

TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SECTOR PÚBLICO: ALGUNOS HITOS DEL ESPERADO CAMBIO DE CRITERIO

PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PUBLIC DOMAIN AND THE
DISSIDENCE IN THE CASE-LAW UNIFICATION:
SOME HIGHLIGHTS FROM THE AWAITED CHANGE OF CRITERIA

DANIELA MARZI MUÑOZ*

RESUMEN: El artículo versa sobre las virtudes del diseño de la acción de tutela de derechos fundamentales, sobre todo, la prueba indiciaria, para la garantía efectiva de tales derechos. Lo hace, sin embargo, por medio del relato sobre la negativa de la Corte Suprema a reconocer la competencia del juez laboral para conocer de esta acción referida a los trabajadores del sector público, cuyo cambio de criterio se produjo mientras se escribían estas líneas. La argumentación aquí sostenida analiza el elemento trabajo subordinado, de carácter esencial y presente en ambos ámbitos; las normas que regulan la competencia del Código del Trabajo en el sector público; la adecuación de la acción de tutela para ser aplicada en los repartos públicos con particular énfasis en aquellos que se pudieran considerar más complejos e incompatibles con ese control; y, finalmente, mostrando cómo la acción de tutela de derechos fundamentales, al tiempo que se constituye como una eficaz garantía a estos derechos de los trabajadores, ofrece en simultáneo un tenaz instrumento de control al ejercicio del poder, sea público o privado.

ABSTRACT: The paper deals with the design virtues of the action for the protection of fundamental rights, and among all, the circumstantial evidence, for the effective warrant of such rights. It does, however, by means of the story of the Supreme Court's denial to acknowledge the labour judge jurisdiction in order to decide on this action referred to the public domain workers (whose change of criteria happened while these lines were written). The argumentation here established analyses the norms regulating the jurisdiction in the Labour Code at the public domain from the element subordinate work, with essential features and present in both domains, the accommodation of the protection action to be applied in public offices with particular emphasis in those that might be considered more complex and incompatible with such control and, finally, it explains how the action for the protection of fundamental rights, at the moment it is settled as an efficient warrant to such workers rights, offers simultaneously an effective instrument for control to the exercise of the power, whether it is public or private.

PALABRAS CLAVE: Trabajo, derechos fundamentales, sector público, garantías, control.

KEYWORDS: Work, fundamental rights, public domain, warrants, control.

I. IDEAS PRELIMINARES

Una buena forma –y doblemente ilustrativa– de dar cuenta acerca del impacto que ha tenido la incorporación de la acción de tutela de derechos fundamentales en

* Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valparaíso.

Agradezco a Eduardo Marzi Muñoz por sus observaciones y correcciones a este texto. Correo: dmarzi@hotmail.com.

el sistema procesal laboral chileno¹, que es el tema encomendado para este trabajo, es poner en resalto lo que significa que no se zanje –todavía– el que sea una garantía a la que deben acceder los funcionarios públicos. En otras palabras: señalando de todo lo que se les está privando. Así partía este artículo que llevaba en su título “El preludio al esperado cambio de criterio”. Sin embargo, el 30 de abril de 2014, la Corte Suprema modificó su decisión de calificar como incompetente al juez laboral para conocer denuncias por Tutela de derechos fundamentales en el sector público y, felizmente, hubo que actualizar los tiempos verbales de este texto.

Es seguramente la gran controversia –imprevista además– en relación a la tutela de derechos fundamentales que ha involucrado a los tribunales laborales del país. Y que adquirió resonancias mayores al coincidir con un cambio en el ciclo político hace cuatro años. Todo este debate en los Tribunales deja al descubierto, por añadidura, la necesidad de revisar en términos generales el elemento “trabajo subordinado”, presente en quienes se desempeñan en la función pública en Chile. Es decir, implicó, colateralmente al menos, reflexionar sobre el estado de las condiciones de trabajo de personas de las que se espera contribuyan a la ejecución de políticas públicas en nuestro país. Dentro de ese tema mayor, probablemente afirmar la procedencia de la acción de tutela de derechos fundamentales en el sector público sea el nudo más simple de disolver, como se intentará demostrar en estas páginas.

En la sentencia que constituirá el objeto final de este estudio² será especialmente posible constatar que esas condiciones de trabajo en Chile tienen un estilo “mosaico”: uniones de cuerpos legislativos diversos sumados sin ninguna sistematicidad. Es allí donde la acción de tutela de derechos fundamentales, gracias a su diseño funcional al tipo de derechos que pretende garantizar, se transforma en una garantía invaluable de los derechos de más alta jerarquía que ostentan quienes laboran sometidos a un poder ajeno, ya que sólo con este diseño es posible que los derechos fundamentales desplieguen

¹ Reforma procesal articulada en las Leyes N°s. 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; 20.023, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas del año 2005 y la 20.087 de 2006. Esta última introduce el párrafo 6° “Del procedimiento de Tutela Laboral”, artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo.

² Me refiero a la sentencia de tutela de derechos fundamentales con relación vigente, de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que se condena al Ministerio Público por vulneración del derecho a la integridad psíquica de una de sus trabajadoras; y también a sus impugnaciones. La sentencia fue anulada por la Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo Rol N° 289-2013, de fecha 23 de julio de 2013 calificando de “grave error” el de la jueza laboral al declararse competente. Ésta dio lugar a una sentencia de unificación de jurisprudencia que se pronuncia con un voto disidente, que a su vez hace tambalear la doctrina sostenida por la Corte Suprema hasta ahora, que niega la competencia de los Tribunales Laborales para conocer de acciones de tutela impetradas por funcionarios públicos. Digo que hace tambalear e intentaré justificarlo en estas páginas, porque el voto de minoría presenta una fundamentación notable para avalar la competencia del juez laboral, que va de las ideas más generales acerca del trabajo humano como elemento común para quien ejerza labor sea en el sector privado, sea en el sector público, hasta una interpretación de las normas de competencia según su tenor literal, reforzado por los criterios de interpretación propios de la materia que se está decidiendo: trabajo y derechos fundamentales.

eficazmente toda su potencialidad como límites al ejercicio del poder, enriqueciendo la posición del trabajador.

II. EL VERDADERO ELEMENTO ESENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL PROBLEMA: LA SUBORDINACIÓN³

Una palabra riesgosa puede ser traída provechosamente aquí, la “esencia”: ¿qué es “aquello que permanece inalterable” y que es compartido por las personas que se desempeñan en la función pública con quienes lo hacen en el sector privado? El sometimiento al poder ajeno. Así entendido, los límites a ese sometimiento no debieran ser distintos en sus líneas principales.

La separación del mundo del trabajo, distinguiendo lo que era un funcionario público de lo que era un trabajador, fue promovida por la doctrina administrativista, que en ese momento buscaba también su emancipación del Derecho civil y —como todo rebelde— resaltaba sus rasgos diferenciadores respecto de lo que prescribía la legislación común. La doctrina administrativista elaboraba una extensa justificación de lo que era el régimen legal de la función pública, la que explicaba el porqué no cabía considerar figuras contractuales de ninguna especie.

El servicio público se definía como toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública, de manera regular y continua⁴. Como es fácil advertir, lo central de la definición estaba en la forma en como debían ser atendidos estos servicios, de modo que no pudiese perturbarse su funcionamiento regular y continuo, “pues, de lo contrario se irrogarían daños incalculables a la salud, vida, seguridad y aún economía de la población”⁵. No obstante haber logrado darse una definición, los administrativistas reconocían la dificultad de establecer cuándo un servicio era público o no, por lo que recurrían a jurisprudencia extranjera para esclarecer la distinción. “Como estos servicios (policía, correo, transporte por ferrocarril, alumbrado, agua) no pueden ser garantizados por la iniciativa privada; como constituyen necesariamente el objeto de una organización sistemática que un desorden local la perturbaría por entera, resérvense el monopolio del mismo el Estado o los Municipios”⁶. ¿Qué conclusiones se seguían de ello según la doctrina administrativista de la época?, veremos que algunas con sonoras repercusiones para el Derecho del trabajo:

- a) El servicio público debía ser modificable ‘en todo instante’, lo que sólo era posible si únicamente depende de la ley o disposiciones reglamentarias;
- b) El personal que prestaba sus servicios corría la misma suerte del servicio, quedando sometido al régimen legal del servicio público, o sea, desde que ingresaba a

³ Esta sección del presente artículo corresponde en gran parte a MARZI MUÑOZ, Daniela (2011), pp. 79-89.

⁴ VARAS CONTRERAS, Guillermo (1940), p. 312, en cita a JEZÉ, Gastón (1928).

⁵ VARAS (1940), p. 312.

⁶ Resoluciones del Consejo de Estado de Francia, citadas por VARAS (1940), p. 313.

éste, se sometía a la condición de servir al Estado, anteponiendo el fin del servicio a su propio interés;

c) El servicio se creaba para satisfacer una necesidad pública, para cumplir un fin social, sin ánimo de lucro o ganancia;

d) Como lógica consecuencia de las características enunciadas, no podían coexistir la continuidad del servicio y su fin público, con el derecho de huelga que “mira a la defensa de los intereses particulares de unos pocos. El interés público del servicio no puede estar subordinado, a los intereses privados de los servidores”⁷.

El funcionario público se rige entonces por un estatuto legal. No cabe la figura del contrato porque no podría subordinarse la satisfacción de una necesidad pública a las estipulaciones pactadas, y, carece, en términos absolutos, de un derecho fundamental: la huelga⁸.

Esta concepción veía entonces una “naturaleza jurídica” diferente entre los sujetos de la relación funcionaria con los de una relación de trabajo: en aquélla el Estado actúa con una primacía especial que no posee un simple empleador y el funcionario debe someter su interés particular, sin excepción, a lo que venga definido como interés público por la autoridad, porque ese interés público hace “esencialmente diversa” su tarea. Este modo de entender la función pública fue compartido en su hora por la mayoría de los países que constituyen nuestros usuales referentes jurídicos como España, Francia e Italia. Pero esa supremacía como argumento pasó para dar lugar a otros criterios de análisis y nuevas formas de concebir las relaciones de trabajo que en el seno de la función pública se desplegaban. Sin duda, con un carácter menos autoritario, y tal cambio de signo mucho tuvo que ver con la entrada de los derechos fundamentales a esas arenas.

1. Laboralización a la italiana: vía negociación colectiva y con derecho de huelga

La convicción que se estaba frente a situaciones incomparables, empezó a decaer. El caso más claro es el italiano, en que paulatinamente se fue optando por extraer lo que

⁷ VARAS (1940), p. 314.

