

ORDEN DE SERVICIO N° 09 /

MATERIA: IMPARTE INSTRUCCIONES SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN CASO DE DENUNCIA POR VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES, EN EL MARCO DE LA LEY 20.087, QUE INCORPORA PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL, APLICABLE A LAS REGIONES EN LA CUALES HA ENTRADO O ENTRARA EN VIGENCIA LA REFORMA PROCESAL LABORAL INCORPORADA POR LA LEY 20.087.

SANTIAGO, 31 de diciembre 2008

Introducción.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.087¹ sobre reforma procesal laboral, se establece un procedimiento nuevo en nuestro sistema procesal laboral dirigido a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador; el Procedimiento de Tutela Laboral.

Tal como se señaló en el Mensaje del Ejecutivo, uno de los objetivos que se persiguen con la citada Ley, es brindar un mejor acceso a la justicia, lo que se traduce en materializar en el ámbito laboral el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone el acceso a una justicia eficaz y oportuna.

Para alcanzar un sistema de relaciones laborales justo y equitativo no basta con el reconocimiento sustantivo de una serie de derechos; se requiere también, contar con mecanismos adecuados de tutela y de protección jurisdiccional.

La Ley N° 20.087 viene a fortalecer la plena vigencia de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto tal sino que también en su condición de persona y ciudadano(a), los que en doctrina se conocen como derechos humanos inespecíficos (derecho a la intimidad y vida privada, al honor, a la libertad de expresión, a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva de situar a los derechos fundamentales en el eje de relaciones laborales plenamente democráticas.

El procedimiento de tutela laboral está orientado a una oportuna y efectiva actuación del órgano jurisdiccional del orden social en complementación con la administración laboral.

La Dirección del Trabajo, como primer eslabón en el acceso al sistema de protección de derechos, se le imponen nuevas obligaciones administrativas y judiciales, contenidas en la ley 20.087, lo que hace imprescindible establecer criterios y procedimientos para un oportuno y adecuado desempeño del mandato que la ley le confió a este Servicio, a fin de asegurar una mejor protección de los derechos que nacen de su ejercicio, en sus diversas manifestaciones.

Reconociendo en la Dirección del Trabajo sus capacidades y especialidad laboral, la ley le entrega nuevas atribuciones para garantizar el respeto de derechos humanos en el ámbito

¹ De aplicación progresiva en el territorio de la República, sustituye el Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo.

laboral. Así, además de las facultades, ya otorgadas el año 2001, por la ley 19.759 para investigar prácticas antisindicales y desleales, el nuevo procedimiento le entrega competencia a la Dirección del Trabajo en materia de lesión de los derechos fundamentales.

Desde ahora las cuestiones relativas a la investigación y denuncia de actos vulneratorios de derechos fundamentales, como de prácticas antisindicales y desleales de la negociación colectiva se regirán por los procedimientos establecidos en esta Orden de Servicio que recoge, actualiza y sustituye los contenidos de las Ordenes de Servicio N°s 2 y 13, de 22.03.02 y 29.12.05 respectivamente, y la Circular 67 de 12.06.08. Sin perjuicio de lo anterior y en lo no previsto en esta Orden de Servicio, los procedimientos de fiscalización regulados en la Circular N° 88 de 05.07.01 se aplicarán a estos casos en lo que no sea incompatible ni contradictorio con el carácter y naturaleza de estas investigaciones. Asimismo, el tratamiento de las actuaciones de mediación que esta ley incorpora, se regirán en lo que sea pertinente por lo establecido en la Orden de Servicio N° 1 de 30.01.02, y por las instrucciones que en el presente documento se contienen.

En cuanto a su contenido, en el capítulo I, se desarrolla el concepto de “ciudadanía en la empresa”, manifestación de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales recogida en la reforma, y se analiza el catálogo de los derechos fundamentales objeto del nuevo procedimiento. Se examinan las fuentes normativas aplicables, incluidos los tratados internacionales, la Constitución Política y la doctrina del Servicio en la materia. Hay una particular consideración de la vulneración a las garantías constitucionales de las trabajadoras.

Por su parte, el capítulo II desarrolla las etapas del procedimiento administrativo encaminado a investigar las vulneraciones de derechos fundamentales por las distintas Inspecciones del país, sean aquellas de las que se tome conocimiento en el ejercicio de las funciones que cumple, o de las que sean requeridas por los tribunales con competencia en la materia. Asimismo, comprende el desarrollo de la Mediación obligatoria señalada en el inciso 6° del artículo 486 y el funcionamiento del sistema informático creado para este fin.

INDICE

CAPÍTULO I.- DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO Y DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.....	6
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS; EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EN LA EMPRESA Y LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	6
2. FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.	7
A. La Constitución Política.....	7
B. Los tratados internacionales.....	8
C. Código del Trabajo.....	9
D. La doctrina institucional contenida en los dictámenes de la Dirección del Trabajo	10
3. NÓMINA Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS.	11
4. CARÁCTER TAXATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TUTELADOS	13
5. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD	13
6. PARTICULARIDADES DEL DERECHO A NO DISCRIMINACIÓN	13
7. LA LIBERTAD SINDICAL.....	13
8. LA VARIABLE DE GÉNERO EN LA TUTELA DE LOS DDFF	14
9. ÁMBITO, FORMA Y ALCANCE DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	16
10. LIMITACIONES Y NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	16
11. LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES	17
12. EL SUJETO OBLIGADO A RESPETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	18
A. Las vulneraciones cometidas por empresas usuarias	18
B. Las vulneraciones que afecten a trabajadores en régimen de subcontratación.....	19
13. LA COMPETENCIA DE LAS INSPECCIONES DEL TRABAJO EN LA FISCALIZACIÓN Y DENUNCIA DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES	19
A. El titular de la acción de tutela laboral.....	19
B. La Inspección del Trabajo como órgano investigador y denunciante.....	20
C. Límites a las facultades de la Inspección del Trabajo con ocasión de un despido	20
D. El plazo de la denuncia judicial.	20

14. LAS FISCALÍAS.....	21
15. SISTEMA INFORMÁTICO	21
CAPÍTULO II.- DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	22
1. CRITERIOS ORIENTADORES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.....	22
A. Celeridad	22
B. Información a las partes.	22
C. Trabajo en equipo bajo la dirección del abogado/a asignado.	23
D. Unidad de procedimiento administrativo y judicial.	23
2. ETAPAS EN QUE SE DESARROLLARÁ EL PROCEDIMIENTO.	24
3. RECEPCIÓN DE LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA.	25
A. La recepción, admisibilidad y el Ingreso:	25
B. Criterios para el trámite de admisibilidad.	25
4. INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA.	27
A. Constitución.	27
B. Planificación de la investigación.....	27
5. LA PAUTA DE INVESTIGACIÓN.....	28
6. VISITA INSPECTIVA.....	29
A. Entrevistas:.....	29
B. Investigación Perceptiva.	30
C. Constatación de otras vulneraciones no denunciadas.	30
D. Vulneraciones que constituyan a la vez infracción a disposiciones del Código del Trabajo o leyes complementarias.	30
7. INFORME DE FISCALIZACIÓN.	30
A. Análisis de los antecedentes y hechos constatados.	30
B. Conclusiones Jurídicas.	31
C. Visación del Coordinador/a Jurídico/a.....	31
8. MEDIACIÓN.....	32
A. Objetivo de la mediación en caso de vulneración de derechos fundamentales.....	33
B. Otros criterios para medidas reparatorias.....	33
C. Del Ingreso y la Asignación del Mediador.	34
D. De la Citación y Notificación a la audiencia de mediación.	34
E. Inasistencia de las partes.	35
F. Del Proceso de Mediación	35
G. Plazo de actuación.....	35

H.	Proceso	36
I.	Contenido del Acta:.....	36
J.	Conclusión del Proceso.....	37
K.	Trámites Posteriores	37
L.	Efectos del incumplimiento de los acuerdos	37
M.	Registro de Resultado del Procedimiento Administrativo.....	37
9.	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL.....	38
A.	Asignación de la fiscalización:.....	38
B.	Preparación de la fiscalización:.....	38
C.	Visita Inspectiva:.....	39
D.	Mediación especial.....	40

CAPÍTULO I.- DE 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 el cual "el trabajo no es una mercancía".²

Una "constitucionalización" creciente impregna todas las ramas del derecho. 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 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.

1. Los derechos fundamentales inespecíficos; el concepto de ciudadanía en la empresa y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

El Derecho del Trabajo contemporáneo reconoce al trabajador y trabajadora como un sujeto que, en su calidad de persona, es titular de derechos que emanan de su propia esencia como ser humano. En tal carácter, sus derechos se proyectan naturalmente en el ejercicio de su actividad laboral y, en concreto, en el ámbito específico en el que éste presta sus servicios, vale decir, la empresa.

Este reconocimiento se suma a los derechos ya consagrados como derechos fundamentales por la Constitución Política al trabajador en cuanto tal, los que en doctrina se denominan derechos fundamentales laborales o específicos (ejemplo: la libertad sindical), y se refiere a los derechos anteriores a su condición de trabajador o trabajadora, es decir, aquellos que le corresponden como persona y ciudadano.

De esta manera, hay un cambio en la forma de entender las relaciones laborales al interior de la empresa. Los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas mantienen plenamente su vigencia durante toda la relación laboral, de manera que, la titularidad de los derechos esenciales de la persona no es incompatible con la condición de trabajador o trabajadora.

La relación laboral en que un empleador manda y un trabajador o trabajadora obedece, otorga al primero, en tanto jefe, facultades o poderes jurídicos para ordenar y dirigir la prestación contratada y, al segundo, en tanto subordinado, el deber de cumplir dichas órdenes. Se trata de un poder privado para dirigir el trabajo que se ejerce sobre la persona del trabajador o trabajadora limitado a la realización del trabajo y no extensible a otros aspectos de su vida, esto es, este poder encuentra límites internos en los derechos fundamentales del trabajador.

Este nuevo enfoque acerca de la calidad de "ciudadano" o "ciudadana" de los dependientes, esto es, de persona dotada de derechos intrínsecos a su condición de tal y cuyas proyecciones se manifiestan particularmente en el ámbito de la empresa, es una creación jurisprudencial y doctrinal que en los países europeos comienza a asentarse a

² La Declaración de Filadelfia es parte de la Constitución de la OIT y fue adoptada en la 26° Conferencia celebrada en 1944.

mediados del siglo XX, puntualmente en Alemania, encontrándose en la actualidad totalmente consolidada.

