciones judiciales”, sin exigir ni establecer restricciones adicionales.”*¹⁵. En consecuencia, la acción judicial que puede dar lugar a la garantía o derecho de indemnidad puede haber sido deducida por otro trabajador, por una organización sindical, etc. Criterio recogido por el legislador y que forma parte del artículo 485 del Código del Trabajo modificado.

Por otro lado, *“el derecho de indemnidad opera con independencia del órgano jurisdiccional requerido y del tipo de acción ejercida judicialmente por el trabajador o por la entidad respectiva, puesto que la norma del artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo sólo habla de “acciones judiciales” y no parece que pueda diferenciarse respecto del carácter laboral o no laboral de la acción deducida. Así, el derecho de indemnidad también será aplicable, por ejemplo, cuando se trate de represalias por el ejercicio de acciones penales contra el empleador o alguna de las personas que lo representan”*¹⁶.

Podemos concluir que esta garantía o derecho de indemnidad favorece la función del Estado, especialmente en el ámbito administrativo, toda vez que permitirá la denuncia de infracciones laborales durante la vigencia de la relación, muchas veces inhibida por el temor al despido. A su vez, impone mayores exigencias al Servicio pues al denunciarse una represalia con ocasión de una actuación de la Inspección, esta quedará expuesta al conocimiento del tribunal.

VII. PARTICULARIDADES DEL DERECHO A NO DISCRIMINACIÓN.

Señala el Artículo 485 del Código del Trabajo, inciso 2º, del texto reformado: *“También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”*.

Por su parte, el Artículo 2º, al que se remite la norma citada, precisa como actos de discriminación:

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

En consecuencia, sin perjuicio de las otras acciones de las que dispone el trabajador afectado, el procedimiento de tutela laboral regulado en la ley N°20.087 no solo es aplicable para la tutela de los actos de discriminación expresamente señalados, sino que también para otros como el aspecto físico, la discapacidad, orientación sexual, etc., sin perjuicio que puedan verse vulneradas otras garantías protegidas por este procedimiento, como por ejemplo, la intimidad, la integridad física y síquica, etc.

Lo anterior tiene especial reconocimiento en la doctrina institucional (Dictamen Ord. N°3704/134, de 11.08.2004 y Dictamen Ord. N°2210/035, de 05.06.2009), que ha indicado: *“La incorporación en nuestra legislación de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social), no puede*

¹⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 37.

¹⁶ CASTRO, *op. cit.*, pp. 120-121.

agostarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso”.

A dicha configuración ha de llegarse a través de la fórmula constitucional contenida en el inciso tercero, del Artículo 19 N°16 de la Constitución Política: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”, que abre, en función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal a otro tipo de diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en la norma”.

En este orden de ideas, resulta de especial relevancia la actualización de dicho criterio realizada en su oportunidad por el Dictamen Ord. N°2660/033, de 18.07.2014, con motivo de la dictación la Ley N°20.609, que estableció como concepto de discriminación arbitraria “(...) *toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación económica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad*”. Agregando que: “(...) *Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público*”.

Dicho nuevo concepto, “(...) *no altera de este modo los principios sobre derechos fundamentales contemplados en el ordenamiento jurídico laboral, particularmente en el Artículo 2° del Código del Trabajo, en relación al Artículo 19 N°16 de la Constitución Política*.”

Lo anterior, por cuanto la incorporación en nuestra legislación de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria, no puede agotarse en una fórmula cerrada, impidiendo la calificación de discriminación de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal.

De esta suerte, tratándose de distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en razón del sexo, orientación sexual, identidad de género, entre otras, constituyen, a la luz de los derechos legales antes transcritos y comentados, conductas discriminatorias en el ámbito laboral, en tanto no se basan en criterios de capacidad o idoneidad personal”.

Más recientemente, y a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.940, de 08.09.2016, se complementó el inciso cuarto del artículo 2° del Código del Trabajo, ampliando el catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria, quedando su redacción en los siguientes términos:

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

Al respecto, cabe considerar el dictamen Ord. 1300/030, de 21.03.2017, referido al concepto de actos de discriminación en materia laboral, a partir de la modificación introducida por la ley 20.940.

No obstante todo lo anterior, quedan excluidos de la tutela que ofrece este procedimiento, los actos de discriminación que se verifiquen por medio de las ofertas de trabajo, por la

directa alusión que hace la norma citada al inciso 6º del Artículo 2º del Código del Trabajo que las describe. Lo anterior, sin perjuicio de la sanción administrativa correspondiente¹⁷.

VIII. LA LIBERTAD SINDICAL.

La libertad sindical ha sido definida como “el derecho de los trabajadores a constituir y a afiliarse a organizaciones sindicales, y el de éstas y de aquéllos a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses”¹⁸.

Tal como ha señalado César Toledo, se comprende en la estructura jurídica del derecho de libertad sindical la convivencia de un elemento estático (de corte organizacional), con uno dinámico (derecho a la actividad sindical), y necesariamente reclama del Estado no tan sólo el deber de promoción de la libertad sindical, sino el de garantizar una tutela efectiva de la misma, para que pueda hacerse realidad el que la libertad sindical consista no en la posibilidad abstracta de hacer, sino el poder hacerlo concretamente¹⁹.

La complejidad de la estructura de la libertad sindical se expresa, como afirma Hugo Fernández Brignoni, en que contiene elementos subjetivos de carácter individual y colectivo “que incluyen derechos vinculados con el hacer y el no hacer de diversos sujetos del sistema de relaciones laborales y que resultan fuertemente comprometidos en términos jurídicos en cuanto a la vigencia del propio derecho se refiere”²⁰.

De esta forma, la libertad sindical excede al derecho de asociación; y comprende las diversas expresiones de su contenido esencial: la autonomía organizativa y el derecho a la actividad sindical, así como la dimensión individual y colectiva de la libertad sindical. La autonomía organizativa comprende a su vez el derecho de los trabajadores a constituir y asociarse libremente a sindicatos incluyendo el derecho de éstos a asociarse en entidades mayores. El derecho a la actividad sindical comprende la facultad de emprender las acciones tendientes a la defensa de los asociados, dentro de las cuales, en lugar de privilegio, se encuentran el derecho a la negociación colectiva y a la huelga.

La enumeración de los atentados contra este derecho contenido en las prácticas antisindicales de los artículos 289, 290 y 291 y desleales en la negociación colectiva, en los artículos 403 y 404, tiene un carácter ejemplar y no taxativo, razón por la cual, podrán existir otras conductas, no contempladas expresamente por estas disposiciones legales, que puedan atentar contra la libertad sindical.

