



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina:

**La indemnización del procedimiento de tutela
laboral por vulneración de derechos fundamentales:
¿procede o no el daño moral?**

Autores:

Paulina Ramírez Aguirre.

Paula Musri Olea.

Profesor Guía:

Hugo Silva Figueroa.

Diciembre 2014, Valparaíso

*“Escoge un trabajo que te guste,
y nunca tendrás que trabajar
ni un solo día de tu vida”*

Confusio.

*“Los trabajadores seguimos
siendo el pariente pobre
de la democracia”.*

Marcelino Camacho.

Índice

Introducción.....	5
Capítulo I ¿El daño moral debe ventilarse en el procedimiento de tutela laboral, en procedimiento laboral general o se debe recurrir a la vía civil?	
1. Del reconocimiento constitucional del daño moral	8
2. De la procedencia del daño moral en sede laboral.	8
3. De adoptarse una postura diferente, esto es, ventilar los dos juicios de manera diferentes o paralelos.....	10
Capitulo II Análisis de los derechos inespecíficos contemplados en procedimiento de tutela laboral ¿puede la indemnización tasada contemplar el daño moral?	
1. El derecho a no ser sujeto de los actos discriminatorios señalados en el artículo 2º del Código del Trabajo	12
2. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador(a), siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral y El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador(a) y su familia.....	13
3. La libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente sin obstáculos indebidos....	15
Capítulo III. ¿El daño moral está ya incorporado en la indemnización del procedimiento de tutela laboral?	
1. Naturaleza jurídica del procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales.....	18
2. La indemnización del procedimiento de tutela laboral no contempla el resarcimiento al daño moral.	19
3. El daño moral y su origen contractual en el contrato de trabajo.	24
4. De la incompatibilidad del sistema tasado de la indemnización con naturaleza y esencia del daño moral.....	29
Capítulo IV Los derechos fundamentales no amparados por el procedimiento de tutela laboral.	
Conclusiones	39
Bibliografía	41

Resumen: Con el avance de las sociedades democráticas ha habido claros intentos por proteger a los trabajadores a través de legislaciones, hasta el punto de reconocerles derechos fundamentales sólo por su calidad de trabajador, y Chile no se ha apartado de este pensamiento. Sin embargo, nuestro Código del Trabajo posee varias falencias, ya sea por falta de técnica legislativa o simplemente voluntad política y una combinación de ambas es lo que sucede con la regulación del daño moral en el procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, provocando un obstáculo a la protección y reparación íntegra de los daños provocados por los empleadores.

Palabras claves: daño moral, trabajador, derechos fundamentales, procedimiento de tutela laboral, protección y resarcimiento íntegro.

***Abstract:** With the advancement of democratic societies has been clear attempts to protect workers through legislation, to the point of recognizing fundamental right only for it is quality of work, and Chile has not been away from this thought. However, our Labour Code has several shortcomings, either for lack of legislative technique or simply political will and a combination of both is what happens to the regulation of moral damages in the process of job protection for violation of fundamental rights, causing an obstacle to the protection and full compensation for the damage caused by employers.*

***Keywords:** moral hazard, worker, fundamental rights, labor protection procedure, protection and full compensation, labor reform.*

INTRODUCCIÓN.

Desde hace un tiempo y hasta ahora, la preocupación por la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ha ido en aumento, pero queda en gran medida, en sólo buenas intenciones, ya que la legislación no logra plasmar de manera eficiente las herramientas suficientes para la protección de los trabajadores en todos sus aspectos.

Sin embargo, en Chile vivimos un gran avance, concretándose en un procedimiento ordinario con reglas especiales, en donde solo se ventilan casos relacionados a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, sin perjuicio de la acción de protección constitucional, la que por sí sola ha dado muestras de resultar insuficiente a la hora de cautelar este tipo de derechos en este particular sujeto que es el trabajador.