Esta teoría surge como un límite a la progresiva extensión del poder de agentes privados de forma que ya no es sólo el Estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales de las personas, sino que también son los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades.

El pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas suponen su aplicación como derechos subjetivos incondicionales a las relaciones *inter privatos*, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos en forma vertical (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino también a las personas privadas, desarrollándose así una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El ámbito de acción de los derechos fundamentales se traslada al ámbito privado, y en consecuencia a la empresa, en cuyo espacio tienen lugar relaciones jurídicas de poder entre particulares donde la persona del trabajador o trabajadora está sometida a las potestades empresariales.

La doctrina de la ciudadanía en la empresa tiene por objetivo resolver esta tensión entre el legítimo ejercicio del poder del empresario y la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, de forma tal que estos últimos se respeten en el ámbito de la empresa.

El reconocimiento legal, jurisprudencial y doctrinal de estos derechos en el ámbito laboral ha derivado en la noción de “ciudadanía en la empresa”. La empresa ya no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también tiene cabida y reconocimiento, “la ciudadanía”, de los sujetos que interactúan en ella.

2. Fundamento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno.

A. La Constitución Política

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 1y 2º de la CP:

“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 (del Estado) 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 CP.

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 de protección, contenido en el artículo 20 de la CP, 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 N° 26 de la CP, garantiza a todas las personas la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, incluso respecto de la ley que pretenda 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 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 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 de equidad en que el fallo se funda;”*

Esta norma tiene respaldo constitucional en el art. 5° inc. final de la CPE 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 estuvieren ratificados y vigentes.

En consecuencia, y para definir el contenido y alcance de los derechos tutelados por el procedimiento de tutela laboral deberán consultarse e invocarse los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que incidan 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 20.087				
Tratado Internacional	Materia	Artículos relevantes	DD FF Tutelados	Fecha D.O.
Convenio N° 100 OIT, 1951	Sobre igualdad de remuneraciones	1°, 2°, 3°	art 2° CT	12/11/1971
Convenio N° 111 OIT, 1958	Sobre la discriminación (empleo y ocupación)	1°, 2°	art 2° CT	13/11/1971
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General ONU, 1979 (CEDAW)		1° y siguientes	art 2° CT	09/12/1989
Convenio N° 103 OIT, 1952	Sobre la protección de la maternidad	art 2° CT	art 19 N° 1 inc 1° CP, art 2 CT	03/03/1999
Convenio N° 156 OIT,	Sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y	Art. 3.2, 7 y 8	Art. 2 CT	03/03/1999

	trabajadoras(trabajadores con responsabilidades familiares)			
Convenio N° 98 OIT, 1949	Sobre el derecho de sindicación y Negociación Colectiva	1°	libertad sindical	12/05/1999
Tratado Internacional	Materia	Artículos relevantes	DD FF Tutelados	Fecha D.O.
Convenio N° 87 OIT, 1948	Sobre libertad Sindical y protección derecho sindicación	8°, 11°,	libertad sindical	12/05/1999
Convenio N° 138 OIT, 1973	Sobre la edad mínima (de admisión al empleo)	1°, 3° n° 1 y 3, 7° a),	art 19 N° 1 inc 1° CP	12/05/2000
Convenio N° 135 OIT, 1971	Sobre representantes de los trabajadores	1°, 3° a) y b),	libertad sindical	29/07/2000
Convenio N° 182 OIT, 1999	Sobre las peores formas de trabajo infantil	2°, 3° a) y d), 4° n° 1 y 2, otros	art 19 N° 1 inc 1° 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 20,087 Art. 2	08/06/2005
Convenio N° 169 OIT, 1989	Sobre pueblos indígenas	Art. 8, Parte III, art. 20 final	Art. 2°	14/10/2008
Declaración de OIT relativa a los Principios y DFF en el trabajo, 1998		Toda	art 2° CT	
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU, 1966		Varias partes	DDFF según art 485 Ley 20,087 Art. 2	29./04/1989
Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ONU.		Parte III	Art. 485 CT	27/05/1989

C. Código del Trabajo

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 5° 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 pudieran 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 154 bis del CT agregado por la misma Ley 19.759 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, a la Ley N° 20.005 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 2° 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 20.087. 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 20.087.

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. 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. 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: dictámenes 3965 (05.06.69), 4606 (15.10.76), 1675 (23.03.77), 2449 (04.11.82), 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 en 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 19.12.1995), exigencia de determinado comportamiento (3722/142 de 01.07.1996), uso de

polígrafo (0684/050 de 06.02.1997), control de tiempo para ir al baño (4541/319 de 22.09.1998), trabajadores extranjeros (5848/386 de 26.11.1998), exigencia certificado DICOM (3448/168 de 12.09.2001), uso de cámaras de vigilancia (0195/008 de 17.01.2002), control de correo electrónico (0260/019 de 24.01.2002), ofertas de trabajo (0698/016 de 11.02.2003), discriminación por exigencia de no tener otro contrato (0543/031 de 02.02.2004), acoso sexual (1133/036 de 21.03.2005).

Además se emiten pronunciamientos que interpretan el sentido y alcance del nuevo inciso primero al art. 5º, referido al límite que implican para el ejercicio de las facultades del empleador las garantías constitucionales de los trabajadores (2856/162 de 30.08.2002) y el referido a la discriminación regulada en el art. 2º del Código del Trabajo (3704/134 de 11.08.2004).

Hay casos excepcionales en los cuales, reconociendo que en la relación laboral pueden entrar en colisión las garantías constitucionales de los trabajadores con las del empleador, particularmente con el derecho de propiedad, se ha reconocido que prevalece esta garantía por sobre derechos que reclaman tener los trabajadores: derecho del empleador de limitar o prohibir el uso del teléfono (4217/204 12.12.2002), derecho del empleador de modificar los uniformes que por años usaba el personal (3090/235 de 25.05.2000).

También hay situaciones en que se consideraron garantías 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 20.08.2003), libertad sindical en relación al derecho de propiedad de la empresa mandante o principal (4271/166 de 15.09.2004), exigencia de certificado de antecedentes a trabajadores que tienen bajo su cuidado a menores de edad (3840/194 de 18.11.2002).

Se debe tener presente, que siempre, en cada caso particular se deberá ponderar, aplicando el juicio de proporcionalidad, si una limitación a un derecho fundamental en el ejercicio de las facultades de dirección y mando del empleador, constituye una vulneración a una de las garantías tuteladas, en los términos del artículo 485 inciso 3º del Código del Trabajo.

3. Nómina y Contenido de los derechos fundamentales tutelados.

El artículo 485 del Código del Trabajo vigente progresivamente a partir del 31 de marzo de 2008, establece en sus incisos 1º, 2º y 3º que:

“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 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, 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 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso 6º.”

“Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las

represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.”

En consecuencia, de acuerdo con la remisión que hace a la Constitución el artículo 485 del Código del Trabajo reformado por la ley 20.087, y lo dispuesto por los artículos 292 y 389 del mismo, el conjunto de derechos y garantías objeto de tutela especial por este procedimiento, son los siguientes:

GARANTIAS PROTEGIDAS POR EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

- 1. DERECHO A LA VIDA A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y SÍQUICA DEL TRABAJADOR, SIEMPRE QUE SU VULNERACIÓN SEA CONSECUENCIA DIRECTA DE ACTOS OCURRIDOS EN LA RELACIÓN LABORAL (ARTÍCULO 19 NÚMERO 1);**
- 2. EL RESPETO Y PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA Y A LA HONRA DE LA PERSONA Y SU FAMILIA (ARTÍCULO 19 NÚMERO 4);**
- 3. LA INVIOLABILIDAD DE TODA FORMA DE COMUNICACIÓN PRIVADA (ARTÍCULO 19 NÚMERO 5);**
- 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 NÚMERO 6, INCISO 1º);**
- 5. LA LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y LA DE INFORMAR, SIN CENSURA PREVIA, EN CUALQUIER FORMA Y POR CUALQUIER MEDIO.(ARTÍCULO 19 NÚMERO 12, INCISO 1º);**
- 6. LIBERTAD DE TRABAJO Y SU LIBRE ELECCIÓN EN LO RELATIVO A QUE NINGUNA CLASE DE TRABAJO PUEDE SER PROHIBIDA, SALVO EXCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN. (ARTÍCULO 19 NÚMERO 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 6º, QUE SEÑALA EN SU INCISO 4º: “DISTINCIONES, EXCLUSIONES O PREFERENCIAS BASADAS EN MOTIVOS DE RAZA, COLOR, SEXO, EDAD, ESTADO CIVIL, SINDICACIÓN, RELIGIÓN, OPINIÓN POLÍTICA, NACIONALIDAD, ASCENDENCIA NACIONAL U ORIGEN SOCIAL, QUE TENGAN POR OBJETO ANULAR O ALTERAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES O DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACION”.**
- 8. DERECHO A NO SER OBJETO DE REPRESALIAS EN EL ÁMBITO LABORAL POR EL EJERCICIO DE ACCIONES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES (GARANTÍA DE INDEMNIDAD; ARTÍCULO 485 INC. 3º CÓDIGO DEL TRABAJO)**
- 9. PRÁCTICAS ANTISINDICALES O DESLEALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ARTÍCULO 289, 290, 291, 387 Y 388 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO).**

4. 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.

5. La garantía de indemnidad

Especial relevancia reviste, el derecho a no ser objeto de represalias en razón o consecuencia de haber requerido el trabajador, una fiscalización de las Inspecciones del Trabajo o ejercido una acción judicial, derecho que está elevado a la categoría de fundamental por la reforma de la ley 20.087 y que encuentra sustento constitucional en las normas que consagran el estado de derecho.

Esta garantía 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.

6. Particularidades del derecho a no discriminación

Señala el artículo 485 inciso 2º del texto reformado del Código del Trabajo que:

“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 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 20.087 sólo es aplicable para la tutela de los actos de discriminación expresamente señalados, y no otros como el aspecto físico, la discapacidad, etc., sin perjuicio que puedan verse vulneradas otras garantías protegidas por este procedimiento, como por ejemplo intimidad, integridad física y síquica, etc.

A lo anterior se agrega que quedan excluidos de la tutela que ofrece este procedimiento, los actos de discriminación que se verifiquen por medio de las ofertas de empleo, por la directa alusión que hace la norma citada al inciso 6º del artículo 2º del Código del Trabajo que las describe.