A partir de las reformas introducidas por la Ley 20.940, uno de cuyos objetivos es garantizar adecuadamente en los términos establecidos en los Convenios N° 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, la Libertad Sindical, se realizaron modificaciones con el fin de fortalecer la regulación en materia de prácticas antisindicales y desleales.

Uno de los objetos de la nueva preceptiva ha sido vigorizar la sanción de las prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva, mecanismo que cabe entender como

¹⁷ El Ord. 850/29, de 28 de febrero de 2005, estableció que “el tipo infraccional se conforma de los siguientes elementos:

a) Una oferta de trabajo efectuada por el empleador, directamente o por la vía de terceros.
b) Que la oferta se realice por cualquier medio, gráfico, visual, escrito, etc.
c) Que dicha oferta señale como requisito para acceder al puesto de trabajo ofrecido algunas condiciones o calidades señaladas en el inciso tercero del artículo 2º del Código del Trabajo.”

Agrega el mismo dictamen que “cualquier empleador que formule, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, una oferta de trabajo que contenga una condición discriminatoria puede y debe ser sancionado por infracción a los incisos 2º, 3º y 5º, del artículo 2º, del Código del Trabajo. Atendido que no existe una sanción especial que castigue esta conducta corresponderá aplicar aquella mencionada en el artículo 477 del mismo texto legal, norma aplicable siempre que no exista una sanción especial en el caso específico”.

¹⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 33.

¹⁹ TOLEDO CORSI, César, *Tutela de la libertad sindical*, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 8.

²⁰ FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, *Un enfoque teórico de la libertad sindical*, citado por TOLEDO CORSI, *op. cit.*, p. 8.

una de las garantías que amparan el ejercicio de la Libertad Sindical, incluyendo el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga de los trabajadores, con el fin de aumentar la eficacia de dichos derechos fundamentales.²¹

Para cumplir con su objetivo se establecieron criterios y reglas aplicables tanto a las prácticas antisindicales como a las prácticas desleales en la negociación colectiva, entre ellos:

1.- El carácter objetivo de la lesión a la libertad sindical, el legislador entendiendo que lo relevante para la norma tutelar es la acción y su resultado lesivo al derecho fundamental, por sobre la exigencia de intencionalidad o ánimo deliberado de dañarlo.

2.- La descripción y enumeración no taxativa de las conductas ilícitas, también ha recalcado el carácter meramente ejemplar de las prácticas enumeradas en los artículos 289,290, 403 y 404 del Código del Trabajo, por lo que la sola circunstancia de que la conducta no se encuentre enmarcada dentro de las descripciones señaladas en la ley no corresponde señalar que la conducta lesiva no existe.

3.- La determinación de la competencia del órgano jurisdiccional y el rol de la Inspección del Trabajo, en este último caso merece tener presente que se mantiene el criterio que la calificación de una conducta como constitutiva de práctica antisindical es una atribución exclusiva de los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de la intervención de la Inspección del Trabajo respectiva, la que deberá denunciar al Tribunal competente los hechos que estime antisindicales o desleales de los cuales tome conocimiento.²²

En cuanto a las sanciones, se establece una escala de multas aplicables por el Juez competente de acuerdo al tamaño de la empresa, según lo dispone el artículo 292 inciso 1° del Código del Trabajo, las que tendrán como beneficiario el Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Otro aspecto relevante a destacar en la reforma laboral, es lo dispuesto en el nuevo artículo 345 del Código del Trabajo que en su inciso 1° señala: “La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores”, norma de la cual se desprende que la huelga es entendida como un derecho que, si bien le asiste a todo trabajador, queda sujeto al ejercicio colectivo.”

A su vez, este artículo en su inciso 3° dispone lo siguiente: “La huelga no afectará la libertad de trabajo de los Trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo”.

La norma recién transcrita no viene sino a establecer la necesaria conciliación de ambos derechos en caso de entrar en pugna, no pudiendo el ejercicio del derecho a huelga impedir la libertad de trabajo de los dependientes de la empresa que no participan del respectivo proceso, así como igualmente resulta vedado que en virtud de la libertad de trabajo se perturbe el derecho a huelga de quienes están negociando.²³

Con el fin de garantizar el ejercicio al derecho a huelga, el legislador prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga, según lo dispone el artículo 345 inciso 2° que a la letra señala: “Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga”.

La misma norma en sus incisos 4° y 5° dispone: “La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.

En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las

²¹ Dictamen Ord. N° 0999/027 de fecha 02.03.2017 que se pronuncia acerca del alcance de las normas incorporadas por la Ley 20.940 que sancionan las prácticas antisindicales y las prácticas desleales en la negociación colectiva.

²² Entre otros, en dictámenes Ord. N° 0999/027 de fecha 02.03.2017, Ord. N° 4675/196 de 05.11.2003.

²³ Dictamen Ord. N° 0441/0007 de fecha 25.01.2017 que se pronuncia acerca del alcance de las normas incorporadas por la Ley 20.940 que regulan el derecho a huelga en la negociación colectiva reglada.

normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492.”

La nueva normativa ha venido derechamente a proscribir el reemplazo, otorgándole además a la Dirección del Trabajo la facultad-deber de intervenir en el caso concreto para requerir el retiro inmediato de los reemplazantes y, ante la negativa del empleador, efectuar la respectiva denuncia ante el Juzgado de Letras del Trabajo, sin pasar por el trámite previo de la mediación.

Reafirma la ilicitud señalada lo dispuesto en el artículo 403 letras d) y e) del Código del Trabajo.

Otra disposición a destacar y en concordancia con las normas que prohíben el reemplazo de trabajadores en huelga, es el artículo 405 del Código del Trabajo que preceptúa: “Práctica desleal de la empresa principal. La contratación directa de los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista por parte de la empresa principal”, norma que expresamente prohíbe la conducta descrita.

Éstas y otras normas contenidas en la Ley N° 20.940, vienen a fortalecer y hacer más eficaz el ejercicio del derecho a la libertad sindical y, en particular, facilitar la defensa de estos ilícitos ante los tribunales de justicia.

IX. LA VARIABLE DE GÉNERO EN LA TUTELA DE DDFF.

Desde el retorno de los gobiernos democráticos, Chile ha avanzado sustantivamente en la adopción de políticas destinadas a garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos humanos, incluyendo en dicho compromiso la eliminación de toda forma de discriminación en contra de las mujeres. Estos avances se han manifestado en ratificación de diversas convenciones y compromisos internacionales, aprobación de leyes e implementación de políticas públicas explícitas que permitan avanzar en esta línea.

El ordenamiento jurídico no debe estar ajeno a un análisis con enfoque de género. En efecto, la definición de conductas a través de la normativa nunca ha sido neutra, por el contrario, tiene un habitual sesgo en su creación, interpretación y aplicación. Así, la concepción de roles masculinos y femeninos ha sido una determinante en el ejercicio igualitario de derechos fundamentales entre hombres y mujeres.