⁸ Este punto, en rigor, se analizaba haciendo una oposición a categorías contractuales civiles. “En efecto, cuando el Derecho civil influía decisivamente en el Derecho administrativo, se consideró la función pública a la luz de sus instituciones, ya como un contrato de arrendamiento de servicios o como un mandato o, como un contrato innominado (...) un estudio más profundo vino pronto a demostrar que algunas relaciones entre el estado y sus empleados no tenían cabida ni explicación adecuada dentro del Derecho civil. Así, por ejemplo, asimilada la función pública al contrato de arrendamiento de servicios, salta a la vista, desde luego, que se coloca en un mismo plano de igualdad jurídica al Estado, cautelador del interés público, con el empleado que busca solamente su interés particular (...). Análogas observaciones podemos hacer en lo que respecta al mandato, el que, como se sabe, es esencialmente revocable, pues, depende de la exclusiva confianza del mandante (...) la estabilidad y aún la inamovilidad de los funcionarios públicos, especialmente de aquéllos que deben obrar con independencia, como los del poder judicial, constituyen preciadas conquistas del Derecho público moderno”, VARAS (1940), p. 323. Veremos que esos sectores particularmente críticos, como señala este autor, pueden admitir sin grandes controversias la aplicación de acciones de tutela de derechos fundamentales en toda regla (prueba indiciaria, principio de proporcionalidad, nulidad de los actos y diversos tipos de reparaciones). Para ilustrar el punto en este artículo se expondrá un caso español, relacionado a una acción en contra de la Central Nacional de Inteligencia (CNI) y el caso chileno sobre una denuncia en contra del Ministerio Público.

tenía que ver con trabajo del Derecho administrativo para ser puesto en sede laboral, hasta llegar a una total asimilación con la llamada “privatización del empleo público”, durante los años noventa. No obstante esta denominación, una cuestión terminológica significativa es que primero el fenómeno de laboralización en Italia fue llamado “contractualización”, porque la regulación de la disciplina del trabajo se operaría vía contrato colectivo, a la que siguió una segunda etiqueta, que fue la de “Privatización” cuyo sentido fue abarcar todo el sistema de fuentes (código civil, legislación laboral y contrato colectivo). Sea un nombre u otro, en ambas fases el objetivo central fue la homogeneización de las condiciones de trabajo, “que recompone en un *unicum* fuentes y actos relativos a la relación de trabajo de los empleadores, sean éstos administración pública o empresas”⁹.

Se subvirtió así la tradición jurídica administrativista dominante desde fines del siglo XIX, que había disciplinado con reglas del Derecho público no sólo las relaciones entre la administración del Estado y los ciudadanos, sino también la vertiente interna de su actividad, lo referido a su propia auto-organización. Esta construcción dogmática se fue evidenciando en contradicción con una presencia del conflicto al interior de las organizaciones públicas no inferior a aquella de las organizaciones privadas. Y muy certeramente, se concluyó que el conflicto interno de las organizaciones no dependía de si sus fines eran públicos o privados, ni siquiera de su calificación de derecho público o privado, sino que venía generado por la realidad fenoménica de la desigual distribución de poder al interior de la organización¹⁰.

Ya en 1970, destacada doctrina administrativista había comprendido que sólo contingentes razones históricas habían hecho asumir que las relaciones de empleo y los actos de organización que en ellas incidían eran de carácter administrativo, en circunstancias que no requerían presuponer ninguna supremacía especial de la administración, sino que bastaba con asignarle los poderes que se le reconocían a cualquier empleador. Por ello, se planteó un nuevo distingo: entre la relación orgánica, que protege el interés público por el que se crea el servicio y, la relación de servicio del funcionario, en el entendido que, desde el punto de vista de la actividad no existe diferencia alguna entre lo que hace un funcionario público y un trabajador privado. Se trata del mismo intercambio de trabajo por remuneración.

Por lo que la pregunta se trasladó a qué es lo que debía permanecer dentro del Derecho público, concluyendo que aquello eran los llamados actos de macroorganización, es decir: las líneas fundamentales de organización de las oficinas, la determinación de las mismas, sus causas de creación y, las dotaciones orgánicas totales¹¹.

⁹ CARINCI, (2004), p. XLVII.

¹⁰ GIUGNI, (2006), p. 184.

¹¹ Lo que no obsta a que lo que se ve tan claro en la teoría como esta distinción entre macro y microorganización genere problemas hermenéuticos hasta la actualidad, constituyéndose como una “telúrica línea de confín”, en la que “la inteligente y sofisticada solución ofrecida por la duplicación [coexistencia de lo público y lo privado] y por

Se dejó fuera entonces todo lo relativo a la gestión del personal, salvo el acceso al cargo, que debía ser por concurso público. Lo cual es un punto en común de todos los ordenamientos jurídicos que constitucionalmente consagraron la meritocracia como sistema de acceso al empleo público, como sucede en el caso italiano, alemán, español, portugués y griego¹², y como sucede también en el caso chileno según el artículo 17 del D.F.L. N° 29 de 2004 (aunque desmantelado en los hechos por su abundancia de contratos a honorarios).

Dicho sea de paso, también se procedió a admitir el derecho a la negociación colectiva¹³ y a la huelga, considerando ciertas particularidades necesarias para la protección del interés público, como el aseguramiento de entrega de servicios esenciales en caso de huelga¹⁴ y, algo sumamente importante –si no el que más– a la hora de admitir la contratación colectiva en la administración: el resguardo al gasto público.

Es decir, se optó por hacer menos categorizaciones formales y, en cambio, parificar las reglas y judicatura, con el consiguiente beneficio que la igualdad de reglas trae consigo dentro del mundo del trabajo. En cierta forma, lo que se hizo fue simplemente reconocer la existencia del conflicto de trabajo que entraña tanto una empresa privada como un servicio público, pues en ambas existe el núcleo del problema: la desigual distribución del poder.

la homogeneización se dejó a sus espaldas una correlativa doble criticidad: constituida, la primera, por la extrema dificultad –teórica y práctica– de lograr distinguir las dos áreas pública y privada; representada, la segunda, por la necesidad –sistemática y operativa– de adaptar la misma área privada”, CARINCI (2004), p. XLVIII.

¹² CANALES (1996), pp. 411-424.

¹³ Sólo la última reforma sobre el tema, la Ley N° 15/2009, revirtió este papel central del contrato colectivo en favor de la ley. Se trata de la atribución de incentivos salariales individuales conectados a resultados de gestión para los jefes de servicio, para efectos de hacer valer sus responsabilidades. Pero además, la posibilidad de sancionar con recortes salariales a los jefes de servicio, así como retiro de encargos funcionariales y movilidad territorial. Este debate muestra la siempre difícil coexistencia de lo público y lo privado, ya que el argumento administrativo es tener una vía para poder incentivar la eficacia de la gestión pública, cosa que la negociación colectiva no enfrentaría bien, por ser un instrumento para la defensa y mejora de las condiciones salariales. Lo más interesante para un lector externo es despejar lo que se adscribe a instrumentos propios de lo público y lo que se adjudica inherente a lo privado, porque, en este caso, un sistema de incentivos por productividad, que parecen tan de gestión privada, en Italia son considerados instrumentos de burocratización típicas de lo público (se hace por ley y la ley es rígida), en circunstancias que su sistema le reconoce a la administración los poderes disciplinario y de dirección de cualquier empleador, pero que siempre y al igual que en el sistema privado, se negocian con el sindicato, sobre el tema ver MAINARDI (2009), pp. 29-757.

¹⁴ Que se definió no por un criterio subjetivo (que el servicio sea gestionado por un poder público) sino objetivo, es decir, en relación al contenido del servicio, en términos de su obligatoriedad y continuidad, que tendrán que estar vinculados a la erogación de servicios que satisfagan derechos constitucionalmente protegidos de las personas. Esta lista no es exhaustiva y ha ido complementándose por la contratación colectiva y la Comisión de Garantía de las huelgas en los servicios públicos esenciales (ente público administrativo independiente). A fin de cuentas, lo que la ley de servicios mínimos justamente busca preservar es ese nivel de servicios, para lo cual procedimentaliza la huelga en los servicios esenciales al exigir preaviso, comunicación sobre la duración de la huelga, sus modos de ejecución y de prestación de los servicios, las motivaciones de la huelga y forma en que se reactivará el servicio completo, PASCUCCI (2004), pp. 332 y ss. Procedimentaliza, y seguro ralentiza, pero en ningún caso niega el derecho de huelga.

Problema que no por cuestiones de nombre o prohibiciones legales desaparece. De hecho, en el caso de las condiciones de trabajo del sector público, cuando las fijaba la ley o el reglamento, venían precedidas igualmente por negociaciones subterráneas entre representantes de la administración y de los trabajadores¹⁵. El cambio, en definitiva, sería que en adelante las tratativas se harían de modo regulado y con los particularismos necesarios sobre todo respecto a lo ya dicho, que se ajustase a las posibilidades presupuestarias del Estado¹⁶. Pero, lo que es llamativo, sobre todo para un sistema de relaciones laborales como el chileno, es que si de límites al poder se trata, el fenómeno de la laboralización tuvo la característica de ejecutarse por medio del Derecho Colectivo y reconociendo el derecho de huelga: quizá la mayor forma de reequilibrio de poder que el trabajo conoce.

Sin embargo, el sistema laboral italiano carece de una acción como la de protección del artículo 20 de la Constitución Política chilena o la de tutela de derechos fundamentales. Una explicación posible se encuentra en que el modelo italiano se funda en la tutela de los trabajadores por la vía sindical y, en cuanto a los derechos fundamentales inespecíficos, éstos tienen cierta cobertura a nivel de legalidad ordinaria en base a lo establecido en el Statuto dei Lavoratori de 1970, cuyo nombre mucho dice sobre sus ejes “Normas sobre la tutela de la libertad y dignidad de los trabajadores, de la libertad sindical y de la actividad sindical en los lugares de trabajo y normas sobre colocación”. Esta normativa logró evolucionar y resistir bastante bien al paso del tiempo, dentro de la combinación de protección legal y una tutela autónoma fuerte de las organizaciones sindicales. Con lo hasta aquí explicado, se apreciará que las distancias entre el modelo descrito y el chileno son largas y anchas, así que veamos un modelo más cercano: los derechos fundamentales de los funcionarios públicos en el sistema laboral español.

2. La tutela de derechos fundamentales en el sector público español

La tendencia a laboralizar la función pública —de introducir regulaciones del estatuto del trabajador subordinado privado a este sector— se ha producido también en España, y ha venido principalmente por medio de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985. Ello, porque a efectos de ese cuerpo legal “se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas”.

¹⁵ Pero aquí ya en un mundo al que no le quedaba más que reconocer que servicios esenciales no eran ni necesaria ni únicamente aquellos que prestaba el Estado, por lo que estos servicios que garantizan la satisfacción de derechos constitucionalmente consagrados serían aquellos que, precisamente, los contratos colectivos nacionales del sector público y privado definirían, debiendo cumplir con dar un preaviso y, expresar modalidad y motivaciones de la huelga, CARINCI, *et al.* (2007) p. 281.

¹⁶ CARINCI *et al.* (2007), p. 213. En fase precontractual el Ministerio de Hacienda comunica las posibilidades financieras totales destinadas a esa contratación y, antes de la suscripción del contrato, debe obtenerse el parecer favorable de la Corte de Cuentas que se pronuncia exclusivamente sobre el costo económico del contrato.

Debe considerarse que en ese sistema no existe aplicación supletoria de la ley laboral a las relaciones de los funcionarios reguladas en normas administrativas o estatutarias, por exclusión del artículo 1º N° 3 a) del Estatuto de los trabajadores.

Con la declaración de que para efectos de la libertad sindical trabajadores son los del ámbito privado como los del sector público, para sustraer competencia a la jurisdicción social sobre los derechos fundamentales específicos de libertad sindical y huelga¹⁷, la Ley de Procedimiento Laboral debió hacerlo de forma expresa, por medio de su artículo 1º N° 3 a), “reservándose en ambos casos la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa”¹⁸.

Es decir, un caso evidentemente distante del chileno, vista la no supletoriedad y muy particularmente, el tratamiento de la libertad sindical. Pero existe una diferencia mucho más relevante a propósito de la garantía de los derechos fundamentales inespecíficos.