Como sabemos, dentro de las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, existe un vínculo de subordinación y dependencia que puede dar lugar a un sin número de situaciones que pueden, eventualmente, constituir una vulneración a los derechos fundamentales de los involucrados, en este sentido es importante señalar que ambos pueden ser objeto de dichas vulneraciones, pero la ley pone especial relevancia a la protección del trabajador en virtud de la posición desventajosa que éste tiene.

Para esto, el nuevo procedimiento de tutela laboral, incorporado por la Ley 20.087, implementa un nuevo sistema de protección y garantía de los derechos fundamentales que se ventilan en los Juzgados del Trabajo. En tal efecto, el trabajador o trabajadora puede recurrir a los tribunales del trabajo utilizando este mecanismo cuando considere que se encuentran afectados en uno o en más de los siguientes derechos:

- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador(a), siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
- El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador(a) y su familia.
- El derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
- El derecho a la libertad de conciencia, a la manifestación de todas las creencias y al ejercicio libre de todos los cultos.
- La libertad de expresión, opinión e información sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

- La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección. Además, la garantía de que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo las excepciones que la propia Constitución dispone.
- El derecho a no ser sujeto de los actos discriminatorios señalados en el artículo 2° del Código del Trabajo.
- La libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente sin obstáculos indebidos.
- La garantía de indemnidad, que consiste en no ser objeto de represalias ejercidas por parte del empleador, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

En el artículo 489 en sus respectivos incisos, de manera sencilla, prescribe que, el juez puede en la sentencia ordenar el pago de las indemnizaciones legales con recargo y, adicionalmente, condenar a una indemnización por una cantidad entre seis y once meses desde la última remuneración mensual y cuando el Tribunal declara que el despido es discriminatorio (por actos de discriminación cometidos por el empleador) y grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya señaladas. A partir de este artículo a primera vista podríamos deducir que la indemnización que contempla este procedimiento es de similar naturaleza, por no decir idéntica, a la que se contempla en el procedimiento ordinario, es decir, una indemnización tarifada, que sólo busca sancionar un incumplimiento del empleador en las obligaciones contempladas en el contrato de trabajo, prácticamente como si se tratase de una simple infracción a la ley. Si bien, esta afirmación puede sonar algo drástica, somos conscientes de que la indemnización contemplada en el procedimiento ordinario, es decir, la que se puede obtener de una sentencia que declara por ejemplo un despido injustificado tiene como fin resarcir la pérdida de la fuente de ingreso remuneracional; y la reincorporación, podríamos considerarla como una medida para cesar la vulneración del derecho fundamental, también por ejemplo en el caso de un despido, por lo tanto, de naturaleza similar (inhibitoria) a la que otorga la acción de protección constitucional.

Además, no podemos dejar de mencionar someramente a este otro componente, “el daño moral”, pues hay que tener presente la situación de él en Chile en todas sus sedes. Para comenzar, una de las tantas definiciones que han dado los autores es la de Arturo Alessandri Rodríguez que dice *“todo detrimento, perjuicio o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”*, agregando que el *“daño supone la destrucción*

o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo".¹ Debemos señalar que si bien el daño moral ha sido tratado desde hace un buen tiempo en la doctrina comparada, en el caso chileno no ha sido así, contemplándose sin problemas a comienzos del siglo pasado en sede extracontractual y que su aceptación en sede contractual ha sido bastante dificultosa. Más difícil aún ha sido en el derecho laboral, solo siendo reconocida en la indemnización en accidentes de trabajo y en lo que respecta al resto de sus ámbitos es inexistente o muy excepcionalmente cuando se trata del término del contrato de trabajo.

Finalizando esta introducción será primordial, a la hora de concluir si es que actualmente la indemnización de este procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales lo contempla, y si la respuesta es afirmativa, nos surgen posteriormente otras interrogantes, ¿dicha sanción impuesta por el juez está desde ya contemplando el resarcimiento de un eventual daño moral?; o bien ¿éste hay que solicitarlo de manera independiente?; ¿Está el juez facultado para otorgar indemnización por daño moral?; ¿Todos los derechos fundamentales contemplados por el código pueden dar lugar a una indemnización por daño moral? Y si ésta última respuesta es afirmativa ¿cuáles serían esos casos? Y por último ¿será necesaria una reforma a la legislación actual para que se reconozca esta institución en la naturaleza jurídica de esta indemnización y por supuesto los casos si es que hay que distinguir?

¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, (1943): "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", Imprenta Universitaria, Santiago, p.210.

CAPÍTULO I

¿El daño moral debe ventilarse en el procedimiento de tutela laboral, en procedimiento laboral general o se debe recurrir a la vía civil?

Dentro del análisis de la doctrina podemos apreciar que en principio no todos están contestes acerca de que, si el daño moral se incluye en el monto de la indemnización percibida a propósito de una vulneración de los Derechos Fundamentales, o que, en su defecto se deba recurrir ante sede civil, de manera consecutiva.

1. Del reconocimiento constitucional del daño moral

En nuestro ordenamiento Jurídico el daño moral es reconocido por diversos rangos pero el principal argumento lo encontramos en la propia Constitución, en una referencia directa en el artículo 19 n°7 letra i), la que contempla el derecho a ser indemnizado por perjuicios patrimoniales y morales causados por el error judicial, y además de una manera bastante más implícita a partir del artículo 38 inciso segundo sobre la responsabilidad del Estado. A su vez, el artículo 19 n° 24 inciso tercero, hace una clara referencia al resarcimiento por daño moral a que tiene derecho el expropiado.

2. De la procedencia del daño moral en sede laboral.

A partir del nuevo procedimiento de tutela laboral, no hay dudas respecto de cuáles son los derechos fundamentales protegidos, la ley los señala y delimita taxativamente, pero en materia laboral, el legislador no ha sido enfático en especificar en cuál sede, laboral o civil (conjunta o individualmente), han de tramitarse los juicios en los que pueda alegarse daño moral, pues no hay una norma jurídica que establezca de manera directa como han de resolverse o sanearse cuando dichas violaciones recaigan, entre otros, sobre aspectos extrapatrimoniales o extracontractuales de la relación laboral.

Frente a esto, la doctrina, tratando de llenar los silencios del legislador, ha dado respuestas, algunas inciertas y otras contradictorias, pero en su mayoría con la finalidad de ser conscientes con la realidad laboral del país, y han adoptado lineamientos y posiciones pro trabajador, señalando que efectivamente es posible concebir que el daño moral se produzca a partir de una relación laboral de subordinación y dependencia.

En primer lugar, el profesor Ramón Daniel Pizarro ha señalado que...*“la ausencia de normas que resuelvan en forma expresa la cuestión no puede ser interpretada como un rechazo al resarcimiento del daño moral (o patrimonial) por incumplimiento de las obligaciones laborales – posteriormente agrega – que la sola existencia de un contrato de trabajo no puede erigirse en un bill de indemnidad, para agraviar impunemente la dignidad del trabajador”*.²

En palabras de la profesora Pamela Prado, *“en efecto, el contrato de trabajo se encuentra estructurado de tal forma, que la relación asimétrica (o diagonal), que se produce entre empleador y trabajador es un campo del todo favorable para que se pueda configurar el daño moral, especialmente para el trabajador, y ello durante todo el iter contractual, pre y post- contractual”*.³

Al respecto, Vasquez Vialard también señala que...*“si en algún ámbito de derecho el concepto de daño moral puede tener alguna aplicación es, precisamente, en el Derecho Laboral”*.⁴

Cuando podemos ver con claridad que el daño moral se puede producir a partir de una relación laboral, entonces, creemos que efectivamente es pertinente ventilarlo en un tribunal laboral y especialmente cuando se trata de los derechos fundamentales especialmente protegidos por el nuevo procedimiento de tutela laboral.