El ámbito laboral, no ha estado ajeno de esta revisión con enfoque de género, impulsado por el creciente aumento de la fuerza femenina y la expresa reivindicación de respeto y garantía de ejercicio de sus derechos en este espacio. En efecto, la relación de dependencia y subordinación propia de la relación laboral, muchas veces se combina con un componente cultural que discrimina a las mujeres. La maternidad y la arraigada concepción de que el cuidado y crianza de los hijos es de exclusiva responsabilidad de las mujeres, es un prejuicio oculto que está presente en todo el desarrollo de la vida laboral de las mujeres, lamentablemente, constituyéndose generalmente en un obstáculo para su desarrollo laboral.

Así, diversos estudios han demostrado que aun cuando el aumento de la participación laboral de las mujeres se ha mantenido, alcanzando un 48.3%²⁴, esta incorporación al mundo laboral no ha conseguido superar las discriminaciones y las condiciones de inferioridad social en las que las trabajadoras se desenvuelven. En ese sentido “las trabajadoras forman parte de la fuerza laboral de las empresas, y como tales experimentan similares condiciones de subordinación y dependencia a las de sus pares masculinos, sin embargo, son también

²⁴ Información extraída del Instituto Nacional de Estadísticas: [http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/genero/pdf/participacion_laboral_femenina_2015.pdf]

afectadas de manera particular y especial por relaciones de poder de género instaladas en la sociedad y en la cultura y que se asientan en el mercado de trabajo y en las empresas”²⁵.

Estas discriminaciones pueden presentarse en las distintas etapas de las relaciones laborales, tanto en la precontractual, durante la relación laboral y con el término de la misma. A su vez, las mujeres suelen tener condiciones laborales más precarias que sus pares varones, lo que se refleja en diversos aspectos: diferencias remuneracionales²⁶, limitaciones en las posibilidades de ascenso -conocido también como el “techo de cristal”- segregación y feminización de ciertas áreas de la economía, asociadas a menores salarios, entre otros. Así, como consecuencia de la división sexual del trabajo, es posible ver a más mujeres en empleos precarios y en formas de trabajo flexible, donde la intensificación del trabajo pasa a ser la regla general²⁷.

Por otro lado, existen una serie de situaciones cotidianas que se dan en el ámbito laboral, y que podrían ser ilustrativas del trato desigual del que son objeto las mujeres respecto de los hombres, como el tipo de preguntas en las entrevistas para postular a un cargo, las que muchas veces están vinculadas con aspectos de la vida privada, y que son ajenos a los requisitos de capacidad o habilidades para el cargo; tratos atentatorios a la intimidad, como las medidas de revisiones corporales adoptadas por diversas razones, entre otros. Asimismo, en muchos casos, la vulneración a la honra en las mujeres adquiere una connotación especial por la mayor sanción social y menor tolerancia respecto de iguales conductas realizadas por hombres. Otro tema evidente en materia de discriminación, es la brecha salarial entre hombres y mujeres, a la que se hizo referencia previamente.

Finalmente cabe hacer presente que estas situaciones se presentan también para personas con distintas identidades de género, y que la diversidad sexual también suele ser objeto de tratos discriminatorios en el ámbito laboral. En razón de lo anterior, la variable de género debe ser considerada en todo proceso de recepción de denuncia, análisis de admisibilidad, indicios a considerar al determinar la estrategia y pasos a seguir en caso de protección de los derechos fundamentales.

Para tal efecto, en la Circular(es) respectiva(s), se especificarán las medidas concretas que se deberán adoptar en las actuaciones que conforman este procedimiento, entre las que se cuentan las relativas al ingreso y la actuación de la fiscalía.

Especial importancia tiene la tutela conjunta de distintos derechos de las trabajadoras vinculados a la condición de género, por ejemplo, la prohibición de discriminación en razón del sexo puede estar asociada a discriminaciones en razón de la nacionalidad, la edad, el estado civil, o a atentados contra la honra o la vida privada de las personas. En estos casos, deberán invocarse todos los derechos comprometidos en los hechos investigados y, eventualmente, denunciados.

A. Situación del acoso sexual.

Una mención especial merecen los atentados a los derechos fundamentales sufridos por mujeres afectadas por situaciones de acoso sexual en el ámbito laboral.

En efecto, una de las formas más claras de discriminación con motivo de género es el acoso sexual al cual se ven expuestas las trabajadoras durante la relación laboral, tanto por parte de sus compañeros de trabajo como por parte de sus empleadores, viendo por tanto condicionadas sus oportunidades de ascenso o descenso en el empleo, a la aceptación o rechazo de las conductas y muchas veces a requerimientos de tipo sexual por parte del empleador. Estas conductas generan un ambiente hostil para ella, lo que muchas veces tiene como consecuencia la renuncia de las trabajadoras o un ausentismo laboral. En definitiva, las

²⁵ Dirección del Trabajo. ENCLA 2014, Informe de resultados Octava Encuesta Laboral Inequidades y brechas de género en el empleo. Diciembre 2015.

²⁶ De acuerdo a los datos aportados por la CASEN de 2015, la brecha salarial entre hombres y mujeres es de un 26,5%

²⁷ Acevedo, D; Biaggil, Y.; y Borges, G. Violencia de género en el trabajo: acoso sexual y hostigamiento laboral. Publicado en la Revista Venezolana de Estudios de la Mujer. Caracas, 2009. P. 173. [Disponible en: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvem/v14n32/art12.pdf>]

situaciones de acoso sexual se presentan como una forma de violencia de género en la relación laboral.

Lo anterior no es casual, por cuanto, tal como señala Pitch, el espacio laboral es “el lugar simbólico de la integración y emancipación”²⁸. Así, las conductas de hostigamiento y acoso sexual son una de las formas más eficaces de mantener simbólicamente las diferencias de poder justamente donde éstas se ven amenazadas, siendo por tanto “(...) una manera de devaluar la diferencia sexual femenina, de negarla- pretendiendo que las mujeres no sólo no reaccionen sino que también acepten participar, y tal vez divertirse: y de esta forma ratifiquen la superioridad de lo masculino y la necesidad de integrarse en ella a fin de ser aceptadas- al mismo tiempo que se confirma como ineluctable”²⁹.

Lo anterior ha sido reconocido también por la Organización Internacional del Trabajo y este Servicio, al señalar³⁰: “El acoso sexual en el trabajo es un nuevo término que describe un problema de larga data: una conducta de carácter sexual, que se lleva a cabo en el espacio de trabajo y no es deseada por la persona afectada. Es una forma de discriminación de género y una expresión de la desigualdad de poder que viven las mujeres”.