En España, como ya se advirtiera, coexisten diversas clases de personal en el ámbito público: el funcionario y el personal laboral. Pese a esa diferencia de estatuto, sobre el punto específico relativo a la tutela de derechos fundamentales tenemos que ambos tipos de trabajadores acceden a una acción de este tipo y con un diseño similar. En el caso del personal laboral deberán actuar en la jurisdicción laboral (llamada “social”) promoviendo un juicio de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”; y, en el caso de los funcionarios, actuarán en el contencioso administrativo. Pero en ningún caso carecen de una vía procesal adecuada de protección a estos derechos.

Es interesante recordar, además, cómo surge en España uno de los rasgos caracterizadores de las acciones vinculadas a derechos fundamentales: la prueba indiciaria, que opera tanto en lo laboral como en lo contencioso administrativo (y que es la que rige en Chile según el artículo 493 del Código del Trabajo). La prueba indiciaria exige al denunciante aportar hechos que generen la sospecha fundada de que ha habido lesión. Estos hechos basta que tengan una relación indirecta o circunstancial con el hecho denunciado. Logrado ese estándar, el peso de la prueba se traslada al denunciado quien deberá, para desactivar esa sospecha fundada del sentenciador, aportar “elementos de

¹⁷ La nomenclatura de derechos fundamentales específicos e inespecíficos plantea la siguiente distinción: “Los derechos laborales recogidos por la Constitución (CE) tienen su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente), obvio es reconocerlo, en el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de los derechos ‘específicamente’ laborales (derechos *específicos*), de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho al salario, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, etc.) Al propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo PALOMEQUE (2004), p. 163.

¹⁸ ALONSO OLEA y ALONSO GARCÍA (2010), p. 360.

prueba que le permitan justificar ante el juez laboral que su conducta obedece a motivos razonables”¹⁹.

Es importante señalar que el alivio de la carga probatoria del denunciante en España fue una creación jurisprudencial²⁰, y, asimismo, es significativo constatar cuáles fueron las razones que llevaron a los Tribunales a alejarse de la regla general del Código Civil del artículo 1.214, en materia de derechos fundamentales. Dicha corrección de las reglas comunes que se llevó a cabo por “la jurisprudencia en el seno del proceso de trabajo, bien que con oscilaciones dignas de mención, responde de modo inequívoco a la necesidad de reforzar la protección de la posición procesal del trabajador, en cuanto sujeto más débil de la relación de trabajo, haciendo pesar dicha carga sobre la parte que le es más fácil practicar la propuesta, como ocurre en los casos en que los trabajadores carecen de medios de prueba eficaces para demostrar la existencia de las obligaciones que reclaman (STCT 24-3-1965)”²¹. Subraya el profesor PALOMEQUE que esto fue acogido por la mejor doctrina procesalista amparada “por una serie de consideraciones de ‘buena fe, equidad, de facilitación del ejercicio de la defensa del derecho cuando a ellos se oponen dificultades’, y razones análogas determinan en no pocas ocasiones que ‘la carga de la prueba no se distribuya conforme a las reglas admitidas, sino que se imponga a la parte que conforme a éstas no le incumbiría’. Y es precisamente esta exigencia de justicia, elevada constitucionalmente nada menos que al rango de *valor supremo* del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de derecho en que se constituye España (artículo 1.1 CE), el soporte primero que el Tribunal Constitucional invoca en defensa de la construcción procesal adoptada”²².

También es determinante en esta acción, el contenido que se exige cumpla la sentencia de tutela de derechos fundamentales. Dicho contenido es de carácter complejo ya que en ella —en caso de ser condenatoria— deberá incorporarse la declaración de la lesión; decretarse la “nulidad radical” de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada; el cese inmediato de la actuación lesiva; y, el restablecimiento al denunciante en la integridad de su derecho, decretándose las reparaciones e indemnizaciones que procedan (artículo 182 de la LRJS). Prácticamente, el mismo regulado en la norma chilena (artículo 495 del Código del Trabajo).

¹⁹ UGARTE (2009), p. 225. En este artículo se encuentra una detallada exposición sobre la prueba como una regla de juicio para el sentenciador, que opera cuando se realiza la construcción del fallo. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a05.pdf>.

²⁰ Al igual que sucedió en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El hecho que los medios probatorios estuviesen en manos del propio denunciado (en este caso el Estado y, en trabajo, la empresa) fue la justificación de que se aplicara la prueba de indicios como un requisito indispensable para la protección de los derechos fundamentales de la víctima, según lo declara por primera vez en la sentencia del Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo). Serie C Nº 4, párrafo 130.

²¹ PALOMEQUE LÓPEZ (1983), pp. 75-76.

²² PALOMEQUE (1983), pp. 79-80.

Para ver a través de un caso concreto cómo todas estas garantías propias de la acción de tutela de derechos fundamentales operan sin problemas en España respecto de funcionarios públicos, referiré una reciente sentencia de su Tribunal Constitucional²³, que acogió el amparo interpuesto en contra de la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo, y la posterior decisión sobre la apelación en la Audiencia Nacional. Ambos tribunales habían rechazado la denuncia sobre discriminación por maternidad de una funcionaria, interpuesto por la vía del llamado “recurso contencioso para la protección de derechos fundamentales”. Este caso, además, nos acerca al que finalmente se analizará en contra del Ministerio Público chileno, porque el sector público involucrado en el fallo español es la Central Nacional de Inteligencia (CNI), siendo ambas reparticiones de aquéllas que pueden considerarse particularmente críticas para efectos de lo que puede ventilarse en un juicio durante la prueba.

El Juzgado Central de lo contencioso administrativo consideró que no se desprendía a nivel indiciario ninguna circunstancia de hecho concreta que permitiese determinar que el cese de la actora se había debido a su situación familiar creada por el embarazo. El problema es que la CNI no aportó los informes de evaluación –negativos según sus dichos– respecto del desempeño de la funcionaria, amparándose en que estas informaciones revestían el carácter de secretas, en razón de la seguridad nacional.

Los dos grandes argumentos del recurso que debía resolver el Tribunal Constitucional español eran la discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución Española) y Tutela Judicial Efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), al haberse negado las garantías de audiencia y bilateralidad que la integran.

Siendo entonces un amparo mixto, el Tribunal Constitucional Español se centró sólo en determinar si se había producido la lesión del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, por tener ésta carácter preeminente respecto de la vinculada a las garantías procesales. En el razonamiento del Tribunal Constitucional español, la lesión se habría producido cuando el Juez de lo Contencioso Administrativo y, posteriormente, la Audiencia Nacional, no dieron por suficiente el panorama indiciario aportado por la actora, haciendo entonces que pasara al denunciado la carga de probar la razonabilidad y proporcionalidad de su medida en examen²⁴.

La funcionaria había aportado al proceso los siguientes indicios: a) nunca había sido sancionada o expedientada, siempre había sido valorada positivamente en todas

²³ Recurso de Amparo Nº 2131-2014, de fecha 24 de febrero de 2014, pronunciada por la sala segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López.

²⁴ Esta es una dificultad propia del sistema español en que para proceder el amparo constitucional debe considerarse que hubo una vulneración en la actuación judicial al conocer y resolver el caso, porque el amparo constitucional procede ante vulneraciones provenientes del Estado. Es decir, en este caso en el amparo constitucional el denunciado es el juez. Sin embargo, tal característica no es relevante para efectos de lo que se pretende explicar, que es cómo la tutela de derechos fundamentales y la regla de la prueba indiciaria, en particular, se aplican también para los funcionarios públicos.

sus evaluaciones anuales; b) en razón de su destacado desempeño obtuvo destinos en el despliegue exterior; c) había sido designada como Jefa de Sección, e incluso, como consecuencia de la disolución del Departamento, el CNI duplicó el número de miembros a su cargo como Jefa de Sección; d) se le había asignado un complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que se desempeñe el puesto de trabajo. Para su concesión se tuvieron en cuenta los informes personales en los que consta que tomó posesión de cuatro destinos para los cuales era necesario un acuerdo de Secretaria General “en razón a la apreciación de idoneidad y capacitación”; y, a esta descripción de carrera en ascenso sólo se puede agregar el dato que: e) había quedado embarazada poco antes de que se ordenara su cese. Por su lado el CNI no aportó el más mínimo elemento de prueba para demostrar la tacha profesional que imputaba a la demandante. Sin embargo, al sentenciador de lo contencioso administrativo le pareció que no se había cumplido con el estándar que competía a la denunciante y rechazó su recurso dando por bueno que la Administración no aportara ninguno de los supuestos informes de evaluación negativos que justificaran la razonabilidad y proporcionalidad de su medida de cese.

El Tribunal Constitucional Español sostuvo que al momento en que el sentenciador –sin realizar juicio de proporcionalidad alguno– consideró que la solicitud de incorporar los informes era impertinente, incurrió en la conducta lesiva denunciada, ya que la Administración debía cumplir con su carga probatoria sin importar que el acto administrativo de cese sea discrecional para ella, porque eso no la exime de que estando en juicio deba cumplir con la prueba indiciaria que es la que rige en la materia. Así, debía probar la razonabilidad de su medida y, además, el que era completamente ajena a una conducta discriminatoria. Dado que no cumplió con su estándar de prueba, el sentenciador al confeccionar la decisión judicial debió haber condenado al CNI.

En lo específico del argumento sobre el carácter secreto de los informes solicitados por razones de seguridad nacional, el Tribunal Constitucional Español sostuvo: “Esta inactividad probatoria de la Administración no resulta justificada por la aducida clasificación como secretos de los informes de valoración del desempeño de la recurrente, puesto que ello no puede suponer un espacio de inmunidad al control jurisdiccional; en este sentido, la STEDH²⁵ de 15 de noviembre de 1996, asunto Chahal c. Reino Unido, afirma que ‘el Tribunal reconoce que el uso de información de carácter confidencial puede ser inevitable cuando se halla en juego la seguridad nacional. Pero eso no implica que las autoridades nacionales hayan de quedar libres de controles efectivos por parte de los tribunales nacionales siempre que afirmen estar ante un problema de seguridad nacional o de terrorismo’ (párrafo 131). En este punto, debe subrayarse que estamos ante informes sobre una funcionaria del Centro, evaluando su idoneidad, por lo que, tal como alega el Fiscal, parece lógico deducir que la Administración, preservando la información material cubierta por la legislación de secretos oficiales, podía haber

²⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

concretado motivadamente una suficiente explicación que permitiera conocer aquellos hechos o aspectos negativos del desempeño de sus funciones que fueran relevantes para que no se integrara a la demandante como personal estatutario permanente y, en todo caso, fueran susceptibles del necesario control judicial, todo ello con las debidas cautelas para no infringir el carácter secreto de los documentos y la necesaria preservación de la seguridad nacional”²⁶.