7. La libertad sindical

La libertad sindical excede el 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, 291 y desleales en la negociación colectiva, en los artículos 387 y 388, 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.

La Ley N° 19.759 (D.O 05.10.01), diseñó un procedimiento especialísimo, concentrado y sumario para el conocimiento y fallo de estas infracciones, procedimiento que no se mantiene en la reforma de la ley N° 20.087 que dispone la sustanciación de las infracciones a las normas sobre prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva, conforme las normas del procedimiento de tutela laboral (artículos 294 y 389 del Código del Trabajo).

Esta última reforma viene además a reforzar la tutela de la libertad sindical y a la negociación colectiva a través de la modificación de los artículos 292, 294 y 389 del Código del Trabajo, así como la incorporación de un nuevo artículo 390 bis.

Entre otras materias, la reforma agrava la sanción por reincidencia y perfecciona los instrumentos para obtener la reincorporación del trabajador con fuero separado ilegalmente de sus funciones. Asimismo, confirma y extiende el principio de la nulidad insaneable del despido antisindical cuando afecta un trabajador aforado, de forma tal que el derecho de opción entre reincorporación e indemnización que establece a favor del trabajador víctima de un despido antisindical, no es aplicable al trabajador aforado, sino exclusivamente al trabajador que no goza de tal protección.

8. La variable de género en la tutela de los DDFF

En estos años de democracia, Chile ha avanzado sustantivamente en la adopción de políticas destinadas a garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos humanos individuales, 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, dictación de leyes, e implementado políticas públicas explícitas que permitan avanzar en esta línea.

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

Sólo por nombrar algunos ejemplos: en relación al **derecho de igualdad ante la ley** se han debido efectuar una serie de modificaciones legales a la forma en que se regulan las relaciones al interior del espacio doméstico, buscando igualar derechos entre cónyuges, y todavía hoy, está pendiente el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de administración de la mujer casada en sociedad conyugal; en otro ámbito, **el derecho a la integridad psíquica, física y sexual**, a pesar de estar expresamente reconocidos por la Constitución, debieron tipificarse figuras especiales, como la de violencia intrafamiliar, a fin de terminar con la impunidad en que quedaban dichas lesiones; **respecto de la libertad e integridad sexual** debió modificarse la tipificación de delitos sexuales (violación, abuso y otros) y fortalecer expresamente el valor jurídico de la palabra o testimonio de la víctima, - lo mismo debió aplicarse al valor de la palabra de la madre respecto del reconocimiento de la paternidad de su hijo/a-.

En los hechos, claramente, las garantías constitucionales han tenido una tutela y eficacia en su ejercicio distinta para hombres y mujeres.

El ámbito laboral, no ha estado ajeno a esta revisión con enfoque de género, impulsado por el creciente aumento de la fuerza laboral 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/as 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 de avance laboral.

Desde el acceso al mercado laboral, las mujeres habitualmente son objeto de un trato desigual respecto de los hombres, tipos de preguntas en las entrevistas para postular a un cargo, vinculada con aspectos de la vida privada 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. 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 que asciende sobre un 30% .

La Dirección del Trabajo tiene experiencia en las deficiencias de ejercicio de derechos en materia de acoso sexual, donde el gran porcentaje de las agraviadas terminan renunciando a su trabajo.

Otro antecedente a considerar son los datos nacionales sobre las actividades y sectores en que se desempeñan hombres y mujeres, estos dan cuenta que un porcentaje importante de mujeres trabajan en sectores y en las funciones más precarias y de mayor incumplimiento laboral.

Todo lo anterior nos exige considerar la variable de género en todo proceso de recepción de denuncia, análisis de admisibilidad, indicios a considerar al determinar la estrategia y pasos a seguir en caso protección de los derechos fundamentales.

Para tal efecto, en esta Orden de Servicio se especifican 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. Por su parte, se sistematizan las normas internacionales, legales y la jurisprudencia administrativa donde constan los derechos de las trabajadoras que con mayor frecuencia son afectados para que ilustren el desarrollo de los procedimientos, y sean invocados en las denuncias judiciales.

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. En estos casos deberán invocarse todos los derechos comprometidos en los hechos investigados y eventualmente denunciados.

Una mención especial merecen los atentados sufridos por mujeres víctimas de acoso sexual. Considerando que la reforma de la ley 20.005, que tipificó esta conducta, no contempló un procedimiento judicial para su denuncia, conocimiento y sanción, procede aplicar el procedimiento de tutela laboral regulado en la reforma de la ley 20.087, debiendo distinguirse dos situaciones: a) cuando el acosador es una persona distinta del empleador, sólo procede accionar en contra de este último, si estando en conocimiento de la situación de acoso, no adopta las medidas de resguardo, o no efectúa la investigación pertinente, o no remite los antecedentes a la Inspección del Trabajo para el mismo fin, o efectuada la investigación y resultando esta positiva no adopta las medidas o sanciones correspondientes; b) cuando el acosador es el empleador, en cuyo caso no es aplicable el procedimiento de la ley 20.005, y en consecuencia existiendo indicios es posible formular la denuncia pertinente al tribunal.

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

9. Ámbito, forma y alcance de la vulneración de derechos fundamentales

Señala la norma del artículo 485 del Código del Trabajo, reformado por la ley 20.087, 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 Trabajo³, ha desarrollado la doctrina que hoy se recoge por la reforma procesal de la ley 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 amparada 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 tuteladas 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.

10. Limitaciones y núcleo esencial de los derechos fundamentales

Recogiendo nuestra jurisprudencia administrativa y la doctrina, es necesario precisar, que los derechos fundamentales no son absolutos y por lo mismo reconocen como límites la moral, el orden público, y el bien común, así como el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales; los derechos fundamentales del empleador o de terceros. De esta forma, el derecho de uno debe armonizarse y compatibilizarse con otros bienes jurídicos y con los derechos de otros, ambos de relevancia constitucional, en un ejercicio que permita la convivencia y reconocimiento de los derechos en pugna, mediante la limitación recíproca.

En efecto, se pueden reconocer distintas extensiones de un derecho; desde la extensión máxima, hasta su núcleo esencial, mínimo. Respecto de este último, todo límite resulta inadmisibles. Así se reconoce en la norma legal que establece que en el ejercicio de sus potestades el empleador afecta un derecho fundamental del trabajador sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, *o sin respeto a su contenido esencial*.

La conjunción “o” subrayada es indicativa de que la conducta del empleador, puede afectar tanto el núcleo esencial del derecho fundamental como aquellos aspectos menos esenciales o accesorios del mismo.

En consecuencia, resulta aplicable este procedimiento de tutela, cuando el ejercicio de las facultades del empresario limitan los derechos fundamentales de los trabajadores. En estos casos, la actuación del empleador debe ser sometida a un examen, pues para que los derechos de los trabajadores se encuentren protegidos por el procedimiento en estudio, los actos limitativos deben haber carecido de justificación suficiente, e impuestos en forma arbitraria o desproporcionada.

³ Ord. 2856 / 0162 / 30.08.2002

Para discernir cuáles expresiones de un derecho fundamental de los reconocidos por la ley 20.087 han sido vulnerados, y de qué forma, es necesario el examen caso a caso, el que deberá guiarse por parámetros objetivos que permiten evaluar la restricción o limitación del derecho fundamental como vulneratoria o ilegítima.

Para ello resulta útil observar si en la conducta presuntamente vulneratoria del empleador, concurren los siguientes requisitos copulativos:

La adecuación o idoneidad: 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. Es decir, la restricción al derecho fundamental del trabajador, ocasionada por la medida adoptada por el empleador, debe permitir alcanzar efectivamente un fin legítimo.

La necesidad: la medida limitativa del empresario debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho del o los trabajadores comprometidos en su actuación, no existiendo otra alternativa menos gravosa o costosa para los dependientes.

La proporcionalidad: la limitación del derecho fundamental que afecta al trabajador debe ser razonable en relación con la importancia del derecho del empleador o de terceros que se trata de proteger.

Estos requisitos están contenidos en la jurisprudencia de este Servicio.

Por último, el contenido esencial del derecho supone la existencia de un núcleo que no está permitido limitar de ninguna forma y por ningún concepto. En consecuencia, la limitación de todo derecho fundamental de los reconocidos en el nuevo artículo 485 basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de permitir el respeto a su contenido esencial.

Se desconoce el contenido esencial del derecho cuando 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 N° 43).

11. Las facultades del empleador y sus derechos fundamentales

En la relación laboral el trabajador o trabajadora se encuentran incorporados 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°s 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.

Son 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 ni extenderse a la actividad extralaboral del trabajador. Por su parte la ley 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 del empleador como por ejemplo la imposición de alguna religión, la intervención en la vida familiar de los trabajadores, etc.

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 en 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.

12. 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 3º letra a) y 4º inciso 1º del Código del Trabajo.

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.

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 ejercicio 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 20.123 que regula 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 5º 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 activo de una vulneración de derechos fundamentales regulada por el procedimiento previsto en esta Orden de Servicio en el ejercicio de las facultades que ejerce respecto del trabajador.

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:

- que el agente de la vulneración sea su empleador directo; en este caso se aplicarán las reglas generales de esta Orden de Servicio.
- que el agente de la vulneración sea la empresa mandante o sus representantes o alguno de sus trabajadores; en ese caso se denunciará al empleador por infracción al deber de cuidado contemplado en el art. 184, o a la obligación de trato digno establecida en los arts. 2º y 154 del Código del Trabajo, según sea el caso, vinculado a la garantía tutelada del art. 1º y art. 19 Nº 1 de la CP.

13. La competencia de las Inspecciones del Trabajo en la fiscalización y denuncia de las vulneraciones de derechos fundamentales

A. El titular de la acción de tutela laboral

Señala el artículo 486 incisos 1º al 5º del texto reformado 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 6º del artículo 292 reformado 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 el art. 389 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 recibir denuncias de las siguientes personas u organizaciones sindicales y por las siguientes razones:

Denuncia de un particular o una organización sindical, o de oficio: Si calificada la denuncia administrativa como vulneratoria de derechos fundamentales o constitutiva de prácticas antisindicales o desleales, la fiscalización 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. La misma obligación existe en el caso que el procedimiento administrativo se inicie de oficio, cuando un funcionario, en el ámbito de sus atribuciones toma conocimiento de un hecho que revista caracteres de vulneración de derechos fundamentales.