En el mismo sentido, señalan ACEVEDO y OTRAS: “la violencia de género en el trabajo se origina en las relaciones laborales y en las relaciones sociales de sexo, y se manifiesta en acciones y situaciones de hostigamiento laboral y de acoso sexual. Se considera una manifestación de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, en la cual las mujeres resultan más afectadas por su situación de discriminación y subordinación social, siendo los agresores mayoritariamente del sexo masculino. El problema guarda relación con los roles atribuidos a los hombres y a las mujeres en la vida social y económica que, a su vez, directa o indirectamente, afecta a la situación de las mujeres en el mercado del trabajo y en el ambiente laboral”³¹.

En este sentido cabe hacer presente que esta discriminación se basa principalmente en el género. De este modo, la discriminación no se relaciona con las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, sino con los roles sociales que se atribuyen respecto de ellos, y a lo que es esperable y deseable de cada uno³². Ahora bien, tanto mujeres como hombres pueden ser víctimas de acoso sexual, pero las investigaciones relativas a la materia dan cuenta de que la gran mayoría de las afectadas con estas conductas son mujeres³³.

Pues bien, la comisión de este ilícito no sólo implica un acto contrario a la dignidad de la persona-según los términos expresos del legislador- sino además implica el ejercicio de violencia de género en el ámbito laboral, el cual puede significar vulneraciones a derechos constitucionales tales como la integridad física y síquica, la intimidad, la honra y la no discriminación, lo cual, unido a las particularidades fácticas que usualmente lo acompañan, necesariamente da lugar a una figura compleja y de especial gravedad que exige la mayor precisión al momento de analizarla y calificarla conforme a las atribuciones que a su respecto posee la Dirección del Trabajo.

La Ley Nº20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, se encuentra plenamente vigente, de modo que su aplicación debe armonizar con el procedimiento administrativo asociado a la tutela de los derechos fundamentales.

²⁸ Pitch, Tamar. Un derecho para dos. La construcción Jurídica de género, sexo y sexualidad. Editorial Trota, Milán, 2003. P. 230.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Organización Internacional del Trabajo y la Dirección del Trabajo. Manual de Autoaprendizaje sobre Acoso Sexual. Legislación y procedimientos de aplicación. Santiago, 2006. P. 17. [Disponible en: http://www.ilo.org/santiago/publicaciones/WCMS_180838/lang-es/index.htm]

³¹ Acevedo D; Biaggil, Y.; y Borges., G., *Violencia de género en el trabajo: acoso sexual y hostigamiento laboral*. Op. Cit. P. 169.

³² Organización Internacional del Trabajo y la Dirección del Trabajo. Manual de Autoaprendizaje sobre Acoso Sexual. Legislación y procedimientos de aplicación. Op. Cit. P. 17.

³³ En efecto, de acuerdo a un estudio realizado respecto de 113 denuncias por acoso sexual investigadas por las Inspecciones del Trabajo, correspondientes a 126 denunciante, atendido que algunas denuncias fueron realizadas por más de una mujer. Ahora bien, del total de denunciar 122 son realizadas por mujeres y 4 por hombres.

En tal sentido, subsisten los procedimientos inspectivos creados para la fiscalización de las obligaciones contenidas en el citado cuerpo normativo.

No obstante, y considerando que la Ley N°20.005 no contempló un procedimiento judicial para la denuncia, conocimiento y sanción del acoso sexual, procederá aplicar el procedimiento administrativo general de tutela de derechos fundamentales en los siguientes casos, debiendo distinguirse:

a) El acosador es una persona distinta del empleador y éste se encuentra en conocimiento de la situación de acoso, en cuyo caso será procedente accionar en contra de este último cuando:

- No adopta las medidas de resguardo establecidas en el Artículo 211 B del Código del Trabajo.
- No efectúa la investigación establecida en el Artículo 211 C del Código del Trabajo.
- No remite los antecedentes a la Inspección del Trabajo para que ésta realice la investigación pertinente.
- Efectuada la investigación y resultando ésta positiva, no adopta las medidas o sanciones correspondientes.

b) El acosador es el empleador, en cuyo caso no resulta aplicable la Ley N°20.005, por lo que deberá efectuarse el procedimiento administrativo de la presente Orden y Circular(es) respectiva(s), de modo que, verificado el acoso o sus indicios, corresponderá, en caso de resultar infructuosa la mediación, formular la correspondiente denuncia de tutela ante el tribunal competente.

c) Lo anterior, sin perjuicio de la denuncia que proceda ante el Ministerio Público, cuando los hechos constatados constituyan un ilícito contra la integridad sexual de los tipificados en el Código Penal.

B. Situación del derecho a la igualdad de remuneraciones (artículo 62 bis del Código del Trabajo).

En Chile mujeres y hombres no tienen la misma remuneración por la realización de un mismo trabajo o por trabajos de igual valor, siendo ellas las principales perjudicadas, "independiente del sector en que laboren, la categoría profesional que ocupen, la modalidad de contrato que tengan, el tipo de jornada que cumplan o el espacio territorial en que residen"³⁴.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley N°20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, se introdujeron modificaciones al Código del Trabajo (también al Estatuto Administrativo) con el objeto de hacer efectiva la obligación de no discriminar por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral, mediante el reconocimiento expreso del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo.

Como es sabido, el ordenamiento jurídico nacional reconoce el derecho a la no discriminación tanto a nivel constitucional, entre otros en los Artículos 1º, 19 N°2, 19 N°16 de la CPR, como legal-específicamente en el ámbito laboral- en el artículo 2º del Código del Trabajo, erigiéndose la proscripción de la arbitrariedad como principio del sistema jurídico chileno.

En tal sentido, la nueva ley ha venido a materializar esta garantía en el ámbito específico de las remuneraciones y con factor de género, permitiendo a la persona afectada recurrir a la acción judicial de tutela laboral para denunciar la vulneración del principio de igualdad remuneracional entre hombres y mujeres consagrado en el inciso 1º del Artículo 62bis, debiendo previamente haber agotado el procedimiento de reclamo interno a que se refiere el Artículo 154 N°13, ambos del Código del Trabajo.

Sobre el particular, cabe sostener que, siendo aplicable por mandato expreso del legislador el Párrafo 6º del Capítulo II, del Título I del Libro V del Código del Trabajo, normativa que

³⁴ Díaz, Estrella, *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la ley 20.348 para avanzar en justicia de género*. Cuaderno de Investigación N° 55. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. P. 7.

comprende el deber de la Inspección del Trabajo de denunciar judicialmente los hechos vulneratorios de que tome conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones (Artículo 486, inciso 5º), corresponderá tramitar las denuncias que invoquen la transgresión al Artículo 62 bis, inciso 1º del Código del Trabajo conforma al procedimiento general regulado en esta Orden de Servicio y Circular(es) respectiva(s), en tanto acto discriminatorio basado en motivos de sexo, con la salvedad que, en el examen de admisibilidad, el funcionario a cargo deberá requerir al denunciante acreditar suficientemente la circunstancia de haberse concluido la reclamación prevista al efecto en el reglamento interno de la respectiva empresa, requisito sin el cual no podrá continuar la tramitación administrativa, sin perjuicio de la facultad del usuario de accionar directamente ante el tribunal competente en causa particular de tutela laboral.