III. EL ARGUMENTO DE TEXTO:

LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 1º DEL CÓDIGO DEL TRABAJO CHILENO PERMITEN AFIRMAR LA COMPETENCIA

La tutela T-26-2009, del Tribunal Laboral de Valparaíso, hizo irrumpir la pregunta sobre la competencia del juez laboral en casos de tutela sobre funcionarios públicos de la manera más inesperada: el tribunal se declaró de oficio incompetente para conocer la denuncia por vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios del Hospital Gustavo Fricke, deducida por la asociación de base FENATS, al estimar que la relación laboral expuesta en la demanda era de aquellas que se rigen por el Estatuto Administrativo. Apelada la resolución con una serie de argumentos, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el pronunciamiento al sostener que: “Teniendo únicamente presente lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo, se revoca la resolución apelada de siete de julio de dos mil nueve; y, en su lugar, se declara que el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso es competente para seguir conociendo de la presente causa”²⁷. Una resolución lacónica para entregar cobertura a los funcionarios públicos en materia de derechos fundamentales, pero que es básicamente el gran argumento de texto a favor del reconocimiento de dicha competencia: no hay regulación especial en

²⁶ La negativa a justificar sus decisiones en relación a los funcionarios que no sean de planta se ha manifestado en Chile. En el caso de Tutela de Derechos Fundamentales en contra del Consejo de la Cultura, esta lectura de la discrecionalidad como igual a “no obligación de fundamentar la decisión” llevó a que fuera condenado porque, ante todo, no contestó la demanda, sin perjuicio de una serie de indicios que igualmente se invocaron. Pero, el citado ente público afirmó más que esto, pues sostuvo que no tenía obligación de demostrar la racionalidad ni de sus dichos descalificatorios hacia sus funcionarios, vertidos en la prensa, ni de su decisión de extinguir una contrata, porque la ley entrega la facultad de extinguir sin motivación, por lo que resultó condenado por discriminación, RIT T-17-2011, de fecha 12 de enero de 2012, del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Sólo en forma bastante reciente, existen decisiones de la Corte Suprema ordenando que se fundamenten los términos anticipados de las contrataciones, pero téngase claro que el objeto se ciñe a esa orden: fundamentar las decisiones, y no guarda relación con protección a derechos fundamentales. Por todas ver la sentencia de protección Rol Nº 7588-2011, de fecha 21 de septiembre de 2011, de la Excelentísima Corte Suprema, con los votos de los señores Ministros Haroldo Brito C. y los Abogados Integrantes Sr. Nelson Pozo S. y Sr. Jorge Lagos G., y dos votos en contra de los Ministros Sr. Héctor Carreño S., y Sr. Pedro Pierry A.

²⁷ Rol Nº 267-2009, de fecha 4 de septiembre de 2009, Ministros señores Hugo Fuenzalida Cerpa, Jaime Arancibia Pinto y el abogado integrante don Enrique Aimone Gibson. Comentada por mí en “Derechos fundamentales y control del ejercicio del poder en el sector público: la última palabra no está dicha”, fecha 16 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.escuelasindical.org/2012/01/derechos-fundamentales-y-control-del-ejercicio-del-poder-en-el-sector-publico-la-ultima-palabra-no-esta-dicha/>

el Estatuto y la materia a aplicar no es incompatible (aunque la remisión debió haber sido hecha al inciso 3º y no segundo del artículo 1º del Código del Trabajo).

El caso en cuestión versaba sobre la acción ejercida por una asociación gremial que estimaba menoscabados los derechos fundamentales de algunos de sus asociados, por decisiones de sus superiores como trasladar de funciones a quienes representaron a sus jefaturas conductas que consideraban ilegales y contrarias a la ética médica, ejecutadas por otros colegas del Hospital. Es decir, desde ya un caso interesante porque sale de la órbita del supuesto más común que es la denuncia a propósito del despido.

En el entendimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el nudo central del problema y su solución se encontraba en la lectura del inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo.

Dicha norma establece una regla general: las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias. La excepción, contenida en el inciso 2º, es que no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial²⁸. En el caso en reseña, efectivamente los funcionarios del Hospital contaban con un estatuto especial y, hasta ahí, cumplirían con lo previsto en la excepción que los excluye de la aplicación del Código del Trabajo. Sucede que a continuación existe un inciso 3º que se abre a una contraexcepción, al indicar que, “con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”. Tradicionalmente, es de este inciso que ha brotado un permanente debate sobre la aplicabilidad del Código del Trabajo en el sector público, pero a propósito de desvinculaciones de funcionarios y para discutirse sobre la procedencia de determinadas instituciones que naturalmente implican algún beneficio económico adicional.

En ese sentido, sentencias de la Corte Suprema habían definido que la aplicación del Código correspondía a casos de “vacío legal” en el Estatuto administrativo o leyes especiales²⁹, sin olvidar que, además, no debían resultar contrarias a dicha legislación, por lo que, analizado caso a caso a veces se declaraba, y otras no, la aplicación supletoria.

De modo que la cuestión cristalizaba en la determinación de si en el Estatuto Administrativo, D.F.L. N° 29, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, o en el Estatuto especial que incida en la situación determinada,

²⁸ Artículo 1º inciso 2º “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del estado o de aquellas en que ésta tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”.

²⁹ Por todas sentencias RIC N° 7.138, de fecha 24 de diciembre de 2008, dictada por los Ministros señores Patricio Valdés, Gabriela Pérez y Julio Torres, y los abogados integrantes señores Benito Mauriz y Juan Carlos Cárcamo de la cuarta sala de la Excelentísima Corte Suprema.

existía algún procedimiento que tutelase los derechos fundamentales del personal que servía en la Administración Pública.

Es así como se controló el contenido del citado D.F.L. N° 29 encontrándose un conjunto de normas que determinan en primer lugar las reglas generales en cuanto al ámbito de aplicación del Estatuto, definiciones especiales como las de cargo público, empleo a contrata, planta de personal, carrera funcionaria, etc.; requisitos de ingreso a la administración. En seguida, párrafos sobre carrera funcionaria; empleo a prueba; capacitación; calificaciones; promoción; obligaciones funcionarias; jornada; destinaciones; comisiones de servicio; subrogación; prohibiciones e incompatibilidades. Luego, desde los artículos 89 a 118, se encuentra una serie de derechos de los funcionarios, entre otros, el de estabilidad en el empleo, protección a la maternidad según lo previsto en el Título II, del Libro II del Código del Trabajo; y, un supuesto vinculado a derechos fundamentales pero en relación a terceros que atentan contra la vida o integridad física del funcionario, con motivo del desempeño de sus funciones o que por la misma razón los injurien o calumnien, en el sentido de establecer el deber de la administración de defender al funcionario y perseguir la responsabilidad civil y criminal de estos terceros. Otros derechos previstos se refieren a remuneraciones; feriados, permisos, licencias médicas, prestaciones sociales. A continuación, en el Título V regula la responsabilidad administrativa; en el título VI la cesación de funciones y Título VII extinción de la responsabilidad administrativa. En el Título final establece el derecho del funcionario a reclamar ante la Contraloría General de la República cuando se hubiese producido un vicio de legalidad que afecte a alguno de los derechos que le confiere el Estatuto; plazo de prescripción de los derechos y enunciación de los estatutos especiales que regirán a determinados funcionarios.

En suma: no excluye la aplicación del Código del Trabajo, no regula tampoco una forma de remisión, de manera que deberá regirse por la regla del artículo 1° del mismo; y, lo principal, no contiene ninguna normativa de protección referida a los derechos fundamentales del artículo 485 (ni alguna figura equivalente a la garantía de indemnidad). Se trata de un vacío legal que, al ser colmado con la regulación del Código, no genera ninguna incompatibilidad, pues los derechos y deberes establecidos en el estatuto tienen un objeto distinto de protección que el de los derechos fundamentales.

Este juego de normas en que se reconoce la competencia del juez laboral al verificarse la falta de una norma legal sobre tutela de derechos fundamentales en el sector público, revisando remisión por remisión a los estatutos especiales invocados, es lo que lleva a numerosos Tribunales Laborales y Cortes de Apelaciones a declararse competentes para conocerlas y fallarlas. Pero, al mismo tiempo, otros Tribunales y Cortes declaraban su incompetencia³⁰. En la primera sentencia de unificación de jurisprudencia, relativo al cese anticipado de una contrata con el fisco de Chile, se declaró que el juez laboral

³⁰ Una pormenorizada recopilación y sistematización de las sentencias que se han dictado sobre el problema de la competencia del juez laboral para conocer acciones de tutela impetradas por funcionarios públicos se encuentra en VARAS MARCHANT (2013), pp. 43 y ss.

adolecía de incompetencia absoluta dado que el artículo 1º del Código del Trabajo se aplica en forma supletoria a los funcionarios públicos, en lo no regulado por su Estatuto especial y en lo que no sea incompatible con la normativa especial. Sostiene la Corte Suprema: “Que de esas mismas disposiciones y de las restantes normas de la Ley N° 18.834, aparece que el Estatuto Administrativo establece su propia regulación en torno a las calidades funcionarias que pueden formar parte de una dotación institucional y en cuanto a las causales de expiración en los cargos de contratados y sus disposiciones rigen con preferencia a quienes integran una dotación como la de que se trata, excluyendo el imperio del derecho laboral común en esos asuntos, al tenor de lo preceptuado tanto en los artículos 1º y 11 del mismo Estatuto Administrativo como en los incisos 2º y 3º del artículo 1º del Código del Trabajo, sin perjuicio de considerarse además el artículo 13 del Código Civil”³¹.

En otras palabras, dice que respecto de las formas de extinción tiene su propia normativa. El asunto es que la tutela no controla la legalidad de un despido, así que se trata de una respuesta no atinente a la pregunta: ¿existe una normativa en el Estatuto especial que contemple la defensa de derechos fundamentales? Más aún, ¿existe alguna acción que proteja los derechos fundamentales de quienes se desempeñan en el sector público con el mismo nivel de garantía que tienen los trabajadores del sector privado? Y la respuesta es no. El segundo argumento, la Corte Suprema lo pinta en un brochazo: el artículo 485 del Código del Trabajo se refiere a “trabajadores”, es decir, quienes tienen una relación del tipo regulado por el Código del Trabajo en sus artículos 7º y 8º, y no a “funcionarios públicos a contrata”. Qué diferencia relevante ve en esos términos la Corte Suprema no lo explicita, por lo que no le atribuiré argumentos.

IV. EL FALLO DIVIDIDO DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO PÚBLICO.

EL CASO DEL ORGANISMO QUE QUIERE RESPONDER ANTE SÍ MISMO

La sentencia de tutela de derechos fundamentales con relación vigente, de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que se condena al Ministerio Público por vulneración del derecho a la integridad psíquica de una de sus trabajadoras, posee una serie de aspectos destacables, tanto por aquello que resuelve como por aquello que devela³². Por lo mismo dividiré la explicación del caso en modo de destacar la forma en que se dio tratamiento al acoso

³¹ Considerando quinto de la sentencia de unificación de fecha 25 de septiembre de 2011, Rol N° 1972/2011, dictada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señor Roberto Jacob Ch., señora María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes señores Luis Bates H. y Jorge Lagos G.

³² Gran parte de las notas a esta sentencia corresponden al comentario (2013): “Ministerio Público y tutela de derechos fundamentales. La laboralización del sector público en clave de precarización y el inesperado reequilibrio de poder vía ejercicio de derechos fundamentales” que hice para la *Revista Laboral y de la Seguridad Social*, N° 1, pp. 439-441. Pero a la fecha de esos apuntes todavía no se conocía la suerte que correría la sentencia al resolverse la nulidad interpuesta y la posterior unificación de jurisprudencia a que daría lugar, que se analizan al final de este artículo.

laboral a la funcionaria; al problema de la laboralización de la función pública en clave “precarizante” y, finalmente, algunas observaciones sobre cómo la acción de Tutela de Derechos Fundamentales permite un control al poder como consecuencia.

1. Sobre la acertada canalización por medio de esta acción de una serie de conductas permanentes de hostigamiento, que tuvieron como resultado la lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su integridad psíquica

Se acreditó que la denunciante profesional de la División de Estudios de Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público fue objeto de las siguientes acciones u omisiones, por parte de su empleador: no entrega de funciones luego de su reincorporación tras una licencia médica³³; no entrega de información respecto de su futuro laboral³⁴; no remisión de correos relacionados a las materias de su competencia, de acuerdo al contrato de trabajo³⁵; reasignación a un área que hasta el día de la sentencia, no existe³⁶; entrega de trabajo inútil como revisar documentos ya visados³⁷; solicitud de trabajos para los cuales no tenía competencia³⁸.