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 fiscalización administrativa, sin perjuicio de su facultad de hacerse parte, salvo en los casos que la vulneración de derechos tuviera 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 inc. 1º del texto reformado 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 4º 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, 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 4º del texto reformado del Código del Trabajo.

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

D. El plazo de la denuncia judicial.

Según el inciso final del artículo 486 del Código del Trabajo en su texto reformado, la denuncia judicial de la vulneración de un derecho fundamental deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca. Este plazo es de días hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 435 inciso 3º del Código del Trabajo en su texto reformado, 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.

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.

14. Las Fiscalías

Las Fiscalías constituyen una unidad especializada de composición interdepartamental e interdisciplinaria, integrada por abogado/as y fiscalizadores/as cuya función es investigar atentados contra derechos fundamentales y prácticas antisindicales.

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/a, 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/a, 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/a y fiscalizador/a.

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

La determinación de la constitución de una fiscalía permanente será responsabilidad del Director Regional.

Donde no exista fiscalía permanente, ésta se constituirá cada vez que se requiera, quedando integrada por el abogado/a de la inspección respectiva o el que sea asignado por el Coordinador/a Jurídico/a para la atención de la denuncia, y por el fiscalizador/a 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, deberá ser consultada con los Departamentos Operativos involucrados en la materia.

15. 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 en esta Orden de Servicio. Asimismo, progresivamente se alimentará el sistema con la jurisprudencia judicial y administrativa pertinente y con las fuentes normativas que sean de aplicación.

Los funcionarios que, conforme a sus obligaciones e instrucciones de uso, les corresponda 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.

CAPÍTULO II.- DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. 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, fiscalización, mediación y denuncia ante tribunales de justicia. En consecuencia estas denuncias tendrán preferencia en su asignación y su despacho, se deberá considerar prioritario por quienes tengan a su cargo el curso de las actuaciones que se contemplan en esta Orden de Servicio. 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.

Se debe tener presente que el nuevo procedimiento 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 denunciante de las principales actuaciones realizadas por el Servicio en relación con su denuncia y de su resultado. Asimismo, todas las actuaciones de este procedimiento que supongan acoger o desestimar la denuncia formulada por un usuario deberá serle informada 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.

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/a asignado.

El modelo de trabajo a implementar es el de una fiscalía, integrada por al menos tres funcionarios o funcionarias de las distintas líneas operativas. En atención a la materia objeto de la investigación –vulneración de garantías constitucionales- le corresponderá dirigir la investigación al abogado/a respectivo, quien será el responsable de la actuación del fiscalizador y de la intervención del mediador.

El procedimiento administrativo que se regula en este capítulo 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 y de esta Orden de Servicio.

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 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 fiscalización. En ella se deberán aplicar eficazmente las técnicas de fiscalización para recabar al final del procedimiento, la información y hechos necesarios que sustenten la denuncia en la jurisdicción competente, o para desestimar la denuncia fundadamente.

D. Unidad de procedimiento administrativo y judicial.

Se tramitarán de acuerdo con 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:

Art. 2 inc. 2º sobre acoso sexual,

Art. 2 inc. 3º y 4º, 5º y 7º; sobre no discriminación,

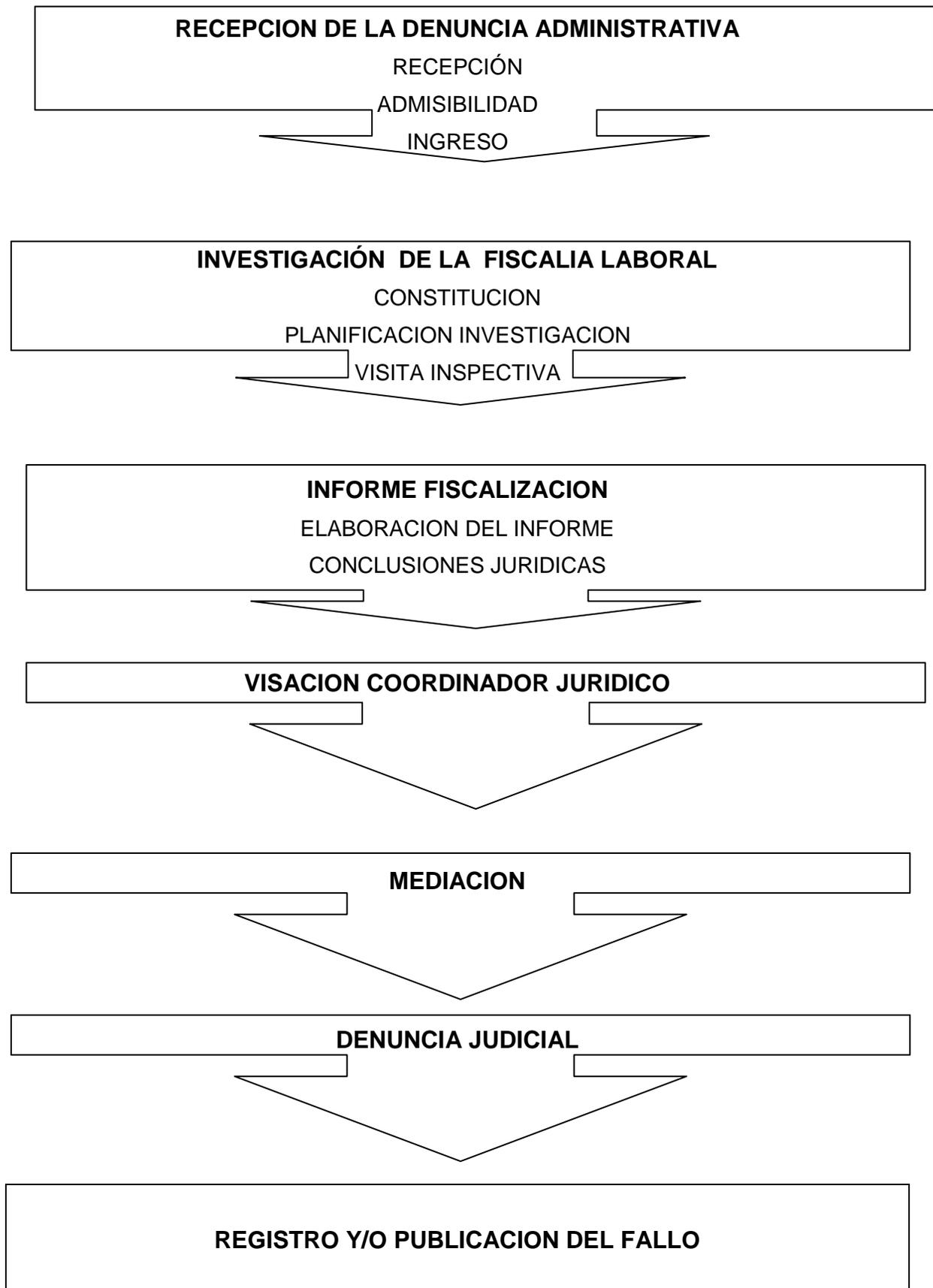
Art. 5 inc. 1º y 2º; sobre límites a las facultades del empleador,

Art. 289, 290 y 291; sobre prácticas antisindicales del empleador,

Art. 387 y 388; sobre prácticas desleales del empleador

Art. 485; sobre los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales que enumera, así como la garantía de indemnidad consagrada en su inc. 3º.

2. Etapas en que se desarrollará el procedimiento.



3. Recepción de la Denuncia Administrativa.

La denuncia por vulneración de Derechos Fundamentales podrá tener su origen:

- i) A petición de parte: Cualquier trabajador afectado u organización sindical podrá denunciar directamente a la Inspección del Trabajo la existencia de uno o más hechos constitutivos de una vulneración de derechos fundamentales. En todo caso, sea que el usuario denuncie hechos sin atribuirle la calificación de vulneración de derechos fundamentales o que los denuncie como tales, no se anticipará por parte de los funcionarios del Servicio ningún juicio sobre su calificación jurídica hasta evaluar su admisibilidad.
- ii) 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, activará el procedimiento administrativo de fiscalización.
- iii) A requerimiento del Tribunal: Si el tribunal hubiese solicitado el informe de fiscalización. Si el tribunal establece un plazo, el Cronograma de Trabajo deberá considerarlo y ajustarse a éste.

A. La recepción, admisibilidad y el Ingreso:

Será el abogado o abogada de la Inspección, y sólo a falta de éste, el Jefe o Jefa de Inspección, o quien lo subrogue, quien deberá recepcionar y evaluar la admisibilidad de la denuncia.

Si ninguno de los responsables de estas funciones estuviera disponible para hacer este trámite, en forma excepcional, el Jefe/a de Oficina podrá delegar esta función en el Jefe/a de la Unidad de Fiscalización.

El funcionario deberá otorgar al usuario un comprobante de recepción de la denuncia, y en el evento de poder emitirse inmediatamente el resultado del examen de admisibilidad, deberá necesariamente hacer constar dicho resultado en el comprobante.

B. Criterios para el trámite de admisibilidad.

En primer lugar, y en forma inmediata, o a más tardar el día hábil siguiente, deberá entrevistarse al denunciante y someter los antecedentes a un examen que exigirá la evaluación de los siguientes criterios:

- Que los hechos denunciados den cuenta efectivamente de una posible vulneración de las garantías protegidas. Si éstos sólo dan cuenta de una infracción laboral sin infringir las garantías posibles de denunciar, se podrá activar una denuncia ordinaria.
- Vigencia del plazo para interponer la denuncia: Si la denuncia ha sido interpuesta fuera de los plazos legales para iniciar una eventual acción judicial, se considerará extemporánea y se rechazará de plano comunicándose esta circunstancia al denunciante. Habrá que distinguir si la vulneración consistió en un hecho que se agotó en su ejecución, o se trata de una conducta vulneratoria que perdura en el tiempo, caso este último en que cabe entender que el plazo de caducidad se encuentra pendiente.
- Los derechos protegidos por este procedimiento: El sistema informático ofrecerá un catálogo de los derechos protegidos mediante este procedimiento así como la jurisprudencia administrativa asociada a cada uno de ellos.
- Existencia de recurso de protección u otro juicio pendiente que tenga como fundamento los mismos hechos: Existiendo acciones pendientes ante un órgano de la jurisdicción, se declarará inadmisibile la denuncia en sede administrativa.