En palabras del profesor Sergio Gamonal, quien señala que, *“en este contexto, cabe concluir que cualquier normativa de rango legal, sea civil, laboral, comercial o de otra naturaleza, debe interpretarse y aplicarse en conformidad a las normas constitucionales, en orden a la reparación integral del daño”*.⁵

En esta línea, la reparación integral del daño se plantea como una unidad de medida frente al que debe responder el hechor, en cierto modo sirve tanto, como para cuantificar la dimensión del daño provocado; y a su vez funciona como una limitante, en tanto que solo ha

² Pizarro, Ramón Daniel (1996): “Daño moral: prevención, reparación, punición: el daño moral en las diversas ramas del derecho”. Buenos Aires, Hammurabi, p. 606.

³ Prado López, Pamela (2005): “La reparación del daño moral ocasionado al trabajador, durante la vigencia del Contrato de Trabajo”. Revista Laboral chilena, Mayo, p. 75.

⁴ Vásquez Vialard, Antonio, (1988): “La responsabilidad en el derecho del trabajo, n° 146, p.757.

⁵ Gamonal Contreras, Sergio (2011); Comentarios Legales: “El daño moral por término del contrato de trabajo”. Revista Laboral Chilena, 2011, p.76.

de responder en lo relativo a la reparación del daño sin dar lugar al lucro a propósito de un ilícito.

Ante esto el Profesor Ramón Domínguez señala que *“en la mayoría de las situaciones, han sostenido que la indemnización laboral fijada en el Código del Trabajo comprende la totalidad de los daños, con independencia del monto de éstos, de tal forma que con su pago se extingue toda posibilidad de reparación integral del trabajador, a pesar de que la indemnización calculada por antigüedad no se mida en función de la entidad del menoscabo efectivo que causa el despido”*.⁶

Como hemos planteado las relaciones laborales dan lugar a un sinnúmero de conductas que pueden resultar atentatorias o vulnerar, directamente, los derechos fundamentales de los trabajadores damnificados y causar, en efecto, daño moral en la víctima.

Nuestra opinión se inclina a que efectivamente el daño moral pueda ser alegado en un juicio laboral con ocasión de la aplicación del procedimiento de tutela laboral, el cual resguarda especialmente, solo ciertos derechos fundamentales. Y en tal sentido resolver mediante un solo tribunal sobre los aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales.

3. De adoptarse una postura diferente, esto es, ventilar los dos juicios de manera diferentes o paralelos.

Si por el contrario, hiciéramos un análisis restrictivo sobre el artículo 487 del Código del Trabajo, el cual dispone expresamente que: *“no cabe acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos...”* en tal sentido deberíamos argumentar que solo los derechos patrimoniales pueden ser recurridos ante una sede laboral, pero que en cambio los derechos extrapatrimoniales han de ser sometidos al conocimiento de un tribunal civil, y desde luego, han de ser tratadas como una acción paralela y complementaria.

Esta interpretación es errónea, ya que desde nuestro punto de vista, no cumple con la finalidad ni los propósitos para los cuales fue implementada la ley 20.087, que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en el contexto de una relación

⁶ Domínguez Águila, Ramón (2010); “Los límites al principio de reparación integral” Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, p. 9-28.

laboral, y que se ha implementado ante la necesidad de una indemnización suficiente, completa, y rápida; que dentro de sus intereses debe estar comprometido con la reparación integral del daño causado, y en este sentido, divergir entre dos o más sedes procesales, solo puede provocar un mayor letargo y desprotección donde el trabajador se verá enredado en más de un juicio, para satisfacer sus necesidades.

Desde luego, podemos señalar que esta restricción, que impone el artículo precedente, no priva al trabajador de su pretensión de obtener su indemnización completa, sino que le impone una carga extenuante de iniciar procedimientos consecutivos o parciales. En otras palabras, se le exige a un trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, que inicie un nuevo juicio, mucho más extenso naturalmente, para obtener el pago completo de su indemnización.