X. ÁMBITO, FORMA Y ALCANCE DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Señala la norma del Artículo 485 del Código del Trabajo que el procedimiento de tutela laboral se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando estos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

Agrega que se entenderá que los derechos y garantías a que se refiere, resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Esta Dirección del Trabajo, a través de diversos Dictámenes y especialmente en el que fija el sentido y alcance del Artículo 5º inciso primero, del Código del Trabajo (Ord. N°2856/162, de 30.08.2002), ha desarrollado la doctrina recogida por la reforma de la Ley N°20.087, lo que permite recurrir a ella para definir el ámbito, forma, y alcance que exige la norma tutelar que se analiza, para que un determinado hecho precalificado de vulneratorio de un derecho fundamental esté amparado por el procedimiento de tutela laboral.

La norma exige que la vulneración tenga lugar en la relación laboral, y por aplicación de las normas laborales, con lo que debe entenderse que sólo se encuentran tutelados por este procedimiento, los específicos derechos reseñados en la norma cuando son afectados en el ámbito del trabajo, con ocasión del trabajo o como consecuencia del mismo.

XI. LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En la relación laboral el trabajador o trabajadora se encuentra incorporado a una organización jerarquizada donde ejerce sus derechos fundamentales. Los poderes del empleador, por su parte, son expresión de la libertad de empresa y del derecho de propiedad –Artículos 19, N°21 y 24 de la Constitución, respectivamente- garantías constitucionales que tienen su expresión, entre otras, en un conjunto de facultades respecto de los trabajadores, organizativas, disciplinarias y de mando.

La Dirección del Trabajo, en su dictamen nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002, definió el poder de dirección del empleador como “una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador”.

De esta forma, constituyen expresiones de estas facultades empresariales, la libertad para contratar trabajadores, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador.

Estas facultades, se pueden ejercer sólo en el ámbito del contrato de trabajo, en consecuencia, dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral, no pueden

extenderse a la actividad extralaboral del trabajador. Por su parte, la ley laboral regula el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario, injusto o desproporcionado.

Procederá en consecuencia calificar como vulneratoria de derechos fundamentales del trabajador, aquellas restricciones o limitaciones de estos derechos cuando sean el resultado del ejercicio abusivo de las facultades por parte del empleador, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Con todo, la aplicación de los principios y normas involucradas en la operación de evaluar las conductas del empresario y ponderar la afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores debe realizarse en cada caso particular, mediante los elementos de juicio que ofrece la doctrina constitucional y observando siempre la intangibilidad del contenido esencial del derecho de que se trata.

XII. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA RESOLVER LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS(AS) TRABAJADORES(AS) CON EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR.

Como ya se expuso por este Servicio en Ord. N° 2210/035, de 05.06.2009, los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, como la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental.

Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino que mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional.³⁵

Tal como señala Christian Melis, “en la relación de trabajo, desde la *órbita iusfundamental*, interactúan por una parte los derechos fundamentales de los trabajadores, que según hemos reseñado en este trabajo pueden ser variados, y el derecho fundamental del empresario en cuanto tal”...., “esto es, el derecho fundamental a la *libertad de empresa* que se expresa y desarrolla al interior de la relación laboral a través de los poderes empresariales”³⁶.

En consecuencia, los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad –artículos 19, N°s. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial –ratio económica.³⁷

Asimismo, al empleador le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador.³⁸

³⁵ Ord. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

³⁶ Melis Valencia, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 127.

³⁷ Ord. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

³⁸ *Ibid.*

Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección –comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección *strictu sensu* como el disciplinario–, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración –ratio jurídica– en el contrato de trabajo –dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador–, a lo que debemos agregar la ley –será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario–. Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empresario es titular de unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empleador en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador.³⁹

Pero, en todo caso, los límites a las facultades del empleador, como sostiene Sergio Gamonal, operarán “en negativo” respecto de aquéllas, esto es, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obliga al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores, para facilitar su ejercicio.⁴⁰

Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnnicomprensivamente podemos englobar en la aplicación del denominado “*principio de proporcionalidad*”, y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, 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).⁴¹ Este examen deberá realizarse, salvo el caso que el propio legislador ya lo hubiere realizado.

El principio de proporcionalidad, como también se ha sostenido en anteriores dictámenes,⁴² admite una división en sub principios que, en su conjunto, comprenden el contenido de este principio genérico, a saber:

- a) El “**principio de la adecuación**”: El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto;⁴³
- b) El “**principio de necesidad**”: Este exige que la medida limitativa 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; y,
- c) El “**principio de proporcionalidad en sentido estricto**”: Por éste, 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.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, p.23.

⁴¹ Ord. Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Este principio se ha reconocido en la jurisprudencia de este Servicio al pronunciarse sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, “deben ser idóneas a los objetivos perseguidos” en Ordinarios Nºs. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98.

Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁴

Así las cosas, una medida restrictiva de un derecho fundamental superará el juicio de proporcionalidad si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones referidas: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).⁴⁵

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.⁴⁶

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.⁴⁷

Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho –garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, Nº 26– supondrá la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. De esta forma, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites"^{48 49}.

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 (Sentencia Tribunal Constitucional, de 24.02.87, Rol Nº 43).⁵⁰

Por su naturaleza, el ámbito, durante la vigencia del contrato de trabajo, en que tradicionalmente más se tensiona la vigencia plena de los derechos fundamentales de los trabajadores, tiene lugar en el ejercicio de las facultades de control por parte del empleador, derivada de su potestad de mando, medidas que pueden lesionar uno o más de los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁴⁴ Ruiz Ruiz, Ramón, *La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Nº10, 2006, pág. 62, consultada en www.filosofiaderecho.com/rtfd

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Ord. Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ De Otto y Pardo, Ignacio, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 125

⁴⁹ Ord. Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

⁵⁰ *Ibid.*

XIII. EL SUJETO OBLIGADO A RESPETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El sujeto obligado a respetar los derechos fundamentales del trabajador, en el marco de la norma en análisis es el empleador, definición que comprende a los sujetos definidos en los Artículos 3° letra a) y 4° inciso 1° del Código del Trabajo (representantes del empleador).