- Existencia de despido consecuente de la vulneración de derechos fundamentales que se denuncia: En caso de despido, debe ponderarse si el Servicio tiene titularidad para denunciarlo, lo que sólo procede en caso de separación ilegal de trabajador aforado. Si el despido se origina en hechos respecto de los cuales la ley no le confiere legitimación a este Servicio para denunciar judicialmente, se declarará improcedente, sin perjuicio de la fiscalización administrativa a que de lugar un eventual requerimiento del tribunal que conozca de los hechos.

En estos casos deberá informarse al requirente de la existencia y competencia de la Oficina de Defensa Laboral, facilitando por todos los medios disponibles el contacto entre el denunciante y aquella. Asimismo, los Jefes de Oficina y los funcionarios o funcionarias que participan en la investigación administrativa de estos procedimientos deberán coordinarse con la Oficina de Defensa Laboral de su jurisdicción con el objeto de favorecer la complementariedad en las defensas y la amplia cobertura de las denuncias.

En el caso que se trate de vulneración de la garantía de indemnidad, y la represalia consista en el despido de uno o más trabajadores, la acción por despido injustificado deberá ser interpuesta por el o los trabajadores afectados, esto sin perjuicio de interponer la denuncia si dicha represalia está afectando la garantía de indemnidad de los trabajadores que permanecen en la empresa, constituyendo el despido o despidos un indicio de dicha vulneración.

En la entrevista deberá procurarse la obtención de la mayor información posible, que permita el desarrollo eficiente de la fiscalización, la que deberá consignarse en el sistema informático incluida la fecha de los hechos que constituyen la vulneración. Esta información será fundamental para que el sistema informático construya una propuesta de Cronograma de Trabajo.

Calificados los antecedentes de la denuncia, se informará al denunciante mediante oficio, dejando copia en el expediente, del resultado del examen de admisibilidad, informando a la parte denunciante lo siguiente:

a) Que los hechos denunciados **NO** revisten el carácter de vulneración de derechos fundamentales, que la acción de tutela laboral se encuentra caducada o que el derecho vulnerado no se encuentra protegido por esta acción, efectuando el registro correspondiente en la plataforma informática, de tal forma que la denuncia siga el trámite regular de infracciones a la legislación laboral y/o previsional, si procede. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del trabajador de denunciar directamente ante el tribunal competente.

b) Que los hechos denunciados **SI** revisten el carácter de vulneración de uno o más derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela laboral y que la acción no ha caducado, efectuando el registro correspondiente en la plataforma informática, de tal forma que la denuncia administrativa siga el trámite definido en esta Orden de Servicio.

En este último caso, se informará además al denunciante:

- del procedimiento al que será sometida la denuncia.
- los plazos para su ejercicio. Para este efecto se debe validar la fecha de vulneración del derecho fundamental. Si ésta no coincidiera con la fecha consignada en la denuncia, se debe corregir en forma inmediata, y
- la jurisdicción que debe conocer de ellas.

Si en esta etapa del procedimiento, y antes de la fiscalización de los hechos denunciados, el denunciante desistiere de su denuncia administrativa, se deberá dar de baja de la plataforma informática y archivar los antecedentes.

4. Investigación de la Fiscalía.

El responsable de conducir la labor de la fiscalía hasta la conclusión de la denuncia es el abogado/a que la integre.

Cuando el volumen de trabajo y las condiciones geográficas lo permitan, se constituirá una fiscalía permanente, con uno o más abogado/as y fiscalizadores/as dedicados exclusivamente al tratamiento de estas materias. Podrá también asignarse un mediador/a permanente. Esta fiscalía estará bajo la responsabilidad del abogado/a que se designe por el Director o Directora Regional.

La determinación de la constitución de una fiscalía permanente será responsabilidad del Director/a Regional.

A. Constitución.

Una vez declarada admisible la denuncia por vulneración de derechos fundamentales se procederá a la Constitución de la Fiscalía, la cual estará integrada por el abogado/a de la Inspección respectiva y el fiscalizador que para estos efectos designe el jefe/a de la unidad de fiscalización. En caso que la Inspección no cuente con abogado/a, o cuente con más de uno, éste será designado por el Coordinador/a Jurídico.

En aquellas regiones donde exista una Unidad de Fiscalía Regional de Derechos Fundamentales estas destinaciones las hará el Jefe/a de dicha Unidad.

La denuncia por la cual se constituye la Fiscalía será considerada como carga de trabajo para el Fiscalizador y para el Abogado/a, incorporándosele a la asignación mensual a la que accede el Fiscalizador en el sistema informático.

Para el desarrollo de su función, la Fiscalía, deberá tener siempre presente los plazos con que cuentan, situación que se encuentra establecida dentro del Cronograma de Trabajo, correspondiente a la denuncia administrativa.

En el caso que la vulneración de derechos fundamentales a investigar afecte a una trabajadora y sea de aquellas descritas en el N° 8 del capítulo I de esta Orden de Servicio, deberá considerarse esta circunstancia para los efectos de designar a los integrantes de la fiscalía; en especial su género, experiencia y calificación en la materia. Si la vulneración afecta la honra, la vida privada o se trata de un acoso sexual, se deberá mantener la reserva que exige el caso y realizar la investigación sin afectar la dignidad del trabajador.

Atendido el volumen y complejidad de asuntos tratados en una región determinada, el Director/a Regional, podrá determinar constituir una unidad especializada para el tratamiento de denuncias de aquellas referidas en el párrafo anterior.

B. Planificación de la investigación.

Las actuaciones de la Fiscalía deberán orientarse a determinar y realizar aquellas diligencias que considere pertinentes, útiles y conducentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Las decisiones adoptadas por la Fiscalía deberán quedar debidamente registradas en el sistema informático.

La fiscalización, realizada en el marco de este procedimiento, se ajustará a los criterios que según la circular N° 88 citada, ilustran las fiscalizaciones extraordinarias, con las complementaciones y particularidades que se señalan a continuación. Esta fiscalización tiene por finalidad que la constatación de los hechos y de sus circunstancias entreguen información relevante que permita apoyar, orientar o sustentar el ejercicio de una denuncia judicial por vulneración de los derechos fundamentales.

Esta fiscalización se considerará de urgencia para los efectos de su asignación, anticipándose a la asignación mensual.

La actuación de la Fiscalía Laboral no contempla la aplicación de sanciones respecto de otras infracciones que pudieran detectarse, sin perjuicio de que una vez concluida su gestión se active una fiscalización ordinaria para la constatación y sanción de las infracciones laborales detectadas.

La Fiscalía deberá definir:

- Objeto de la fiscalización.
- Los hechos a constatar, se debe recordar que la ley exige indicios y no necesariamente la acreditación directa de la vulneración, no obstante la obligación de recoger todos los elementos probatorios posibles.
- Las entrevistas a realizar, dejándose claramente establecido quiénes serán entrevistados y la “pauta” con la que se realizarán.
- La revisión documental necesaria.
- Los lugares de trabajo y entornos a inspeccionar.
- Estadísticas necesarias.
- Otras diligencias a realizar.
- Instrumentos requeridos para realizar las diversas actuaciones.
- Determinación estimativa del Día y Hora de la Visita,
- Preparación de Información,
- Tiempo disponible para la investigación y calendarizar para cumplirla oportunamente, teniendo siempre a la vista el Cronograma de Trabajo existente en la plataforma informática, dejando constancia de las razones que motivaron su dilación o postergación,

En el caso que la vulneración de derechos fundamentales a investigar afecte a una trabajadora y sea de aquellas descritas en el N° 8 del capítulo I de esta Orden de Servicio, deberá considerarse esta circunstancia para los efectos de planificar la fiscalización. Si la vulneración consiste en la discriminación de la trabajadora en razón de su sexo, deberá siempre incluirse en el informe los datos estadísticos que den cuenta de dicha discriminación.

Con el objeto de poder realizar el juicio de ponderación de la conducta investigada, así como evaluar la decisión posterior de denunciar judicialmente, **es necesario que la fiscalización dé cuenta tanto de los hechos y circunstancias que contribuyen a comprometer la conducta del denunciado en la vulneración de un derecho fundamental, como aquellas EXPUESTAS POR EL EMPLEADOR que lo justifican, exculpan o explican la conducta.**

5. La pauta de investigación

La pauta de investigación será ofrecida en formato genérico por el sistema informático y tendrá por objeto establecer y organizar las actuaciones y actividades a realizar para guiar el curso de la fiscalización.

Contendrá:

- Antecedentes de la denuncia, entre otros: identificación del denunciante y denunciado, representante legal, rut, domicilio, código de actividad económica, materia denunciadas, etc.

- Otros antecedentes e información del denunciado, que se pueda obtener del Sistema Informático, del Boletín de Infractores a la Legislación Laboral y Previsional, del Sistema de Archivo por Empleador, y otras fuentes que permitan formarse una idea previa, lo más acabada posible, de la realidad y la conducta laboral del empleador a fiscalizar.
- Organizaciones Sindicales existentes en la empresa.
- Antecedentes aportados por el denunciante.

6. Visita Inspectiva.

Una vez diseñada la pauta de investigación y definido el universo a investigar, se preparará la visita inspectiva, que será una o cuantas sean necesarias, conjuntamente por los integrantes de la Fiscalía. Para tal efecto se tendrá a la vista la pauta de investigación, las características del denunciante y del denunciado y la naturaleza del acto investigado. Asimismo se revisarán los objetivos de la visita y se determinarán las fuentes a investigar, los resultados requeridos, los criterios de selección de los instrumentos a utilizar, las técnicas y su alcance, las medidas complementarias en caso de inconvenientes, la necesidad de instrumentos o medidas de apoyo, etc.

En la visita inspectiva se utilizarán, entre otras, las siguientes técnicas:

- Constatación de hechos mediante la observación
- Entrevistas, previo cuestionario de preguntas a realizar
- Revisión documental
- Inspección del lugar de trabajo y su entorno.
- Otras.