En tal sentido, a propósito de la disgregación de las pretensiones en dos sedes, Caterina Guidi señala que *“(al recurrir ante dos tribunales diferentes) trae aparejado mayores gastos y perjuicios para la víctima, e incluso, obstaculizar de manera considerable la reparación integral de los daños sufridos”*.⁷

Como consecuencia de esto, nos parece un verdadero despropósito que un trabajador, deba además, recurrir ante dos tribunales diferentes para hacer ejercicio de los derechos de que es titular. El ordenamiento jurídico, por cuanto y a la altura de las circunstancias, debe disponer de herramientas suficientes para que dentro de un solo procedimiento puedan ejercerse todas las acciones que sean pertinentes. Es así, y en consideración a que se trata de derechos de la más alta importancia, es que debe ser retrotraído lo antes posible a la situación anterior al momento que se produce el daño.

⁷ Guidi Moggia, Caterina, (2006): “El acoso laboral y el psicoterror en el ámbito laboral” segunda parte, Artículo publicado en la Revista Laboral chilena, agosto, p. 81

CAPITULO II

Análisis de los derechos inespecíficos contemplados en procedimiento de tutela laboral

¿puede la indemnización tasada contemplar el daño moral?

1. El derecho a no ser sujeto de los actos discriminatorios señalados en el artículo 2º del Código del Trabajo

La doctrina ha precisado que el daño moral en materia laboral puede darse en diferentes etapas del iter contractual. En la etapa precontractual, dado el carácter *intuitu personae* del contrato de trabajo, la persona del trabajador adquiere fundamental importancia porque se trata de un sujeto específico que debe cumplir ciertas características y, por lo tanto, bien podría darse un caso de discriminación, por ejemplo, si en una entrevista se le consulta por asuntos que van más allá de su capacidad y competencia laboral. Durante la vigencia del contrato, son múltiples las hipótesis que se pueden barajar, ejemplos hay por miles, en que el empleador puede adoptar medidas discriminatorias en contra de sus subordinados.

Siguiendo esta línea argumentativa el profesor Sergio Gamonal ha señalado...*“que el daño moral en las relaciones de trabajo es susceptible de presentarse, en la etapa precontractual, durante la vigencia del contrato y a su término e, incluso, cuando ya se ha consolidado el acto jurídico del despido. En el primer caso, la propia evolución de la organización del trabajo hace retomar el carácter de intuitu personae del contrato de trabajo. La contratación se orienta a un tipo de trabajador específico, en que la práctica de cuenta de ciertas situaciones que pueden resultar perjudiciales para el trabajador, particularmente cuando se produce discriminación. También reviste interés la situación de daño moral en el post-despido, vale decir, cuando se trata de situaciones ajenas al acto jurídico del despido, como ha ocurrido con conductas del empleador durante la tramitación del juicio por término de contrato”*.⁸

Citando al autor Juan Manuel Prado Fernández, podemos señalar que *“de esta manera, la consagración del daño moral en el derecho laboral puede ser fundada tanto de la óptica del contenido ético-*

⁸ Gamonal Contreras, Sergio (2000): “El daño moral por término del contrato de trabajo: su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo”, EDITREM, p. 9.

*jurídico del contrato de trabajo, del reconocimiento de los derechos fundamentales, de los principios generales de buena fe objetiva aplicable a todo contrato y de reparación integral del daño, sin perjuicio de normas del Código del Trabajo, especialmente el artículo 5° inciso primero que establece la obligación del empleador al respeto de las garantías constitucionales del trabajador, los artículos 2° y 154 inciso final en lo referido a que las relaciones laborales deben fundarse en un trato compatible con la dignidad del trabajador, todas las cuales reconocen el elemento no patrimonial de esta relación”.*⁹

En conclusión, encontrándose un contrato de trabajo vigente o no, entre el empleador y un trabajador, los actos discriminatorios perfectamente pueden tener lugar, ya que si bien dimos un ejemplo de discriminación en la etapa pre contractual, nada obsta a que un empleador discrimine a un trabajador luego de enterarse de la condición sexual de éste.

2. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador(a), siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral y El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador(a) y su familia.