Como se puede apreciar, la magistrada Karina Mendieta tuvo ante sí un conjunto de hechos que más allá de la definición al uso de acoso laboral³⁹, son funcionales al hostigamiento dentro de un contexto laboral, con la suficiente entidad como para vulnerar derechos fundamentales, y que se manifiestan en idénticas conductas se trate del sector público o privado. Ante tales escenarios se ha explicado que “Parecería útil (...), ante diversas definiciones de perfiles no siempre coincidentes y con deslindes algo difusos, utilizar la distinción entre el concepto y las concepciones del acoso laboral. De este modo, sobre la idea común que se maneja en el Derecho del Trabajo comparado —el concepto—, es posible encontrar, como veremos, diversas concepciones acerca del mismo. En ese sentido, más allá de entender una definición en particular como correcta, atendida la dificultad de aprehender conceptualmente un fenómeno tan poliforme como el acoso laboral, parece razonable exponer los elementos centrales

³³ Considerando décimo sexto de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

³⁴ Considerando vigésimo segundo de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

³⁵ Considerando décimo sexto de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

³⁶ Considerando décimo séptimo de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

³⁷ Considerando décimo noveno de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

³⁸ Considerando vigésimo tercero de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

³⁹ Para un completo catálogo comparado de definiciones ver GAMONAL y UGARTE (2012), pp. 34 y ss.

que en los distintos sistemas jurídicos se ha tenido a la vista al momento de tener que aplicar dicha noción⁴⁰. Diversidad de manifestaciones que permiten concluir que el centro de interés del problema se encuentra en el resultado lesivo, el que fue calificado por la sentenciadora, no por el daño psicológico concreto⁴¹ sino por “la afectación de uno o varios derechos fundamentales de la víctima”⁴², en este caso, la integridad psíquica.

Al analizar la razonabilidad de las medidas adoptadas por la demandada, que se fundaban en una reestructuración de la División de Estudio, la jueza estimó que dicho cambio se había iniciado dos meses antes de la reincorporación de la trabajadora, debido a lo cual su jefatura había tenido tiempo para decidir dónde reubicarla y, por tanto, no consideró proporcionada y razonable la explicación⁴³.

Pero existe otro elemento muy bien delineado en la sentencia, que tiene que ver con la degradación profesional que se produjo a la denunciante, y que ella pudo defender eficazmente por medio de su acción de tutela. La magistrada Mendieta apreció un puñado de estos hechos que describían el paso de una carrera profesional valiosa y además valorada, a una privación del puesto sin causa razonable o proporcionada. Lo hizo a partir de las mismas bases del concurso público que debió superar y de sus evaluaciones siempre con nota máxima, pudiendo concluir que se estaba ante una profesional de vasta experiencia en gestión y liderazgo⁴⁴.

En seguida, analiza la cláusula contractual que sujetaba la obligación prestacional de esta trabajadora a aquello que le fuera encomendado por “el Fiscal Nacional o Director Ejecutivo Nacional o el Gerente de la División o el Director de unidad a la que sea asignada”. Como la magistrada ya había calificado de laboral la relación⁴⁵, conectó este contenido contractual con el deber del artículo 7º del Código del Trabajo, que recae sobre el empleador, de entregar el trabajo convenido y, luego, con los límites del artículo 12, del mismo cuerpo legal, al ejercicio del poder de variación de la prestación, normas que habían sido transgredidas con las conductas recién descritas⁴⁶. Y es que aquí no estábamos ante un funcionario o una contrata, simplemente, estábamos ante

⁴⁰ GAMONAL y UGARTE (2012), p. 36.

⁴¹ En este juicio se aportó como indicio una licencia psiquiátrica por trastorno adaptativo por estrés generado en el ámbito laboral (considerando décimo sexto), pero el análisis jurídico se centró en “dos capítulos”: el conjunto de acciones u omisiones de hostigamiento y la degradación profesional que condujeron al resultado lesivo de daño a la integridad psíquica.

⁴² GAMONAL y UGARTE (2012), p. 41.

⁴³ Considerando vigésimo segundo de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁴⁴ Considerando vigésimo segundo de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁴⁵ Al declarar su competencia, materia que será expuesta a continuación.

⁴⁶ Considerando vigésimo tercero de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

un contrato de trabajo regulado por un conjunto de normas diseminadas en diversos cuerpos normativos.

Establecido lo anterior, la magistrada concluyó que se había producido menoscabo en la trabajadora en el ejercicio de los poderes propios del empleador, configurado por el hostigamiento ya descrito, su reemplazo en funciones además por un funcionario de menor grado y que nunca había tenido un grupo a cargo, todo lo cual deriva en un “retroceso profesional” para la actora⁴⁷.

*2. Funciones claves del servicio que admiten contratos laborales y menos.
¿Dónde queda la diferencia esencial?*

Sin embargo, y como suele suceder en causas que involucran al poder público, la sentencia contiene, analiza y logra categorizar una información que primero confunde –y sorprende– al lector. Por lo menos a uno que se haya quedado con la idea de que la persecución penal es una función paradigmáticamente pública⁴⁸: es el Estado el exclusivo encargado de perseguir y sancionar aquellas conductas que hayan quebrantado, con una intensidad que le resulte insoportable, a los que considera sus bienes jurídicos más relevantes. Es una función que incluso en países que han vivido traspasos de competencias significativas, como en el caso de la Unión Europea, siguen siendo estatales.

Es, asimismo, tan delicada, que podría hacer valedero todo lo que se quiera sostener de la función pública, en torno a la imperiosa necesidad de darle un estatuto altamente protegido a sus funcionarios, de brindarles inamovilidad, por considerarse importante blindarlos a posibles influencias externas en general, y muy principalmente, que no resulten permeables a los gobiernos de turno⁴⁹.

Es así como la inamovilidad se justificaba tradicionalmente, como un resguardo ante todas estas presiones exteriores y conflictos de intereses y, a su vez, como compensación al régimen de incompatibilidades que afectaba a los funcionarios, siempre en una lógica

⁴⁷ Considerando vigésimo tercero de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁴⁸ El inciso 1° del artículo 83 de la Constitución Política le entrega la competencia exclusiva en esta materia: “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”, la misma exclusividad de la función se consagra en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 19.640 de 1999.

⁴⁹ La tentación de ejercer esas presiones es alta porque la persecución penal es una función clave, no por nada Fujimori en Perú –para poner un ejemplo extremo pero expresivo– dedicó sus primeros decretos a modificar la organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, para, entre otras cosas, quitarles la inamovilidad, sobre el punto se puede revisar el decreto ley N° 25.735 “Declaran en proceso de reestructuración orgánica y reestructuración administrativa al Ministerio Público” de 1992.

de “sustraerlos del mundo exterior”⁵⁰, perspectiva que seguramente requeriría más de una actualización⁵¹.

Dicho esto, veamos qué es lo que la jueza debió desentrañar para dilucidar su competencia que, dadas las características del caso, resultó una tarea ardua: se le presenta un documento llamado contrato de trabajo, suscrito por esta ingeniera comercial, para prestar servicios en la División de Estudios de Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. El que venía acompañado de afirmaciones en torno a que su ingreso se produjo mediante “concurso público” y la cita a un artículo que cuando menos manifiesta que se está ante un híbrido: el artículo 19 del Reglamento de Personal para los Funcionarios del Ministerio Público, al señalar que “La calidad de funcionario se adquiere mediante la celebración de un contrato de trabajo, y desde la fecha que en el mismo contrato se indique, por el cual ambas partes se obligan recíprocamente, debiendo en su virtud el funcionario prestar, bajo vínculo de dependencia y subordinación, los servicios personales para los que ha sido contratado y la Institución pagar por tales servicios una remuneración determinada”.

La magistrada fundó su competencia en una serie de argumentos, que incluían la carencia de una acción como la de tutela, en todas las leyes y normas de remisión que invocó la demandada. Pero, ante todo, por considerar que estaba ante un contrato de trabajo en virtud del cual la demandante estaba sujeta a un vínculo de subordinación y dependencia, por lo tanto, su competencia emanaba del artículo 420 literal a), del Código del Trabajo.

Planteado así, se observa que el debate sobre la aplicación de la acción de Tutela de derechos fundamentales a los funcionarios no era el que necesariamente incidía en este caso⁵². La demandante es una trabajadora y, por ende, rige el Derecho del Trabajo,

⁵⁰ “Cuatro grupos de razones se han esgrimido como posibles explicaciones para la implantación de un régimen de incompatibilidades: razones históricas, éticas, políticas y económico-laborales. Desde una perspectiva histórica, la consecución, frente al previo *spoils system*, de la estabilidad en el empleo en el seno de la Administración legitimaba al Estado para la imposición de deberes específicos, entre los que figura la dedicación exclusiva a la función pública. De este modo, a través del principio de incompatibilidad se buscaría garantizar la independencia de la Administración respecto de los titulares del poder político. Las explicaciones éticas, que han gozado de gran predicamento, tradicionalmente, en el debate sobre la cuestión, parten del diseño de la función pública como actividad que afecta a la conducta pública y privada del funcionario, incapacitándolo moralmente para el desempeño de otras actividades, en especial aquellas que incidan sobre su independencia y neutralidad. Por lo que se refiere a las razones políticas, cabe indicar que se basan en el principio de separación de poderes: aplicado a las autoridades y funcionarios, implica la imposibilidad, para éstos, de acumular funciones representativas y otras profesiones dentro de la Administración, ni cargos públicos y privados. Las explicaciones económico-laborales, en cuarto término, son las de más tardía formulación y obedecen al creciente papel asumido por las Administraciones Públicas como empleadoras. Desde esta perspectiva, la implantación de un sistema de incompatibilidades obedecería a unos objetivos de política de empleo, de reparto de trabajo, en concreto”, SASTRE (1996), pp. 203 y 204.

⁵¹ Sobre este aspecto y en general para un estudio acabado de la laboralización de la función pública me remito a la tesis para obtener el grado de magíster por la Universidad de Talca-Universidad de Valencia, de VARAS MARCHANT, (2012), pp. 13-14.

⁵² Pero sí hace nuevamente palpable que considerar que la acción de tutela pertenece a un solo grupo de trabajadores: los del sector privado, o incluso a éstos y a los “trabajadores con carácter de servidores públicos” (siguiendo la

aplicado como un sistema racional, y no una mera sumatoria y selección de normas de diversas leyes. Es decir, sobre este razonamiento la sentenciadora podría haber logrado eludir la negativa emanante de la Corte Suprema, y manifestada en sus fallos de unificación de jurisprudencia, de reconocer la competencia del juez laboral para estos casos (pero ya anunciamos que no lo logró). Por la razón ya dicha: junto con tratarse de una relación laboral vigente, estábamos ante un caso nuevo del que no existía un pronunciamiento anterior contradictorio. Así, podría haberse declarado inadmisibles la unificación de jurisprudencia, ya que los fallos de la Corte Suprema en la materia, que habían rechazado la aplicación de la acción de tutela en el sector público, versaron sobre funcionarios a los que se les extinguió una contrata⁵³ o de funcionarios con relaciones laborales vigentes⁵⁴. Pero en la unificación que decidió este caso ese elemento ni siquiera se planteó, lo que, paradojas del destino, abrió la posibilidad a un contundente voto disidente⁵⁵.

Volviendo sobre la crítica acerca de en qué condiciones se ejerce una función pública de estas características, de semejante trascendencia y nivel de complejidad, alguien podría contraargumentar que los Fiscales –que son en resumidas cuentas quienes llevan a cabo la persecución penal–, sí son funcionarios públicos.