A. Entrevistas:

Constarán en un acta de declaración y su contenido se ajustará a lo establecido en la Pauta de Investigación. Adicionalmente deberá consignarse la información que no haya sido prevista previamente.

a) Con los trabajadores y trabajadoras:

El fiscalizador/a deberá realizar una selección imparcial de los trabajadores a entrevistar, no obstante podrá adecuar intencionalmente la selección de los trabajadores entrevistados cuando de los antecedentes surja la necesidad de contar con el testimonio de personas específicas que se desempeñen en funciones o lugares que presuponen un mayor conocimiento de los hechos que se investigan.

b) Con el empleador:

Por la naturaleza de los hechos investigados, esta entrevista es un **trámite esencial** del proceso de fiscalización y los hechos investigados deben ser informados a efectos que vaya declarando a la luz de lo que se le pregunta. Se recomienda, por tanto, que esta entrevista se realice una vez entrevistados los trabajadores y de preferencia al final de la visita inspectiva, toda vez que es de la mayor importancia que se conozcan previamente el conjunto de antecedentes que importan a la denuncia para entrevistar con la mayor acuciosidad al empleador denunciado. De esta entrevista deberá quedar testimonio escrito suscrito por el empleador.

En caso que se niegue a declarar, debe quedar constancia en el acta bajo firma del empleador, dejando constancia que se le informa en este acto de su derecho a un debido

proceso administrativo que garantice la bilateralidad de la investigación realizada y que da cuenta de su negativa a aportar antecedentes en este proceso de investigación.

B. Investigación Perceptiva.

Sin perjuicio de la vigencia de las instrucciones generales aplicables a los procesos de fiscalización, la fiscalización podrá concentrarse en aquellos lugares, secciones o establecimientos de la empresa donde consten los antecedentes útiles y pertinentes a la investigación.

C. Constatación de otras vulneraciones no denunciadas.

En el caso que durante la fiscalización se constaten antecedentes de vulneración de otros derechos fundamentales que afecten a personas distintas del denunciante, que no han sido denunciados, el fiscalizador/a deberá formular una nueva denuncia de oficio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 486 inciso 5º del Código del Trabajo.

Si por el contrario, los antecedentes recabados en la visita inspectiva regulada por esta Orden de Servicio, dan cuenta de otros trabajadores/as afectados con los hechos denunciados o de otros hechos vinculados a la denuncia en curso que afectan al denunciante, el fiscalizador/a deberá ampliar su fiscalización y dar cuenta de ello en el respectivo informe de fiscalización.

D. Vulneraciones que constituyan a la vez infracción a disposiciones del Código del Trabajo o leyes complementarias.

Siendo procedente denunciar judicialmente una vulneración a derechos fundamentales, y la vulneración constituya a la vez una infracción a alguna disposición del Código del Trabajo, como por ejemplo arts. 2, 5, 346, 381, etc., el fiscalizador se abstendrá de aplicar multa, y sólo se formulará la denuncia, solicitando al Tribunal que aplique las sanciones pertinentes.

Se reitera que la actuación de la Fiscalía Laboral no contempla la aplicación de sanciones respecto de otras infracciones que pudieran detectarse (p.ej. no pago de remuneraciones, infracción descansos, exceso de jornada, etc.), sin perjuicio de que una vez concluida su gestión se active una fiscalización ordinaria para la constatación y sanción de las infracciones laborales detectadas

7. Informe de Fiscalización.

A. Análisis de los antecedentes y hechos constatados.

Se hace presente que durante el curso de la investigación, el equipo de la fiscalía, deberá permanentemente realizar reuniones para ir analizando los resultados y evaluar la eficacia de las diligencias realizadas.

Concluida la fiscalización el fiscalizador/a procederá a realizar la descripción, organización, estudio, cronología y vinculación de los datos obtenidos previa clasificación y tabulación.

El informe deberá contener los resultados de la fiscalización; los hechos denunciados y verificados en los que se apoya; los indicios deducidos de la fiscalización, su carácter de suficientes, así como los métodos y técnicas de fiscalización utilizados.

El informe debe ser lógico, concordante, fundado, exhaustivo y presentar ordenadamente los resultados del trabajo de fiscalización.

Deberá ajustarse en su estructura a los siguientes contenidos mínimos:

- 1) Identificar con toda claridad el contenido de la denuncia formulada, indicando los hechos y las garantías que se consideran vulneradas.
- 2) Identificación de la empresa, nombre o razón social, representante legal, domicilio, giro de la misma, número de trabajadores, existencia o no de organización sindical y de negociación colectiva y lugares en que se encuentra ubicada.
- 3) Descripción de la metodología utilizada en la fiscalización.
- 4) Describir pormenorizadamente los hechos, que normalmente serán indicios, y la forma por medio de la cual se constatan, precisando la fecha en que se realiza la investigación.
- 5) Indicar qué hechos contenidos en la denuncia no fueron posible constatar, precisando si fue por falta de medios para su acreditación o simplemente porque se verificó su no ocurrencia.
- 6) Señalar los descargos del empleador, los que deberán constar en un acta suscrita por el mismo, o en su defecto indicando que se negó a firmar o que se negó a entrevistarse con el fiscalizador. En este caso dejarlo citado formalmente para día y hora determinado a la oficina, con el objeto que formule sus descargos, lo que debe constar en acta de notificación. La inasistencia no será sancionada con multa y sólo deberá constar en acta que se levante al efecto.
- 7) Considerar todo otro elemento probatorio de los hechos denunciados.
- 8) Conclusión final que da cuenta en forma sintética sobre la acreditación o no de los hechos denunciados.

La redacción del informe de fiscalización corresponderá al fiscalizador, asistido por el abogado, debe ajustarse a lo señalado y ser remitido al abogado/a integrante de la fiscalía antes de ser ingresado al sistema informático.

B. Conclusiones Jurídicas.

Una vez concluido el informe de fiscalización, el abogado/a a cargo de la fiscalía ponderará el resultado de la fiscalización, elaborará una minuta debidamente fundamentada, en que indicará:

- 1) Que NO hay indicios o hechos suficientes de vulneración de derechos fundamentales; o
- 2) Que SÍ hay indicios o hechos suficientes de vulneración de derechos fundamentales.

Esta minuta de Conclusiones Jurídicas, se ingresará a la plataforma informática, adjuntándose al Informe de Fiscalización, pasando a ser parte del expediente de la denuncia administrativa.

C. Visación del Coordinador/a Jurídico/a.

Concluida la investigación, sea iniciada de oficio, a petición de parte, o por orden del tribunal, el Informe de Fiscalización y la minuta de conclusiones jurídicas serán visados por el Coordinador/a Jurídico o el abogado/a Jefe de la Unidad de Fiscalía Regional de Derechos Fundamentales donde existiere, quien puede:

- a) Rechazar a través del sistema, uno o ambos antecedentes, indicando los vicios formales que observe, y/o los errores en la calificación jurídica de los hechos investigados para su corrección, teniendo presente para ello los plazos existentes, utilizando para esto el Cronograma de Trabajo de la denuncia.

El rechazo del Informe de Fiscalización implicará que la denuncia asignada al Fiscalizador se encuentra pendiente. Deberá decretar expresamente las diligencias a realizar, reenviando los antecedentes a la fiscalía.

b) Aprobar las conclusiones de la fiscalía a través del sistema.

Si la investigación concluye que **los hechos no constituyen vulneración** de derechos fundamentales, le corresponderá al Abogado/a responsable de la Fiscalía, a través del sistema, efectuar el trámite correspondiente para informar al denunciante del resultado de su denuncia, debiendo registrar su acción, concluyendo con ello la actuación de la Fiscalía y confeccionando el correspondiente oficio en el cual se debe señalar el resultado de su denuncia al solicitante, entregándolo personalmente o remitiéndolo por carta certificada al domicilio que haya consignado al momento de realizarla. Igual notificación se deberá efectuar al denunciado.

Si la investigación concluye que **los hechos constituyen vulneración** de los derechos fundamentales y corresponde a la Inspección formular la denuncia, se activará la mediación que exige la ley.

* En el caso que la fiscalización se origine por requerimiento de un Tribunal, se deberá dar por finalizada la gestión del Servicio, una vez aprobados ambos antecedentes -de Fiscalización y de Conclusiones Jurídicas-, remitiéndolos vía oficio al tribunal, previa visación del Coordinador Jurídico. En este caso no es procedente la gestión de mediación.

* Si la fiscalización se ha originado por denuncia o de oficio y en el caso que la mediación no prospere, esta misma visación servirá de base para la inmediata redacción e interposición de la denuncia o demanda judicial por vulneración de los Derechos Fundamentales por el abogado/a asignado al caso.

8. Mediación.

El artículo 486 del Código del Trabajo, reformado por la Ley 20.087, en su inciso 6, señala:

“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”

La disposición legal anotada, introduce el mecanismo de la mediación como una instancia obligatoria que debe ser desarrollada por la Inspección del Trabajo. Tratándose de la vulneración de derechos fundamentales y conforme a lo previsto en la Ley 20.087, aquella debe efectuarse en forma previa a la denuncia judicial.

Así, la Ley 20.087 al incorporar la mediación al sistema formal de resolución de conflictos, amplía y hace más heterogéneos los medios para la atención de las controversias laborales, más allá de la vía exclusivamente judicial, dando a los involucrados en la vulneración constatada la posibilidad de buscar en forma conjunta aquellas modalidades de reparación que se ajusten a la finalidad, principios y criterios que se señalan a continuación.

A. Objetivo de la mediación en caso de vulneración de derechos fundamentales

Hay que tener presente que el proceso de investigación y denuncia de vulneración de derechos fundamentales realizado por la Dirección del Trabajo se realizará bajo la concepción de fiscalía laboral, de la cual la mediación es parte integrante como una salida alternativa previa a la judicial, pero no aislada ni autónoma de todo el procedimiento investigativo.

De acuerdo con la norma legal, el alcance de la mediación que debe llevar a cabo la Inspección del Trabajo, en el contexto de una denuncia por estas materias, tiene por finalidad exclusiva **“agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”**.

Lo anterior significa que esta modalidad de mediación laboral, deberá estar guiada, además de los principios que le son propios, por el objetivo de que los derechos fundamentales de cuya reparación se trata, deberán ser garantizados de forma tal que resulten libres de todo daño o perjuicio, en definitiva, **obtener mediante los acuerdos a que arriben las partes involucradas, el restablecimiento íntegro del derecho afectado**.

En este ámbito se deberá tener presente como criterio determinante lo previsto en el inciso penúltimo del artículo 495 de la ley en estudio, que a propósito de los requisitos de la sentencia, impone al tribunal la obligación, de, **“...velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”**.

De este modo los requisitos exigibles para una sentencia condenatoria, serán límites que deberán también ser tenidos en cuenta en la búsqueda de los acuerdos en mediación, de modo que éstos deberán satisfacer iguales condiciones.