En el caso que quien vulnere los derechos fundamentales sea otro trabajador de la empresa; o en casos de tercerización, sea un trabajador de una empresa distinta a la del empleador, o un empleador de otra empresa, podrá exigirse del empleador que garantice un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, así como de proteger eficazmente su vida y su salud. En consecuencia, si los hechos denunciados comprometen las obligaciones del empleador, éste será responsable por su incumplimiento de acuerdo con los procedimientos regulados en esta Orden de Servicio y en la(s) Circular(es) respectiva(s).

A. Las vulneraciones cometidas por empresas usuarias.

El Artículo 485 del Código del Trabajo, establece que *“se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores (que establecen los derechos fundamentales tutelados) resultan lesionados cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno respeto de aquéllas, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial”*.

De esta forma, la conducta típica que la norma sanciona debe ser atribuible a quien ejerce las facultades que la ley le reconoce al empleador, sea que estas facultades se ejerzan por el mismo, por quien lo represente, o por un tercero, en los casos que el mismo empleador o la ley así lo autorice.

El Artículo 183-X de la Ley N°20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación y en las empresas de servicios transitorios establece que: *“la usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 156 de este Código”*.

Así la propia norma atribuye a la empresa usuaria algunas de las facultades del empleador directo, la de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición.

A su vez, el Artículo 183-Y impone a la usuaria un límite a sus facultades, análogas a las que impone al empleador en el Artículo 5° del Código del Trabajo.

En efecto, establece la primera norma que: *“el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”*.

En consecuencia, la empresa usuaria será sujeto obligado al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, en el ejercicio de las facultades que ella ejerce.

B. Las vulneraciones que afecten a trabajadores en régimen de subcontratación.

En el caso de que el trabajador se desempeñe en régimen de subcontratación, puede ocurrir:

B1. Que el agente de la vulneración sea su empleador directo; en este caso se aplicarán las reglas generales de esta Orden de Servicio y de la(s) Circular(es) respectiva(s).

B2. Que el agente de la vulneración sea la empresa principal o sus representantes o alguno de sus trabajadores o alguno de los trabajadores de otra empresa contratista vinculada a la misma empresa principal. En estos casos, se denunciará al empleador por infracción al deber de cuidado contemplado en el artículo 184 del Código del Trabajo, o a la obligación de trato digno establecida en los artículos 2 y 154 del Código del Trabajo, según sea el caso, vinculado a la garantía tutelada del artículo 1° y Artículo 19 N°1 de la CPR y, conjuntamente, a la empresa principal, cuando sea ésta la que a través de sus representantes realice directamente la conducta vulneratoria o no ejerza el deber de cuidado, según sea el caso.

B3. Que el agente de la vulneración sea la empresa principal, al contratar directa o indirectamente a los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista, en cuyo caso aquella empresa será denunciada directamente por práctica desleal en la negociación colectiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 405 del Código del Trabajo (modificación introducida por ley 20.940, de 08.09.2016).

XIV. LA COMPETENCIA DE LAS INSPECCIONES DEL TRABAJO EN LA INVESTIGACIÓN Y DENUNCIA DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

A. El titular de la acción de tutela laboral

Señala el Artículo 486, incisos 1° al 5°, del Código del Trabajo:

“Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.

Cuando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este Párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

Sin perjuicio de lo anterior, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal.

La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable”.

En esta legitimación activa quedan comprendidas también las Inspecciones del Trabajo, cuando el derecho vulnerado sea la libertad sindical a través de la comisión de prácticas antisindicales o desleales, según se desprende de lo dispuesto en el inciso 5° del Artículo 292, según el cual: “La Inspección del Trabajo deberá denunciar al tribunal competente los hechos que estime constitutivos de prácticas antisindicales o desleales, de los cuales tome conocimiento”, norma que reproduce al Artículo 407 del mismo Código respecto de las prácticas desleales en la negociación colectiva.

B. La Inspección del Trabajo como órgano investigador y denunciante.

De acuerdo con la norma legal, las Inspecciones del Trabajo podrán iniciar el procedimiento de derechos fundamentales regulado en esta Orden de Servicio y en la(s) Circular(es) respectiva(s) por las siguientes vías:

Denuncia de un particular o una organización sindical: Si calificada la denuncia administrativa como vulneratoria de derechos fundamentales o constitutiva de prácticas antisindicales o desleales, la investigación realizada confirma la existencia de indicios suficientes de su vulneración, y no habiendo prosperado el trámite de mediación que exige el legislador, la Inspección del Trabajo a través de su Fiscalía deberá interponer la respectiva denuncia ante el tribunal competente, salvo en los casos que la vulneración de derechos tuviera como efecto el despido del trabajador.

De oficio: Cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, la Inspección del Trabajo tome conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales. No obstante lo anterior, su tramitación se iniciará por instrucción del Jefe de Oficina o el Director Regional respectivo, según corresponda, en estos casos será necesario tomar declaración a él o los afectados (trabajador u organización sindical existente), previo al ingreso de la denuncia al sistema informático de derechos fundamentales, con el objeto que ratifiquen los hechos de los que se tomó conocimiento, y actúen como denunciantes en el procedimiento administrativo.

A requerimiento del tribunal: La Inspección del Trabajo deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. En este caso, la obligación de la Inspección se agotará en el informe resultante de la investigación administrativa, sin perjuicio de su facultad de hacerse parte, salvo en los casos que la vulneración de derechos tuviere como efecto el despido del trabajador.

En todo caso, la decisión de denunciar o hacerse parte en un procedimiento en curso será decidido por la correspondiente Fiscalía en aquellas regiones donde se hubieren instalado en forma permanente, o por la Coordinación Jurídica en el resto de las regiones, a la luz del informe emitido en cada caso.

C. Límites a las facultades de la Inspección del Trabajo con ocasión de un despido.

Establece el Artículo 489, inciso 1°, del Código del Trabajo:

“Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del Artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.

La exclusividad de la acción por el despido, no afecta la titularidad de las fiscalías para denunciar despidos antisindicales de trabajadores con fuero, habida consideración de la legitimación que confiere el inciso 5° del Artículo 292 del Código del Trabajo.

En el resto de los casos en los que el despido tenga como causa la vulneración de otro de los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela laboral, las fiscalías se abstendrán de investigar y denunciar judicialmente tales hechos, sin perjuicio de iniciar y concluir el procedimiento administrativo regulado en esta Orden de Servicio y en la(s) Circular(es) respectiva(s), cuando a requerimiento del tribunal que conozca de la acción deducida por el afectado deba emitir un informe, según lo dispone el Artículo 486, inciso 4°, del Código del Trabajo.

Sólo en el caso que el despido se produzca una vez iniciada la investigación, ésta se concluirá de forma tal que pueda ser informada al tribunal en caso de requerimiento.