Efectivamente lo son, porque entran por concurso público, la misma ley señala que “cesan” en el cargo (por cumplir 75 años)⁵⁶ y no tiene un régimen comparable al de despido privado. En cambio, sí lo tiene el personal con contrato de trabajo: por ejemplo, el artículo 81, literal k), que abre un título llamado “De la terminación del contrato de trabajo”, en el que se establece una causa objetiva, similar a las necesidades de la empresa y propia del mundo privado: “Necesidad de la Fiscalía Nacional, o Regional en su caso, que determinará el Fiscal Nacional una vez al año, previo informe del Consejo General, tales como las derivadas de la dotación anual que se fije para el personal, de la racionalización o modernización y del cambio de naturaleza de las funciones que haga necesaria la separación de uno o más funcionarios”.

calificación dada por la Contraloría General de la República), pero no a quienes trabajan junto a estos últimos que son los funcionarios públicos, genera un enorme problema de derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, sin perjuicio de las perturbaciones que ello implica dentro de un mismo ambiente laboral.

⁵³ Ver sentencia de unificación de jurisprudencia de la Corte Suprema, la ya citada RIC 1972/2011 de fecha 25 de septiembre de 2011.

⁵⁴ Ver sentencia de unificación de jurisprudencia de la Corte Suprema, la sentencia de unificación RIC 9381/2012 de fecha 6 de mayo de 2013.

⁵⁵ En rigor, de un nuevo voto disidente, porque el primero fue el del Ministro Lamberto Cisternas en la sentencia de unificación Rol N° 9381/2012, fecha 6 de mayo de 2013, cuyos argumentos pueden ser profundizados en VARAS (2013), pp. 53-55.

⁵⁶ Los Fiscales Regionales por expiración del plazo legal por el que fueron designados –10 años–, por cumplir 75 años, (artículo 30, Ley N° 19.640); los Fiscales Adjuntos tienen algunas hipótesis adicionales como salud incompatible con el cargo o enfermedad irrecurable, de acuerdo a lo establecido en el reglamento, evaluación deficiente de su desempeño funcionario, de conformidad al reglamento, incapacidad o incompatibilidad sobreviniente, cuando corresponda (artículo 43, Ley N° 19.640).

A propósito de la terminación del contrato y sobre este uso –y abuso– de causales traídas del trabajo privado, tenemos que fue nuevamente una acción de tutela, basada en el principio protector que rige la interpretación, la que cuestionó el que la causal “salud incompatible” quedase entregada a la interpretación libre del Fiscal Nacional. “En un interesante caso referido al Ministerio Público, es necesario pronunciarse sobre cómo debe interpretarse una norma de la Ley N° 19.640 –artículo 81– que establece la causal de término del contrato de trabajo de los funcionarios de dicho Ministerio a la ‘salud incompatible’ con el cargo ‘de acuerdo con lo establecido en el reglamento’. Dicho reglamento fue emitido por el Fiscal Nacional señalando en su artículo 93 que se entendería por salud incompatible “el uso de licencias médicas por más de seis meses, en los dos últimos años”. La Jueza del Trabajo señala que el precepto legal en cuestión debe interpretarse no como que se autorizará la creación administrativa de una causal de término del contrato de trabajo –como lo ha entendido, precisamente, el Fiscal Nacional al confundir salud incompatible con uso de licencias médicas–, sino nada más como la facultad de ‘establecer los procedimientos necesarios para estimar cuando dicha causal se configura’. Y ello fundado en un argumento interpretativo central: entender de otro modo el citado precepto –como lo ha hecho el Fiscal Nacional– ‘atenta contra el principio protector del Derecho del Trabajo y, concretamente, contra la estabilidad en el empleo’ (RIT 18-2012 Juzgado del Trabajo de La Serena)”⁵⁷.

En fin, para cerrar estas ideas respecto de que funciones públicas de las que razonablemente se pudiera esperar que se ejercieran por trabajadores protegidos y reforzados en sus puestos –en atención a las funciones cruciales que desempeñan– y de expectativas que se ven frustradas por datos de la realidad, me basta agregar que en la Fiscalía Nacional se desempeñan, labores/funciones tales como “Unidad especializada Anticorrupción” o “Unidad Especializada Cooperación Internacional” (es decir, que atiende materias relacionadas a criminalidad transnacional), por medio de contrataciones a honorarios⁵⁸.

3. La tutela de derechos fundamentales como forma de control al poder

Es aquí donde se vuelve decisiva la información adicional de la sentencia RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. En la denuncia se consigna, como causa primera del acoso laboral, el que la trabajadora se regó a modificar pautas de evaluación para mostrar metas cumplidas artificialmente, para determinadas Fiscalías Regionales, lo que originó las animadversiones en su contra. La generación de esa información era la tarea principal de la trabajadora y su puesto debía relacionarse con otros poderes del Estado, tales como la Dirección de Presupuestos y el Congreso Nacional, para suministrarles dicha información. Estos hechos, que no

⁵⁷ UGARTE (2013), p. 31. En este caso, la sentenciadora rechazó la tutela y declaró injustificado el despido.

⁵⁸ De acuerdo a información que me fue entregada por Ley de Transparencia con fecha 20 de febrero de 2013.

fueron necesarios para condenar, sí dan cuenta, más allá de su veracidad o no, que la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales al interior de la Administración Pública gatilla un cambio de paradigma en las relaciones de servicio que en ellas se despliegan, porque entregan una protección adicional al trabajador de signo claramente antiautoritario.

La Administración fue puesta en posición de deber darle explicaciones al juez respecto de sus decisiones recaídas en las relaciones con sus trabajadores⁵⁹. En ello me detengo un momento: la garantía de acceso al juez para la revisión de las decisiones administrativas es básica para la democracia⁶⁰. Más en estos casos en que se actúa con total asimetría de poder, pues el Estado establece el marco legislativo: el Estatuto aplicable y las condiciones de acceso a la justicia, al mismo tiempo que concurre en su calidad de jerarca de la Administración respecto de sus trabajadores. Y la Administración en su faz de empleadora, por supuesto que no tiene deberes menores⁶¹ –por el contrario, se estima que son mayores⁶²–, que las que se le exigen a un privado.

En España ha sido ese el criterio del Tribunal Constitucional, STC 161/91, de 18 de julio, STC 128/87, de 16 de septiembre de 1987, y STC 166/88, de 26 de septiembre de 1988, que puede sintetizarse: “No obstante, el TC ha señalado que cuando es la Administración Pública quien actúa como empleador, el principio de igualdad juega en toda su extensión en el ámbito de la relación laboral y ello sobre la base de que la Administración ‘en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE) con una interdicción expresa de arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Así pues, como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley (...)’”. La trascendencia de esta resolución ha sido puesta de manifiesto por la doctrina en la medida en que ‘somete los actos del mayor empresario de nuestro país a un control de racionalidad y no arbitrariedad del que se encuentran libres los empresarios privados’⁶³.

⁵⁹ Es una característica bastante propia de los juicios contra la Administración, como sucedió en el ya citado caso contra el Consejo de la Cultura, en que resultó condenado por discriminación, de fecha 12 de enero de 2012, RIT T-17-2011, del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

⁶⁰ Es un estándar mínimo fijado por la Comisión de Derechos Humanos (2007), en su Informe temático *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, punto N° 16.

Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesci07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>.

⁶¹ Ese es el criterio emitido por la Corte Interamericana con fecha 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos de México, párrafos 138 y ss. Y es el que puede esperarse aplique conociendo de algún contencioso. Y hasta ahora los casos vinculados a trabajo que han sido resueltos por la Corte Interamericana han involucrado al Estado como empleador. Así: Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá (2001); Caso trabajadores cesados del Congreso versus Perú (2005); Caso Cinco pensionistas versus Perú (2003); Caso Acevedo Buendía (cesantes y jubilados de la Contraloría) versus Perú (2009).

⁶² DE LA PUEBLA (1994), pp. 236-266.

⁶³ DE LA PUEBLA (1994), pp. 236-266.

En Chile, un interesante voto de minoría del magistrado Raúl Mera Muñoz, que vale la pena revisar completo pero que aquí sólo extracto, conociendo de una contratación a honorarios por parte de la Administración, sostuvo “Que, el Estado es el primer obligado al cumplimiento de las leyes y de la Constitución Política de la República. Esta, en su artículo 19 N° 2 garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley y, en el N° 3, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. (...). Si el Estado no tiene otra forma de proceder por sus propias dificultades administrativas internas y debe recurrir a suponer como tales arrendamientos a verdaderos vínculos laborales, el por qué no formalice el contrato como es debido, las dificultades que tenga para ampliar sus plantas o para suscribir de manera abierta contratos regidos por el Código del ramo no sólo no interesan, sino que por motivo alguno deben interesar a los jueces, cuya misión no es solucionar los problemas de la Administración, sino garantizar a todos, estado y ciudadanos, el pleno respeto de sus derechos”⁶⁴.

Otra cuestión relevante que puso a la luz este caso fue que los servidores del Ministerio Público no pueden acceder a la Contraloría General de la República. En este punto la jueza también destacó lo inadmisibile de que se considere que los servidores del Ministerio Público encuentran suficiente resguardo para sus problemas derivados de la relación de trabajo actuando ante el propio jerarca de la entidad, aceptando que a falta de ente administrativo y Tribunal especializado, el artículo 28 del Reglamento de Funcionarios prevé para ellos la posibilidad de recurrir ante el Director Ejecutivo Nacional. Insuficiente tanto por el supuesto que habilita el reclamo: “errónea o indebida aplicación de las normas de personal”, como por la figura que deberá solventar el reclamo, sin que además se contemple cómo proceder en caso que el denunciado sea el propio Director Ejecutivo Nacional⁶⁵.

Es que de ser así y todo sumado, tendríamos el siguiente panorama: algunos trabajadores con acción de tutela ante un juez especializado, otros con Contraloría General de la República y otros sin Contraloría pero con su propio jefe para denunciar, y distintas combinaciones de Tribunales como Cortes de Apelaciones para conocer y tutelar forma preferente y sumaria vía acción de protección y juzgados civiles para reparaciones económicas. Parece una regulación demasiado dispareja para estarse refiriendo al ejercicio de derechos constitucionales de personas que tienen en común encontrarse sometidas a una relación de poder.

Recapitulando: la Contraloría General de la República no es un Tribunal, vela primordialmente por el interés de la administración y, en particular, del principio de legalidad, lo que no la hace un equivalente siquiera de la Inspección del Trabajo. Sin embargo, la falta de acceso a una instancia administrativa podría salvarse en la medida que sí se franquease un Tribunal con competencia y especialización en relaciones de

⁶⁴ De fecha 22 de marzo de 2006, RIC 13-2006, de la Corte de Apelaciones de Rancagua.

⁶⁵ Considerando noveno de la sentencia de fecha 26 de enero de 2013, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

trabajo (lo que no sucede con un Tribunal Civil)⁶⁶. Y que en el caso de involucrarse derechos fundamentales esté provisto de un cauce jurídico con todas las garantías adecuadas a la materia, que sin duda incluye preferencia y sumariedad, pero, como ya se ha dicho antes, exige especialmente prueba indiciaria⁶⁷ y formas de reparación⁶⁸ (razones por las que la acción de protección tampoco resulta idónea al problema). Lo que metabolizado significa franquear una acción de tutela de derechos fundamentales al sector público trazada tal y como existe en el Código del Trabajo.