B. Otros criterios para medidas reparatorias

Además de los límites de los que se da cuenta en los párrafos anteriores, se deberán tener presente algunos otros criterios orientadores en la etapa de exploración de las posibles medidas reparatorias, con el objetivo de facilitar el restablecimiento íntegro y efectivo de los derechos afectados por la conducta del empleador.

Así por ejemplo, y sin que estos criterios resulten taxativos, se pueden indicar los siguientes:

- La existencia o concurrencia de las voluntades del empleador y del trabajador/a, en términos que el primero repare la lesión provocada y que el segundo, acepte el ofrecimiento reparatorio.
- El restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la vulneración, mediante prestaciones que importen obligaciones de dar, hacer o no hacer, y que permitan restituir el ejercicio pleno del derecho lesionado.
- La reparación íntegra, tanto en lo referido al tipo de daño provocado, como a la intensidad del mismo.
- Los contenidos en los dictámenes de la Dirección del Trabajo, en relación con las infracciones que en cada uno de ellos se analizan.
- Las medidas específicas consistentes en obligaciones de dar, hacer o no hacer, con indicación precisa de los plazos para su cumplimiento, forma en que serán ejecutadas y responsables de su implementación.
- La autorización, en ausencia o en forma complementaria de otro medio reparatorio o por no ser posible retrotraer la situación al estado anterior, de una indemnización

económica equivalente a los gastos en que ha incurrido el o los trabajadores/as con ocasión de la vulneración.

Tener presente que la indemnización será la última alternativa a promover, en atención a que existe el riesgo de que se considere la única forma de obtener la reparación, entrando en un espiral de transacción económica que puede afectar el efectivo respeto a los derechos fundamentales.

POSIBLES MEDIDAS REPARATORIAS (sólo a modo ejemplar):

- Excusas públicas del empleador.
- Reconocimiento expreso de haber vulnerado una o más garantías.
- Publicación en un medio de comunicación.
- Publicación en el sitio web de la empresa.
- Modificación del reglamento interno garantizando el respeto de las garantías.
- Realización de una capacitación a todos los ejecutivos de la empresa sobre el respeto a los derechos fundamentales de la empresa, impartido por una entidad responsable.
- Financiar la publicación de un manual sobre la misma materia.
- Instalar letreros en la empresa destacando el respeto a las garantías.

Téngase presente que es importante oír al trabajador/a cuyo derecho reclama para conocer sus propias expectativas reparatorias.

C. Del Ingreso y la Asignación del Mediador.

El abogado/a responsable de la fiscalía, deberá fijar día y hora para la audiencia de mediación, procediendo a requerir la notificación de la citación. Requerirá además al Coordinador de Relaciones Laborales la designación de un mediador al efecto.

El mediador deberá pertenecer al escalafón fiscalizador o estar investido en tal calidad.

El informe y la minuta de conclusiones jurídicas visados por el Coordinador/a Jurídico o por el Jefe/a de la Unidad Regional de Derechos Fundamentales donde existiere, serán obtenidos a través del sistema informático por el Mediador asignado.

D. De la Citación y Notificación a la audiencia de mediación.

La Notificación y Citación de las partes para concurrir a la audiencia de mediación, será de responsabilidad del Jefe/a de Inspección de la jurisdicción en que fue ingresada la denuncia administrativa, debiendo asignar dicha diligencia al funcionario notificador o a aquél que estime pertinente atendido la urgencia de los plazos.

La citación contendrá el lugar, día y hora de la reunión de mediación, la que se hará bajo el apercibimiento legal que corresponde. Incluirá, asimismo, la notificación del documento Conclusiones Jurídicas que haya elaborado el abogado/a respectivo y la mención a los efectos de la inasistencia.

Para estos efectos la Notificación y Citación se dirigirá al empleador denunciado, y al denunciante.

La notificación deberá cumplir con todas la formalidades, respecto de la individualización del notificado, su domicilio y el objetivo de la misma, lo cual resulta determinante para el cumplimiento del requisito de procesabilidad que se exige a la denuncia de la Inspección.

E. Inasistencia de las partes.

La no comparecencia no estará sujeta a la aplicación de multas.

Dependiendo de los plazos, de las justificaciones que oportunamente hagan llegar las personas citadas o de cualquier otra calificada circunstancia que lo amerite, podrá el mediador/a, con acuerdo del abogado/a de la fiscalía, otorgar una segunda fecha de audiencia ante la inasistencia de una o ambas partes.

En caso de no observarse las circunstancias antedichas o habiéndose citado por segunda vez a la mediación, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia será causa suficiente para dar por concluido 'sin acuerdo' el trámite de mediación, dejándose la constancia y registro respectivos para efectos de continuar con el curso del proceso.

F. Del Proceso de Mediación

Consideraciones previas

Será obligación del mediador/a leer detenidamente el informe de fiscalización, y las conclusiones jurídicas que dan cuenta de la vulneración de derechos fundamentales de que trata el caso específico.

Reunión con el abogado/a

El mediador/a deberá reunirse con el abogado/a responsable del caso, con el objeto obtener la orientación sobre la naturaleza de la vulneración, posibles alternativas de acuerdo y las restricciones para un posible acuerdo. Además de precisar el tiempo disponible para el proceso de mediación.

Participantes en las reuniones de mediación

En esta materia procede aplicar el tratamiento común establecido para las mediaciones, en cuanto a que se admitirá además de las partes involucradas, esto es, trabajadores/as u organización sindical y empleador, la participación de abogado/as y asesores que aquéllas consideren necesario.

De igual manera, tratándose de trabajadores/as, sean socios o no de una organización sindical, deberá permitirse la participación de dirigentes o delegados sindicales que lo acompañen.

El abogado/a responsable de la denuncia, podrá asistir a las audiencias para asesorar al mediador. En todo caso deberá asistir a aquella etapa de la mediación, en que se determine el contenido del acta de acuerdo, con el objeto de verificar que no queden indemnes las conductas lesivas de derechos fundamentales.

G. Plazo de actuación.

Siempre se deberá tener en consideración que la denuncia deberá interponerse dentro de sesenta días hábiles contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada, plazo que se suspende en la forma a que se refiere el artículo 168 del Código del Trabajo.

El proceso de mediación deberá desarrollarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, los que empezarán a regir desde el día siguiente de practicada la última citación a la reunión inicial de mediación.

En casos excepcionales, podrá ampliarse el plazo de actuación hasta un máximo de tres días adicionales, autorizados previamente por la fiscalía.

Se considera que constituyen excepciones que ameritan esta ampliación, circunstancias tales como principios de acuerdo que requieran de mayor información, avances de acuerdos parciales que puedan ser parte de un acuerdo total, el hecho que ambas partes lo soliciten expresamente, u otras que sean debidamente ponderadas por el abogado/a responsable de la eventual denuncia judicial.

No obstante lo anterior, los plazos establecidos en este párrafo serán susceptibles de ser ampliados o reducidos, conforme a los plazos máximos legales, a que debe ajustarse el proceso en su totalidad.

H. Proceso

El proceso se iniciará con reuniones separadas con cada una de las partes, en las que se les informará acerca de:

- la constatación de la vulneración de derechos fundamentales de que da cuenta el informe de fiscalización y las conclusiones jurídicas respectivas, teniendo presente que tal circunstancia ya le fue informada a ambas partes.
- los efectos jurídicos que produce el acuerdo o el no acuerdo, en relación con la reparación de la vulneración de que se trata. Especial relevancia tendrá informar acerca del alcance, objetivos y pretensiones que tendrá la eventual denuncia judicial que hará el Servicio como entidad del Estado encargada de defender y promover la ciudadanía laboral, el interés general y bienes jurídicos superiores.
- los objetivos de la mediación como un medio alternativo de resolución de conflictos, y particularmente de los límites que existen en este tipo de controversias.

Se garantizará a las partes que los antecedentes que digan relación con la propuesta, discusión, aceptación o rechazo de las posibles opciones de reparación evaluadas en el curso del proceso, no serán utilizados por los Servicios del Trabajo, como antecedentes constitutivos de posibles infracciones de normas laborales ni tampoco como medios de prueba en la eventual etapa judicial posterior.

La actuación de mediación deberá privilegiar las reuniones conjuntas, que permitan avanzar en pos del objetivo definido en la ley, cual es, agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas, dentro de los plazos establecidos para llevarla a cabo.

Será tarea permanente del mediador promover la reflexión de las partes que conduzca al reconocimiento de los hechos que configuran la vulneración, de los efectos que ellos han provocado en los derechos fundamentales de los trabajadores, y de las opciones de corrección de las infracciones constatadas.

No obstante lo anterior, si el empleador persistiera en la conducta vulneratoria constatada en los informes de la Dirección del Trabajo, el mediador/a deberá poner término al proceso, atendido que la falta de corrección hace inviable la construcción de un acuerdo que restablezca íntegramente el derecho afectado.

Será obligación del mediador/a registrar en el Sirela, al término de cada una de las reuniones de mediación, los resultados de la misma y las nuevas citaciones que se originen.

I. Contenido del Acta:

El acta que formaliza el acuerdo, deberá consignar los siguientes contenidos mínimos:

1. Identificación de la Denuncia Administrativa, fecha y hora de la suscripción.
2. Identificación del Mediador y de los Asistentes.
3. Referencia a las Conclusiones Jurídicas.
4. Referencia a las reuniones conjuntas y separadas realizadas.
- 5.- Acuerdos y medidas reparatorias.
- 6.- Forma, plazo y responsable del cumplimiento del acuerdo.
- 7.- Efectos del incumplimiento.
- 8.- Señalar expresamente su mérito ejecutivo.

J. Conclusión del Proceso.

El acta final que da cuenta del o los acuerdos que corrigen las infracciones constatadas, estará sujeta a la visación previa del abogado/a que participó en la fiscalía y/o apoyó el proceso de mediación, de modo de garantizar que sus términos estén ajustados a la reparación íntegra que se requiere en cada caso.

Si el proceso de mediación concluye sin que se haya llegado a acuerdo, el acta final dejará constancia de tal resultado.

K. Trámites Posteriores

Concluida la actuación de mediación, con o sin acuerdo, el mediador deberá registrar de inmediato en el sistema informático (Sirela), el acta final de la mediación.

Sin perjuicio de lo anterior, deberá también dar cumplimiento a este trámite mediante oficio firmado por el Jefe de Centro, el Coordinador de Relaciones Laborales o el Jefe de Oficina, según sea su dependencia directa, documento que será enviado a más tardar al día siguiente hábil de terminada la actuación a la fiscalía o al abogado/a asignado al caso, según corresponda.