Con respecto al despido o término de la relación laboral de trabajadores no amparados por fuero laboral, cuando éste se realiza en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva, según artículo 294, el efecto de dicho acto es la nulidad del mismo ("*no producirá efecto alguno*") y la consecuente reincorporación del trabajador. Cabe agregar que dicho trabajador posee la exclusiva legitimación activa para realizar la denuncia por la vía del Procedimiento de Tutela Laboral y, además, que no cuenta con el derecho de opción entre la reincorporación o las indemnizaciones establecidas en el inciso tercero del artículo 489 (modificación introducida por ley 20.940).

D. El plazo de la denuncia judicial.

Según el inciso final del Artículo 486 del Código del Trabajo, la denuncia judicial de la vulneración de un derecho fundamental deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que ella se produzca. Este plazo es de días hábiles, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 435 inciso 3° del Código del Trabajo, y se suspende en la forma dispuesta por el Artículo 168 del mismo código, esto es, cuando medie un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva. En todo caso, la denuncia no podrá interponerse después de 90 días hábiles contados desde que se produzca la vulneración. Cabe considerar la existencia de eventuales vulneraciones permanentes de derechos, que pueden significar la renovación de los plazos de caducidad ya mencionados.

Por lo anterior, la Fiscalía deberá desarrollar el procedimiento administrativo de forma tal que permita la eventual interposición de una denuncia dentro del plazo establecido en la norma del Artículo 486, y su suspensión.

XV. DE LAS FISCALÍAS.

Las Fiscalías constituyen una unidad especializada de composición interdepartamental e interdisciplinaria, integrada por abogados, fiscalizadores y mediadores, cuya función es investigar atentados contra derechos fundamentales y prácticas antisindicales, así como intervenir en el adecuado desarrollo de las etapas del proceso que les asigne la presente Orden.

La Fiscalía constituye fundamentalmente un método de trabajo para la investigación de vulneración a los derechos fundamentales de uno o más trabajadores. En ella participa el abogado, responsable de dirigir la investigación y de formular y tramitar la denuncia ante el tribunal competente; el fiscalizador de terreno, quien debe efectuar la investigación, asistido y supervigilado por el abogado y, en la oportunidad procesal correspondiente, el mediador.

La preparación de la investigación, así como la elaboración del informe debe efectuarse en forma conjunta, entre abogado y fiscalizador.

Cuando el volumen de trabajo y las condiciones geográficas lo permitan, se constituirá una fiscalía o Unidad permanente, con uno o más abogados y fiscalizadores dedicados exclusivamente al tratamiento de estas materias.

La determinación de la constitución de una fiscalía permanente, así como su disolución, será responsabilidad del Director Regional, en razón de criterios de necesidad institucional que aseguren una respuesta oportuna, eficaz y especializada.

Donde no exista fiscalía permanente, ésta se constituirá cada vez que se requiera, quedando integrada por el abogado de la Inspección respectiva o el que sea asignado por el Coordinador Jurídico para la atención de la denuncia, y por el fiscalizador especializado en la investigación de estas materias.

Las cuestiones que surjan con ocasión de la aplicación de esta orden de Servicio cuyo tratamiento no estuviere contemplado en ella ni en las Circulares respectivas, deberán ser

consultadas con el Departamento Jurídico y/o, de ser pertinente, con los Departamentos operativos involucrados en la materia.

XVI. SISTEMA INFORMÁTICO.

Este procedimiento, tanto en su etapa administrativa como judicial, cuenta con un soporte informático en el que se deben registrar las actuaciones reguladas por esta Orden de Servicio y la(s) Circular(es) respectiva(s).

Los funcionarios que, conforme a sus obligaciones e instrucciones de uso, les corresponde operar en cada uno de los sistemas informáticos, deberán registrar oportunamente la información exigida por éstos.

La omisión de registro de la información requerida o el ingreso tardío de datos generará las responsabilidades funcionarias pertinentes.

XVII. CRITERIOS ORIENTADORES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

A. Celeridad.

Las denuncias de vulneraciones de derechos fundamentales deberán ser atendidas con especial diligencia y celeridad por todos los funcionarios y funcionarias involucrados en su recepción, tramitación, investigación, mediación y denuncia ante los tribunales de justicia. En consecuencia, estas denuncias tendrán preferencia en su asignación y despacho, se deberá considerar prioritario por quienes tengan a su cargo el curso de las actuaciones que se contemplan en esta Orden de Servicio y en la(s) Circular(es) respectiva(s). Asimismo, se prescindirá de toda actuación dilatoria y se velará por la concentración de las actuaciones evitando las que no contribuyan al objetivo perseguido.

Los registros y solemnidades no deberán dilatar el desarrollo del procedimiento administrativo. En consecuencia, y mientras se implementen sistemas de apoyo que lo permitan, las actuaciones que requieran registros escritos, correspondencia interna o externa, órdenes o instrucciones se podrán hacer en forma telefónica o informática, sin perjuicio de su posterior respaldo escrito en la modalidad que corresponda.

Con el objeto de garantizar que el Servicio o los usuarios puedan formalizar las acciones judiciales en el procedimiento de tutela laboral, las actuaciones administrativas deberán realizarse oportunamente para evitar la caducidad de dichas acciones. Junto con ello, se deberá contemplar la máxima celeridad en casos específicos, como el de separación ilegal de trabajador aforado o el de reemplazo ilegal de trabajadores durante la huelga.

Se debe tener presente que el procedimiento de tutela laboral establece un plazo para la interposición de la denuncia, desde acontecido el hecho. En efecto, el Artículo 486 del Código del Trabajo dispone en su inciso final:

“La denuncia a que se refieren los incisos anteriores deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma a que se refiere el Artículo 168”.

B. Información a las partes.

En virtud del principio de bilateralidad que debe regir todo procedimiento administrativo, se deberá informar a los denunciantes de las principales actuaciones realizadas por el Servicio en relación con su denuncia y de su resultado, en los términos que se especifican más adelante.

Asimismo, todas las actuaciones de este procedimiento que supongan acoger o desestimar la denuncia formulada por un usuario deberán serle informadas oportunamente.

Al denunciante, en caso que se rechace su requerimiento, se le deberá informar su derecho a denunciar directamente en Tribunales la vulneración que estima ha cometido el empleador, sin perjuicio de lo instruido mediante Circular N°29, del Departamento Jurídico y de Relaciones Laborales.

Al denunciado, al inicio del procedimiento de investigación, se le informará de la investigación por vulneración de derechos fundamentales que iniciará la Dirección del Trabajo y de su derecho al debido proceso administrativo.

Deberá comunicarse al empleador la conclusión jurídica derivada de la investigación realizada cuando se determine que existen indicios de vulneración de derechos fundamentales que deben ser denunciados judicialmente, antes de la gestión de mediación que dispone el Artículo 486 del Código del Trabajo.