La sentencia de la magistrada Mendieta fue anulada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de julio de 2013, Rol N° 289-2013. En ella se afirma que la sentenciadora laboral incurre en un “grave error” al declararse competente, porque, además de citar el argumento de la jurisprudencia dictada en unificación por el Tribunal Superior (Corte Suprema), enumera los distintos cuerpos normativos y establece que no hay remisión expresa a las normas de tutela laboral del Código del Trabajo. “Que, de la simple lectura del inciso 3° del referido artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se aprecia que el recurrente está acertado cuando expresa en su recurso que, en verdad, tal norma no hace un reenvío legal de carácter general sino que por el contrario hace aplicable a los funcionarios del ente persecutor, sólo ciertas y determinadas materias, contempladas en el Estatuto Administrativo y el Código del Trabajo, estas son: a) normas referentes a jornada de trabajo, (artículos 60 a 66 del estatuto Administrativo); b) normas relativas a remuneraciones y asignaciones, (artículos 88, 89, 90, 91 y 96 del Estatuto Administrativo); normas sobre feriado anual y permisos, (artículos 97, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 106 y 107 del estatuto citado) y artículo 109 y 113 del estatuto analizado referente a prestaciones sociales; artículos 7°, 8°, 9°, 10, 11 y 12 del Código del Trabajo que se refieren al contrato individual de trabajo; artículo 22, 27 y 28 del mismo Código en materia sobre jornada de trabajo y, finalmente, las normas sobre protección a la maternidad. De esta manera se concluye que el procedimiento de tutela laboral previsto por el artículo 485 del Código del Trabajo, no se encuentra entre las materias aplicables a los funcionarios del Ministerio Público y por ende no rige directa ni supletoriamente a esos funcionarios”⁶⁹.

⁶⁶ Todo lo cual fue fundamentado al fallar la excepción de incompetencia: “El considerar que el Tribunal es incompetente y por lo tanto, los trabajadores deberían acudir a los Tribunales Civiles, a través de una acción contencioso administrativa, como lo postula la demandada en su contestación de la demanda, significaría atentar contra el principio de la especialidad laboral y la protección efectiva de los trabajadores” (considerando noveno).

⁶⁷ Artículo 493 del Código del Trabajo.

⁶⁸ Artículo 495 N° 3, del Código del Trabajo. La sentencia decreta la restitución de sus funciones a la denunciante y “ordena a la denunciada instruir al personal del Departamento al que pertenece la demandante, sobre el respeto hacia los derechos fundamentales, y sobre la forma de relacionarse en el trabajo, capacitación de un mínimo de 10 horas. Bajo apercibimiento de lo señalado en el artículo 492 del Código del Trabajo” (punto resolutivo número dos, RIT T-547-2012, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago).

⁶⁹ Considerando tercero, fecha 23 de julio de 2013, Rol N° 289-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada por los Ministros señor Patricio Villarroel Valdivia e integrada por la Ministra señora Jessica González Troncoso y por el Abogado Integrante señor Angel Cruchaga Gandarillas.

El caso fue llevado por la denunciante ante la Corte Suprema y ésta se pronunció al respecto: declaró que el juez laboral es incompetente. Al mismo argumento de remisión de normas (de las estatutarias al Código del Trabajo en que ésta operaría sólo respecto de determinados artículos), nos aporta un argumento nuevo y original. El artículo 485 del Código del Trabajo señala que la acción de protección y la Tutela de Derechos Fundamentales son incompatibles, debiendo el trabajador optar entre una u otra. Si esto es así, en el silogismo de la Corte Suprema, debemos entender que ambas vías procesales “representan el mismo margen y protección”⁷⁰, luego: los funcionarios públicos no se ven afectados en sus derechos a iguales garantías de protección porque, sin importar el diseño legal de la acción (esto sería hilar innecesariamente fino), el legislador laboral no habría establecido en alternativa las dos vías si no fueran plenamente equivalentes, es decir, el legislador laboral habría consagrado una duplicidad, porque –para este razonamiento– de que sean opciones excluyentes se sigue necesariamente que son cauces procesales iguales y que dan igual⁷¹.

Dejando las cavilaciones atrás, pasemos a un hecho importante: a los tres votos que dieron lugar a la decisión de mayoría, se sumó un voto de minoría de los Ministros Gloria Ana Chevesich y Ricardo Blanco.

4. El voto disidente.

De las ideas mayores a lo concreto: todo apunta a la competencia

Los supremos disidentes dicen: el trabajo no es mera sobrevivencia, que se satisface con las categorías “salario por trabajo”. “Es un genuino motor de transformación del hombre, indispensable para su realización plena como individuo, fundamental en la creación de valores y factor relevante en la condición social y económica”⁷². Por ello, se crea “un sistema para proteger derechos no patrimoniales vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, el carácter de sujeto de derechos que posee el trabajador, puesto que (...) esta vía procesal se instituye como el arbitrio eficaz para hacer respetar los derechos de carácter no específicamente laboral que resultan conculcados en la relación de trabajo”⁷³.

⁷⁰ Considerando décimo primero, sentencia de unificación de jurisprudencia Rol N° 5.967-2013, de fecha 5 de marzo 2014, correspondiente al voto de los Ministros señoras Rosa Egnem, Virginia Halpern y señor Alfredo Pfeiffer.

⁷¹ Quizá, porque la acción de protección en lo que a trabajo concierne había tenido el siguiente desempeño (cuestión que se había denunciado reiteradamente por el laboralismo a mediados de la década pasada): había servido para acoger principalmente peticiones basadas en la propiedad (70,27%), en el derecho al juez natural (20,27%) que, por lo demás, constituía la argumentación usual para enervar la actuación fiscalizadora y sancionadora de la Inspección del Trabajo y la libertad económica (14,86%). UGARTE (2006), p. 8.

⁷² Considerando primero, del voto de minoría sentencia de unificación de jurisprudencia 5967-2013, de fecha 5 de marzo de 2014.

⁷³ Considerando octavo, del voto de minoría sentencia de unificación de jurisprudencia 5967-2013, de fecha 5 de marzo de 2014.

Ese cauce procesal eficaz, en el razonamiento de los disidentes, se hace cargo de corregir uno de los elementos característicos presentes en las relaciones de trabajo: la asimetría de poder⁷⁴.

Sobre la presencia de estos elementos: trabajo, vigencia de los derechos fundamentales para sector público y asimetría de poder entre funcionario y administración, los magistrados Blanco y Chevesich apuntan que en este caso concurren todos. “Que el Ministerio Público en sus relaciones laborales no es un ente completamente distinto de las demás organizaciones que actúan en la sociedad, y por lo tanto no queda al margen de la problemática que enfrentan otras instituciones similares en la cual laboran muchas personas, y los trabajadores que allí se desempeñan, en algunas ocasiones, pueden ser objeto de vulneración de sus derechos fundamentales, entonces cobra relevancia el hecho que el dependiente pueda recurrir en amparo de su estado de quebranto a un Juez imparcial, situación que debe abordarse desde una doble perspectiva, una de carácter subjetiva, que garantice que el Juez no ha mantenido relaciones con las partes al grado que comprometan su neutralidad, y una de índole objetiva, referida a la sustancia del proceso, por la que se asegura a los justiciables que el Juez se aboca al asunto materia de la decisión judicial, sin haber adoptado previamente una determinada postura jurídica en relación con él y aunque tal convicción liminar no merece en sí misma reproche alguno, ni obliga al Juez abandonar el pleito o modificar sus legítimas convicciones, tampoco se puede imponer a la parte afectada la carga de esperar con resignación un fallo adverso a sus pretensiones. Además tiene la potestad el trabajador afectado, a que la vulneración de derechos que soporta sea conocida por un Juzgado especializado en la materia, que el Juez no forme parte de la misma administración en que labora, para evitar su contaminación procesal, y que en definitiva se le dé plena garantía de un debido proceso, racional y justo”⁷⁵.

Finalmente cuestionan: ¿se oponen las normas de competencia? No, el artículo 1º del Código del Trabajo establece su aplicación supletoria a los funcionarios públicos en la medida que no haya regulación específica y que la supletoria no implique una incompatibilidad con la especial, y además, ante algún ulterior titubeo, recuérdese que en Derecho del Trabajo el principio es *in dubio pro operario* y en derechos fundamentales la duda se resuelve en favor del débil. “El ejercicio intelectual en esta materia debe ser extensivo a la cabal protección de los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, y de este modo se consigue una protección integral de los laborantes, en consonancia con una tutela judicial efectiva”⁷⁶.

⁷⁴ “Que de lo anotado y relacionado, se colige que la acción de tutela laboral se ha instaurado como una herramienta sólida para amparar adecuadamente al trabajador del mal uso de las potestades del empleador. Este mecanismo de resguardo jurisdiccional, está cimentado en la imperiosa necesidad de proporcionar a los derechos esenciales inespecíficos del trabajador una eficacia horizontal inmediata al interior de la empresa, y con este procedimiento especial, el trabajador posee un instrumento idóneo para instar a que se respeten sus derechos fundamentales en el particular campo laboral, en que por lo general, las fuerzas que coexisten, desde el punto de vista del poder, son asimétricas”, considerando séptimo, del voto de minoría sentencia de unificación de jurisprudencia 5.967-2013, de fecha 5 de marzo de 2014.

⁷⁵ Considerando décimo y décimo segundo, del voto de minoría sentencia de unificación de jurisprudencia 5.967-2013, de fecha 5 de marzo de 2014.

⁷⁶ Considerando décimo primero, del voto de minoría sentencia de unificación de jurisprudencia 5.967-2013, de fecha 5 de marzo de 2014.

Y, con todo el respeto hacia el Fiscal Nacional y su habilidad para atender los problemas de sus funcionarios, los magistrados recuerdan que la garantía es ante todo a un Juez, y junto a ello a otras garantías que en este texto ya se han abordado. La potestad del trabajador entonces es “a que la vulneración de derechos que soporta sea conocida por un Juzgado especializado en la materia, que el Juez no forme parte de la administración en que labora, para evitar su contaminación procesal, que en definitiva se le dé plena garantía a un debido proceso, racional y justo”⁷⁷.

IV. IDEAS CONCLUSIVAS

Unas última notas sobre laboralización y función pública. Es curioso que no se tenga tanto prurito de aplicar normas laborales cuando se trata de traer figuras del Derecho individual del Trabajo precarias —en particular sobre contratación y extinción— si es que no valerse del arrendamiento de servicios⁷⁸. Como si trabajar con pocas garantías colaborase en el ejercicio de la función pública. En ese punto, sería un fructífero debate revisar el derecho a la igualdad ante la ley y las justificaciones del establecimiento de tratos diferenciados entre los trabajadores. Seguido de diseñar un debido equilibrio entre funciones, responsabilidades y garantías. Porque el caso promovido en contra del Ministerio Público surge por supuestas presiones dirigidas a alterar información relevante sobre el funcionamiento de la Institución, denuncia que abrió una investigación al interior de la misma⁷⁹. La defensa que ella realiza de su actuar funcionario es lógica. Más allá de lo que atañía a la valía que ella le dé al buen desempeño de su actividad, existen responsabilidades, incluso penales, en juego: el Código del ramo, en el artículo 260, para efectos de este tipo de responsabilidad define al funcionario público precisamente en base al ejercicio de funciones públicas.

A la inversa, la Administración se vuelve resistente cuando se trata de traer las instituciones del Derecho colectivo⁸⁰, que son las que fortalecen a la posición trabajadora⁸¹.