El término de la mediación, así como cada uno de los trámites del proceso, deberán ser registrados de manera inmediata en el Sirela.

L. Efectos del incumplimiento de los acuerdos

En el evento de no cumplirse por el empleador todo o parte del acuerdo suscrito y estando pendiente el plazo de caducidad a que se refiere el art. 486 inc. final del C. del Trabajo, el abogado del Servicio que corresponda procederá, inmediatamente de constatado el incumplimiento, a denunciar judicialmente el caso en juicio de tutela laboral.

Habiéndose producido el incumplimiento del acuerdo una vez vencido el plazo antes señalado, corresponderá orientar al denunciante a objeto de que éste pueda de manera particular perseguir el cumplimiento del mismo, por vía ordinaria o ejecutiva.

M. Registro de Resultado del Procedimiento Administrativo.

Recepcionada el Acta Final de Mediación por el Abogado/a, integrante de la Fiscalía, vía sistema y vía documentación física, deberá considerar los plazos existentes en el Cronograma de Trabajo y proceder al análisis correspondiente de la documentación existente, verificando si existió o no acuerdo en el Proceso de Mediación.

- Si el resultado del Proceso de Mediación fue con acuerdo, deberá registrarse en el sistema dicha situación, concluyendo con ello la labor de la Fiscalía.
- Si el resultado del Proceso de Mediación fue sin acuerdo, deberá registrarse en el sistema dicha situación, confeccionando la respectiva denuncia judicial ingresándola en el tribunal correspondiente.

9. Procedimiento Administrativo Especial de tutela de la libertad sindical.

En caso que el objeto de la investigación corresponda a hechos que constituyan exclusivamente atentados a la libertad sindical susceptibles de ser sancionados como infracción laboral de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo, se aplicará un procedimiento simplificado en el que no se constituirá una fiscalía ni tendrán lugar todas las etapas de la investigación señaladas en esta Orden de Servicio, aplicándose las reglas de procedimiento establecidas en el presente numeral.

Conforme a lo anterior, este procedimiento especial regirá respecto de las siguientes infracciones:

- No pago del 75% de la cuota sindical;
- No pago de la cuota sindical;
- No pago íntegro de las remuneraciones de un dirigente sindical (permisos sindicales);
- No otorgar el Trabajo Convenido a un Dirigente Sindical;
- Separación ilegal de trabajador con fuero sindical y;
- Reemplazo y reintegro ilegal de trabajadores en huelga

A. Asignación de la fiscalización:

Recibida la denuncia por el abogado/a de Inspección, o en su defecto, por el Jefe/a de la Oficina respectiva y declarada admisible conforme a los trámites y criterios generales, la investigación tendrá el carácter de URGENTE, por lo que deberá ser asignada al fiscalizador en forma extraordinaria el mismo día de admitida, a objeto de ser diligenciada a más tardar al día siguiente hábil.

B. Preparación de la fiscalización:

El fiscalizador deberá reunir los antecedentes necesarios que den cuenta del derecho cuya vulneración se denuncia, sea que se trate de instrumentos que hayan sido aportados por el interesado, sea que se trate de aquellos con que cuente el Servicio, particularmente los que pueda proporcionar la Unidad de Relaciones Laborales, o que proporcionen los sistemas informáticos.

Asimismo deberá solicitar al respectivo abogado/a de Inspección la fijación de una o más fechas a objeto que, al momento de la visita inspectiva, practique la citación a la audiencia de mediación especial referida más adelante.

Tratándose de la separación ilegal de un trabajador aforado, o el no otorgarle el trabajo convenido, y considerando que el procedimiento implicará la visita en compañía de el o los trabajadores afectados, se deberá concordar con estos la fecha y hora de la misma.

En el caso de la fiscalización por reemplazantes o reintegros ilegales el fiscalizador deberá concurrir a la visita inspectiva acompañado por al menos uno de los integrantes de la comisión negociadora laboral o, en aquellos casos donde ello sea imposible, por uno de los trabajadores involucrados en la negociación que dicha comisión haya designado al efecto.

C. Visita Inspectiva:

El fiscalizador se constituirá en las respectivas dependencias de la empresa y procederá a verificar la efectividad de los hechos denunciados.

En el evento de constatar vulneraciones a derechos fundamentales o conductas antisindicales diversas a las recién enumeradas que ameriten el procedimiento general regulado en esta Orden de Servicio, el fiscalizador, sin perjuicio de poder dejar constancia de los hechos respectivos, deberá ocuparse prioritariamente de completar la visita correspondiente al procedimiento especial a que fue comisionado. Sólo una vez concluida esta visita inspectiva, dará origen de oficio al caso de vulneración o práctica antisindical general, para lo cual pondrá en conocimiento del abogado de fiscalía los respectivos antecedentes.

Si no se constata la infracción denunciada:

En caso que el fiscalizador no verifique la infracción objeto del procedimiento, deberá levantar acta de lo obrado, señalando expresamente la conclusión de no haberse constatado el ilícito denunciado.

A más tardar al día siguiente hábil, el fiscalizador remitirá dicha acta, el informe de fiscalización y demás antecedentes del caso al abogado/a de Inspección quien inmediatamente procederá a efectuar la visación de la misma.

En el evento de aprobar lo concluido por el fiscalizador, ingresará el evento al sistema informático dando término al procedimiento, previo envío del correspondiente oficio-comunicación al denunciante por carta certificada.

En caso de no aprobar las conclusiones del acta, procederá por la vía más rápida a instruir una nueva visita inspectiva, proponiendo detalladamente los hechos y circunstancias que deberán ser investigados para el mejor conocimiento de la materia denunciada. Igual instrucción tendrá lugar en el evento de obrar nuevos antecedentes que respalden la denuncia respectiva.

Si se constata la infracción denunciada:

En especial, antes de consultar al empleador fiscalizado si se allana o no a cesar la vulneración detectada y a efectuar la debida corrección, el fiscalizador deberá informarle con claridad tanto las consecuencias positivas de allanarse y corregir como las negativas de no hacerlo.

Si el empleador se allana a corregir íntegramente la infracción:

Se dejará constancia expresa en el acta tanto de la decisión del empleador como de la forma en que éste ha procedido a la corrección inmediata de la infracción, terminándose el procedimiento con las respectivas firmas.

Si las circunstancias lo ameritan, podrá otorgarse al empleador un plazo prudencial para efectuar la corrección en tanto no transcurran más de cinco días hábiles desde la recepción de la denuncia administrativa, y siempre que en dicho plazo no caduque la acción judicial.

Tratándose del caso de “separación ilegal...”, allanándose el empleador a la reincorporación, el fiscalizador instruirá el pago de la remuneración de los días de separación ilegal en la fecha en que se devenga normalmente dicha remuneración, informándole sobre la sanción por no pago de remuneraciones en caso de incumplir.

En caso que la materia fiscalizada sea por reemplazo y/o reintegro ilegal de trabajadores en huelga deberá darse un plazo máximo de dos horas para que el empleador retire a los trabajadores reemplazantes o reintegrados. El haber subsanado la infracción, en este caso, deberá ser siempre constatada de manera presencial por el fiscalizador actuante.

En todo caso, el empleador que se hubiere allanado deberá acreditar a través de los medios pertinentes la debida corrección de la respectiva infracción. No habiendo tal acreditación dentro de la oportunidad que corresponda, el fiscalizador procederá a citar al empleador a la audiencia de mediación especial que se indica más adelante, previa consulta al abogado/a de Inspección acerca de la o las fechas disponibles al efecto.

El procedimiento administrativo, en cualquier caso, no podrá significar aplicación de multa.

Si el empleador no se allana a corregir:

El fiscalizador citará personalmente al empleador para el día y hora que le haya señalado el abogado/a de Inspección a objeto de llevar a cabo el procedimiento de mediación especial que se describe en el párrafo siguiente. Asimismo, deberá citar al o los trabajadores afectados por la vía más rápida, como por ejemplo, a través de correo electrónico, telefónicamente o por citación notificada por medio de funcionario de la respectiva Inspección, debiendo en cualquiera de los casos dejar constancia del hecho de la citación y toma de conocimiento por parte del o los trabajadores citados.

D. Mediación especial.

La gestión de mediación será realizada sólo por el abogado/a de Inspección en audiencia única, de la que deberá levantar acta firmada por las partes que concurran.

Por las particularidades de los casos a que se aplica este procedimiento especial, la mediación sólo puede tener por finalidad un acuerdo consistente en que el empleador se comprometa a dar estricto cumplimiento al mandato legal, al tenor de la infracción constatada.

El tiempo máximo destinado a la mediación especial y eventual cumplimiento y verificación de las medidas de corrección será de cinco días hábiles.

En la medida que no se perjudiquen los derechos irrenunciables del o los trabajadores involucrados y siempre que se ajuste al tiempo máximo dispuesto en el punto anterior, podrá otorgarse un plazo prudente para la debida y cabal corrección de la infracción.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso que la materia infringida sea el reemplazo/reintegro ilegal de trabajadores en huelga, la tramitación de todo el procedimiento especial deberá efectuarse en el menor tiempo posible y en tal entendido, si en la mediación el empleador se allana a retirar los reemplazantes y/o reintegrados ilegalmente, dicha reparación deberá efectuarla dentro del mismo día de celebrada la audiencia, debiendo ser verificado su cumplimiento de manera presencial por un fiscalizador en cada uno de los puntos donde se ha cometido la infracción, debiendo al efecto ser solicitada esta verificación a la o las oficinas respectivas vía correo electrónico por el/la abogado/a a cargo.

En todo caso, la fijación de los plazos dentro del procedimiento siempre deberá considerar el término legal de interposición de la denuncia judicial que establece el legislador.

En el evento de no asistir el denunciado a la citación antes señalada o concluida la audiencia sin que éste corrija debidamente o asegure la corrección de las infracciones constatadas, se levantará acta de lo obrado y se procederá a la elaboración de la correspondiente denuncia judicial, la que deberá presentarse ante el Tribunal competente dentro del quinto día hábil contado desde la fecha de la mencionada acta.

**PATRICIA SILVA MELENDEZ
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO**

**RPL/CLCH/MVD/MDM
DISTRIBUCION.**

- Directora
- Subdirector
- Dpto. Jurídico.
- Dpto. Inspección
- Dpto. RR LL
- Todas la DR
- Partes