En el marco de una relación laboral existen muchos factores que pueden ser determinantes a la hora de vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores, la relación de poder y la posición de desventaja, que le es propia de un subordinado, provoca condiciones de indefensión ante diferentes formas y posibilidades de vulneración de sus derechos.

*“Lo anterior implica que el contrato de trabajo no representa, solamente, un intercambio de servicios por remuneraciones; su fundamento reside, además, en que seres humanos se vinculan en una relación de carácter jurídico-personal, estable y continua, tras la consecución de un fin común, el cual es la producción de bienes y servicios para la comunidad”.*¹⁰

El legislador, consiente de esta realidad ve como una necesidad la implementación de una norma específica que respalde y garantice los intereses de los trabajadores. Frente a esto, el Procedimiento de Tutela Laboral se presenta como una clara alternativa de protección para

⁹ Prado Fernández, Juan Manuel (2013): “Jurisprudencia de tutela de derechos: El daño moral”, Estudios Laborales/Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 8, Santiago, p.22.

¹⁰ Vergara Ceballos, Fabiola (2003). “Despido abusivo y daño moral”. Publicado en Revista de Actualidad Jurídica n°8, Julio. Universidad del Desarrollo., p. 293.

aquellos intereses, y más concreta que la acción de protección contemplada en nuestro ordenamiento.

En ocasiones, las violaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores puede ser provocada por acciones consientes, dolo directo, que se puede materializar en acoso, violencia psicológica y terror laboral, provocando graves y serias consecuencias para el trabajador. En este sentido el profesor Claudio Palavecino señala que *“Si el acoso se prolonga durante varios meses o años deja huellas indelebles en la personalidad del acosado, que pueden ir desde el estrés postraumático a modificaciones psíquicas severas. La persona puede desarrollar una neurosis traumática o incluso llegar a la psicosis”*.¹¹

No obstante, en otras oportunidades las conductas pueden desenvolverse de una manera subrepticia, pero no por eso menos graves, estas pueden ser producto de una disfunción mental, tal como pueden ser la búsqueda de la satisfacción de un apetito sádico o bien compensar sus sentimientos de inferioridad, lo cual puede ser producido por menosprecio o envidia, causando en el trabajador un fuerte grado de sometimiento, sensación de persecución y hostigamiento, que pueden tener por objeto aislar o estigmatizar al trabajador afectado.

El profesor Claudio Palavecino señala que estas conductas *“Pueden provocar en la víctima diferentes grados de perturbación anímica: estrés, depresión, daños morales y permanentes en su estructura mental, y una variedad de trastornos psicóticos, como paranoia y ansiedad. Pero, de ordinario, el acosador quiere algo más. Desea que la víctima se someta a su desigmo —que cambie de actitud, que “entre en vereda” o, en defecto de lo anterior, que abandone su puesto de trabajo. También el acoso puede tener la finalidad de aislar o estigmatizar a un trabajador porque es diferente y esa diferencia resulta molesta, ya para la jerarquía de la empresa, ya para uno o más de sus colegas”*.¹² Aspectos que desde luego, afectarán su vida personal en casi todos los aspectos en los que se desenvuelve el afectado.

“La ausencia de normas jurídicas que tipifiquen el acoso laboral como delito, pone al trabajador en una situación profundamente desventajosa, afectando el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; en muchos casos, también, ataca otros derechos fundamentales y, en última instancia, ofenden siempre su dignidad.

Entre los medios que actualmente se dispone en el ordenamiento jurídico chileno, consideramos que la indemnización del daño moral es crucial para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales

¹¹ Palavecino Cáceres, Claudio (2004); “La protección contra el acoso psíquico laboral en el ordenamiento jurídico”, Revista de Derecho (Valdivia) volumen XVII, p. 63-89.

¹² (Palavecino et al.; 2004 p.63-89).