⁷⁷ Considerando décimo segundo, del voto de minoría sentencia de unificación de jurisprudencia 5.967-2013, de fecha 5 de marzo de 2014.

⁷⁸ Habilitados por la Ley N° 19.640: “Artículo 85.- El Fiscal Nacional y los fiscales regionales podrán determinar la contratación de servicios externos para el desempeño de funciones que no sean de las señaladas por la Constitución Política de la República. De igual forma, podrán contratar, sobre la base de honorarios, a profesionales y técnicos de nivel superior o expertos en determinadas materias”.

⁷⁹ A cargo del Fiscal Regional Pablo Gómez, la noticia se dio a conocer junto con la sentencia aquí comentada y que dio como resultado sanciones para cinco personas y cuatros absoluciones.
<http://tv.biobiochile.cl/notas/2013/08/15/reiteran-que-maximas-autoridades-de-fiscalia-centro-norte-ocultaron-adulteracion-de-cifras-de-metas.shtml>.

⁸⁰ Por la negación de un posible conflicto de intereses dentro de la Administración, propio de un modelo de acentuada autoridad, sobre el punto ver VARAS (2012), pp. 33 y ss. Para un análisis de la paradoja del ejercicio de la libertad sindical en la práctica dentro del sector público, confrontada a su régimen jurídico, VARAS (2012), pp. 97 y ss.

⁸¹ VARAS (2012), pp. 116 y ss. En ella se encuentra un análisis particular del derecho de sindicación y huelga de los funcionarios del Ministerio Público.

Y esta resistencia a los derechos colectivos es explicable también. Ha sido expuesto cómo los efectos de los derechos fundamentales derivados de la libertad sindical no son equivalentes a los derechos fundamentales inespecíficos: es en los derechos propios de la libertad sindical donde se encuentra la redistribución de la riqueza y del poder dentro de la relación laboral, lo que los dota de mayor ofensividad político-económica⁸². Sin embargo, los derechos fundamentales inespecíficos, ejercido ante la administración, adquieren un matiz particular: colateralmente han implicado un control al ejercicio del poder público, de interés general. Gracias a la declaración de competencia del Tribunal Laboral la trabajadora del Ministerio Público pudo plantear y defender su caso, manteniendo su puesto. En fin: provista de garantías. Y cuyo último eslabón en su paso por la sede judicial –la unificación de jurisprudencia–, ya sonaba al preludio del tan esperado cambio de criterio en nuestro máximo Tribunal.

V. CODA

(A MODO DE MOVIMIENTO QUE LLEVA AL FINAL)

El 30 de abril de 2014 la Corte Suprema –sentencia Rol N° 10972-2013, conociendo un recurso de unificación de jurisprudencia relativo al término anticipado de una contrata, que el juez Álvaro Flores⁸³ había calificado de discriminatoria por razón de sindicalización, cambió su criterio. La sentencia que tuvo a la vista para constatar y valorar la existencia de criterios discordantes fue la pronunciada en contra del Consejo Nacional de la Cultura⁸⁴, ya comentada.

El denunciado en este caso, la Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), sostuvo que la contrata constituye un tipo de empleo transitorio “y por lo mismo su estabilidad es precaria, de manera que no puede existir un despido discriminatorio”⁸⁵. Por qué la aguda precariedad de las formas de vinculación en el sector público son incompatibles con la discriminación –o cualquier otra lesión de derechos fundamentales– no resulta entendible. Más bien, la precariedad suele ser un instrumento muy funcional a que un empleador aumente su poder y, si así lo

⁸² UGARTE (2011), pp. 47 y 52.

⁸³ Sentencia RIT T-118-2013, de fecha 24 de junio de 2013. Comprobándose la importancia de que el juez especializado haya sido resistente en la mantención de sus criterios pese a las señales provenientes desde el tribunal Superior.

⁸⁴ Sentencia RIC 267-2009, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

⁸⁵ “Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador –artículo 17 inciso 2º– y ha reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos”, considerando décimo sexto de la Sentencia Rol N° 10.972 de 2013. Norma que fue incorporada por la Ley N° 19.882 de 2003, que establece una “Nueva política de personal a los funcionarios públicos”.

quiere, pueda materializar con agilidad sus actos lesivos de derechos. Como sucede en todo contrato a plazo⁸⁶.

La Corte Suprema valoró la defensa expuesta, que mostraba cómo si bien la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo), en su artículo 17 inciso 2°, establece el derecho a la no discriminación del funcionario –norma incuestionablemente pertinente– sin tutela de derechos fundamentales para actuar, dejaba la garantía en el vacío. Además, reforzó su concepción de que desde el punto de vista de quien desempeña su actividad –sometido a un poder privado o público– lo que existe es trabajo, y, en consecuencia, un trabajador o trabajadora. Esa característica inalterable se refleja hasta en la letra de la ley, es visible en la forma en que se redacta el artículo 1° del Código del Trabajo: “el inciso 2° establece que ‘estas normas no se aplicarán, *sin embargo*, a los funcionarios de la Administración del Estado’, lo que quiere decir que, no obstante ser éstos *trabajadores* quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión *sin embargo*, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso 1° –es una *relación laboral entre empleador y trabajador*– se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comentario”⁸⁷.

Esa fue la decisión de los magistrados señores Ricardo Blanco y Carlos Aránguiz Z., y señoras Gloria Ana Chevesich R. y Andrea Muñoz S. Hubo un voto de disidencia sí, y enteramente explicable: el ex Fiscal Nacional, con quien se funda el entonces recién diseñado Ministerio Público en 1997, señor Guillermo Piedrabuena.

Cambio en las relaciones de trabajo sometidas al poder de una autoridad pública o privada, porque los derechos fundamentales lo limitan con un instrumento procesal eficaz actuando de garantía. Eso es lo que se puede esperar desde que la acción de Tutela entró en vigencia el año 2008 y ha ido instalándose en este tiempo. Y así hasta que un día algo que pareció, para algunos, revulsivo, sea tan propio de la cultura de trabajo en Chile, que sólo sorprenda al narrarse la historia de la dificultad que tuvo para permear el criterio de algunos sentenciadores.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO OLEA, Manuel y ALONSO GARCÍA, Rosa (2010): *Derecho procesal del trabajo*, (Madrid, Civitas).

⁸⁶ Curiosamente, ese es el gran argumento de la Corte de Apelaciones de Santiago al acoger la nulidad de la sentencia del juez laboral en contra de CENABAST: “Que si bien el inciso 3° del artículo 1° consagra la aplicación de las normas del Código del Trabajo a los funcionarios que integran la administración del Estado, la misma es del todo supletoria a los estatutos especiales que los rigen y restringidas a los aspectos o materias que estos no contemplan y siempre que no fueran contrarias a la normativa, situación que no ocurre en la especie por cuanto en autos no se trata de hacer efectivas las normas del cuerpo legal mencionados en aquellos en defecto de las disposiciones estatutarias a la que está sometido, sino de encuadrar la situación del actor a toda la normativa que contiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced de una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo, según se desprende de los resoluciones agregadas a los autos”, considerando sexto de la sentencia de nulidad Rol N° 1.045-2013, de fecha 1 de octubre.

⁸⁷ Considerando décimo catorce de la sentencia de unificación de jurisprudencia, Rol N° 10.972-2013.

- CANALES ALIENDE, José Manuel (1996): *La organización y la función pública*, Comentarios a la Constitución española de 1978 (Edersa, Madrid).
- CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano (2007): *Diritto del Lavoro: 1. Il Diritto Sindacale*, (Turín, Utet).
- CARINCI, Franco (2004): Prefacio a “Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, en: Franco Carinci y Lorenzo Zoppoli (coordinadores), *Diritto del Lavoro*, Tomo V (Turín, Utet).
- DE LA PUEBLA, Ana (1994): “Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario”, *Relaciones Laborales*, Tomo II.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis (2012): *Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo*, Santiago de Chile, XX Congreso Mundial de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- GIUGNI, Gino (2006): *Diritto Sindacale* (Bari, Cacucci Editore).
- MAINARDI, Sandro (2009): “Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici”, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, N° 5.
- MARZI MUÑOZ, Daniela (2013): “Ministerio Público y tutela de derechos fundamentales. La laboralización del sector público en clave de precarización y el inesperado reequilibrio de poder vía ejercicio de derechos fundamentales”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social*, N° 1.
- (2012) “Derechos fundamentales y control del ejercicio del poder en el sector público: la última palabra no está dicha”, Disponible en: <http://www.escuelasindical.org/2012/01/derechos-fundamentales-y-control-del-ejercicio-del-poder-en-el-sector-publico-la-ultima-palabra-no-esta-dicha/>
 - (2011): “Tutela de derechos fundamentales en el sector público y el avance de la realidad”, *Revista Laboral Chilena*, N° 194.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (2004): *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos* (1978), ahora, en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque en su vigésimo quinto aniversario como catedrático* (Editado por Salamanca, Salamanca).
- (1983): *Despidos discriminatorios y Libertad Sindical* (Madrid, Cuadernos Civitas).
- PASCUCCI, Paolo (2004): “Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali”, en: Franco Carinci y Lorenzo Zoppoli (coordinadores), *Diritto del Lavoro*, Tomo V (Turín, Utet).
- SASTRE IBARRECHE, Rafael (1996): *El derecho al trabajo* (Madrid, Trotta).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2013): “La rehabilitación de los principios del Derecho del Trabajo y el concepto de Derecho”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social*, N° 1.
- (2011): *Derechos, Trabajo y Privacidad* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal-Publishing).
 - (2009): “Tutela de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica XXXIII*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a05.pdf>.

- (2006): “Los derechos fundamentales del trabajador: el nuevo procedimiento de tutela laboral”, *Ensayos jurídicos Universidad Alberto Hurtado*, N° 2.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo (1940): *Derecho administrativo* (Santiago de Chile, Nascimento).
- VARAS MARCHANT, Karla (2013): “El Código del Trabajo y la función pública: análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N° 3.
- (2012): *Laboralización de la función pública en Chile*, tesis para obtener el grado de magíster por la Universidad de Talca-Universidad de Valencia.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Busenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2013): Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, de fecha 30 de abril de 2014.
- Busenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de nulidad, de fecha 1 de octubre de 2013.
- Busenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2013): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, de fecha 24 de junio de 2013.
- N.F.S.R. con Central Nacional de Inteligencia* (2014): Tribunal Constitucional Español, amparo, de fecha 24 de febrero de 2013.
- Andrade con Ministerio Público* (2014): Corte Suprema, sentencia de unificación de jurisprudencia, de fecha 5 de marzo de 2014.
- Andrade con Ministerio Público* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de nulidad, de fecha 23 de julio de 2013.
- Andrade con Ministerio Público* (2013): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de Tutela de Derechos Fundamentales, de fecha 26 de enero de 2013.
- Rosas con Servicio de Salud Sur Hospital Sanitario* (2013): Corte Suprema, sentencia de unificación de jurisprudencia, de fecha 6 de mayo de 2013.
- Torrealba con Consejo Nacional de la Cultura* (2012): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sentencia de Tutela de Derechos Fundamentales, de fecha 12 de enero de 2012.
- Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía* (2011): Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, de fecha 13 de octubre de 2011.
- Orellana Bonniard con Dirección General de Gendarmería de Chile* (2011): Corte Suprema, sentencia de protección, de fecha 21 de septiembre de 2011.
- Araya con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota* (2010): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sentencia de Tutela de Derechos Fundamentales, de fecha 26 de mayo de 2010.
- Araya con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota* (2009): Corte de Apelaciones de Valparaíso, resolución de apelación, de fecha 4 de septiembre de 2009.