C. Trabajo en equipo bajo la dirección del abogado asignado.

El modelo de trabajo a implementar es el de una fiscalía, integrada por los funcionarios señalados en el numeral XIV de esta Orden de Servicio, los que pertenecen a las tres líneas operativas de la Institución, sin perjuicio de la asistencia o apoyo técnico que puedan otorgar, según lo requiera el caso concreto, tanto la Dirección Regional mediante sus coordinaciones operativas, como el nivel central.

En atención a la materia objeto de la investigación –vulneración de derechos constitucionales– le corresponderá dirigir la investigación al abogado respectivo, quien será el responsable de la actuación del fiscalizador y de la intervención del mediador.

El procedimiento administrativo que se regula en esta Orden de Servicio está fundado en el trabajo mancomunado de las distintas áreas del Servicio que intervienen en él, por tanto, los funcionarios o funcionarias que reciben las denuncias, jefes de oficina, los integrantes de las fiscalías –abogados, fiscalizadores y mediadores–, Coordinadores Jurídicos y las autoridades regionales del Servicio deben actuar coordinadamente, ajustándose a la letra y al espíritu de la ley, de esta Orden de Servicio y de las Circulares correspondientes.

De esta forma, los funcionarios involucrados en el procedimiento regulado en esta Orden de Servicio deberán siempre tener presente la complementariedad de sus actuaciones, debiendo considerar el contenido y el resultado de las actuaciones previas que hayan tenido lugar, así como aquellas que resten por realizarse.

Especial relevancia tiene en este aspecto, el trabajo conjunto de abogados y fiscalizadores en el desarrollo de la investigación. En ella se deberán aplicar eficazmente las técnicas de fiscalización investigativa para recabar al final del procedimiento, la información y los hechos necesarios que sustenten la denuncia en la jurisdicción competente, o para desestimar la denuncia fundadamente.

D. Rol de la mediación

Considerando lo dispuesto por el Artículo 486 del Código del Trabajo, en su inciso sexto, la mediación en materia de vulneración de derechos fundamentales tiene carácter obligatorio para la Inspección del Trabajo y tiene por finalidad exclusiva agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas. Por lo que, la labor de mediación laboral que se realiza en el marco del procedimiento de investigación de una denuncia por vulneración de derechos fundamentales, ya sea de carácter general o especial, debe orientarse a obtener que los derechos fundamentales que se haya constatado han sido conculcados, sean garantizados de forma tal que resulten libres de todo daño o perjuicio.

En este sentido, se deberá tener siempre presente el estándar fijado para el juez del Trabajo en el artículo 495 del Código del Trabajo, en cuanto a que “se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”.

Para la consecución del fin anteriormente expuesto, deberá considerarse especialmente el interés del denunciante en cuanto a la reparación de la vulneración constatada y la promoción que le cabe a la Dirección del Trabajo del pleno respeto de estos derechos, particularmente, en materia de libertad sindical.

Finalmente, en este punto, cabe señalar que de conformidad a la modificación introducida por la ley 20.940, en materia de prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, artículo 345, en el caso de la negativa del empleador para retirar a los trabajadores reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486, es decir, sin trámite de mediación⁵¹.

E. Unidad de procedimiento administrativo y judicial.

Se tramitarán de acuerdo a las instrucciones y procedimientos contenidos en esta Orden de Servicio, todas las denuncias que supongan la infracción de las normas del Código del Trabajo sobre libertad sindical y derechos fundamentales contenidas en las siguientes normas:

Artículo 2, inciso 2°, sobre acoso sexual;

Artículo 2, inciso 3°, 4°, 5° y 7°, sobre no discriminación;

Artículo 5, incisos 1° y 2°, sobre límites a las facultades del empleador.

Artículo 289, 290 y 291, sobre prácticas antisindicales del empleador.

Artículos 403 y 404, sobre prácticas desleales del empleador.

Artículo 405, sobre prácticas desleal de la empresa principal.

Artículo 485, sobre los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales que enumera, así como la garantía de indemnidad consagrada en su inciso 3°.

XVIII. PROCEDIMIENTOS.

Para la investigación de denuncias por vulneración de derechos fundamentales se establecen tres tipos de procedimiento:

A. Procedimiento general.

En este caso, la labor del Servicio se orienta a la investigación de denuncias por vulneración de derechos fundamentales de carácter específico e inespecífico del trabajador, así como también por prácticas antisindicales del empleador, a través de un procedimiento administrativo de lato conocimiento, que contempla como resultado específico de la labor de la fiscalía actuante las conclusiones jurídicas que el abogado a cargo de ella confecciona para dar cuenta de los hechos que constituyen o no indicios de la vulneración denunciada.

B. Procedimiento especial.

En este caso, la labor del Servicio se orienta a la investigación de denuncias por vulneración de derechos fundamentales que constituyen atentados a la libertad sindical, que al mismo tiempo, constituyen infracciones laborales por contravenir mandatos específicos del legislador en relación a dicho principio; a través de un procedimiento administrativo simplificado, que contempla como resultado específico de la labor de la fiscalía actuante el

⁵¹ Ord. 0441/007, de 25.01.2017, sobre normas incorporadas por la ley 20.940 que regulan el derecho a huelga en la negociación colectiva.

informe de investigación que da cuenta de la infracción constatada, visado por el abogado a cargo de la fiscalía respectiva.

C. Procedimiento especialísimos por denuncia de reemplazo de trabajadores en huelga.

En este caso, la labor del Servicio se orienta a la investigación de denuncias por reemplazo de trabajadores en huelga, en procedimiento de negociación colectiva reglada, que a su vez constituye una infracción a la normativa laboral, por cuanto el legislador lo ha prohibido expresamente, a través de un procedimiento administrativo simplificado—especialísimo, que no contempla la instancia de mediación.

XIX. VIGENCIA

La presente Orden de Servicio regirá desde la fecha de su emisión, quedando sin efecto desde ese momento la Orden de Servicio N°2, de 04.02.2011.

Los procesos administrativos que se encuentren pendientes proseguirán su tramitación, en la etapa que corresponda, conforme a esta orden y a la(s) respectiva(s) circular(es), salvo que ello resulte del todo incompatible.

Las denuncias judiciales presentadas ante los Tribunales de Justicia, fundadas en los procedimientos establecidos en la Orden de Servicio N°2, de 04.02.2011, deberán proseguirse hasta su debido término, conforme a las reglas y principios contenidos en ella.




CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO




DECC/MDM/POS/XVS/mdm/pos/xvs

Distribución
Director
Subdirector
Depto. Jurídico
Depto. Inspección
Depto. RRL
Todas las DRT
Inspecciones Provinciales y Comunales
Boletín Oficial
Of. Partes