*vulnerados. Sólo en la medida en que el sujeto pueda volver de la manera más aproximada posible a la situación de disfrute de sus derechos fundamentales, violentada por el acoso psíquico, puede predicarse de aquellos, con seriedad, que son plenamente eficaces”.*¹³

El profesor Sergio Gamonal ha señalado que “*la relación de trabajo es típicamente una relación de poder y, por lo mismo, impone derechos y obligaciones que utilizados en forma abusiva pueden causar daños patrimoniales y extra patrimoniales...*” posteriormente agrega “*con este sistema, nuestro Código del Trabajo (al igual que en muchos países) crea un sistema especial de indemnizaciones por término de contrato. Por un lado, el trabajador no está obligado a probar perjuicios, lo cual le es muy conveniente. Por otro lado, el empleador sabe de antemano el costo del despido.*

*En este contexto, en principio, no cabe demandar otras indemnizaciones. Sin embargo, existen situaciones excepcionales en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral cuando se configura un despido abusivo”.*¹⁴

En definitiva, prácticamente cualquiera sea la acción que se ejerza en contra de un derecho del trabajador, ésta puede ser subsumida dentro de este derecho fundamental, ya que por tratarse precisamente de derechos fundamentales, el factor psicológico es determinante por su alto contenido inmaterial, como lo es el daño moral, que en un principio se nos muestra en su total abstracción, ya que posteriormente será valorado para determinar la cuantía de su reparación, sin perjuicio, de que la reparación puede tratarse por ejemplo, de unas disculpas públicas.

3. La libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente sin obstáculos indebidos.

Para finalizar con este capítulo, podemos apreciar que, detectar el daño moral sufrido por los trabajadores es bastante fácil, (pues este puede ser detectado a través de la prueba pericial psicológica por ejemplo) si seguimos la definición proporcionada por el profesor Alessandri,

¹³ (Palavecino, et al.; 63-89)

¹⁴ Gamonal Contreras, Sergio (2012); “Evolución el daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n° 39 XXXIX 2012, 2 semestre p. 161 – 176.

sobre todo cuando se trata de situaciones emocionales que sólo las puede percibir una persona natural, por lo tanto, aquí cabe hacer la distinción entre el daño moral experimentado por el trabajador de forma individual y el experimentado por el sindicato, porque la vulneración del derecho a la libertad sindical puede analizarse tanto en su aspecto individual como colectivo.

Si lo analizamos desde la perspectiva del trabajador como unidad, nos resulta fácil aceptar la idea de que la vulneración a su derecho de libertad sindical puede sufrir perjuicio y precisamente daño moral, sobre todo cuando se trata de dirigentes sindicales. Así, lo demuestra una sentencia del 31 de julio de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria la que señala *“Y es que no cabe duda que la conducta reiterada por la Consejería demandada en relación a la libertad sindical del actor ha pretendido cercenar y debilitar al mismo en el ejercicio del conjunto de facultades que la legislación vigente le reconoce así como atentar a su imagen frente a sus representados especialmente ante los profesores de Religión y Moral Católica y, que como es notorio y público, este colectivo viene reivindicando los derechos que estiman que no se les reconoce por Administración Pública demandada y, habiéndose trasladado a la opinión pública la situación creada al respecto.*

Por lo tanto, atendiendo a la condición de miembro del comité de empresa, a sus actuaciones en el ámbito de su derecho de libertad sindical, especialmente en la huelga mantenida en el año 2000 en la que integró el comité de huelga (documentos números 17 y 18 de la actora), y a las conductas discriminatorias de la demandada es por lo que se impone a ésta el abono a aquel de una indemnización por daños morales de cinco millones de pesetas (5.000.000 ptas.)”¹⁵

Como podemos observar esta sentencia estima que, es absolutamente procedente la indemnización del daño moral por vulnerar el derecho de libertad sindical de este trabajador, incluso pudimos seguir analizando la sentencia y es interesante observar los criterios con que el tribunal calculó la cuantía de la indemnización del daño moral.

Sin embargo, tratar de defender la tesis de que los sindicatos también pueden ser objeto de daño moral, la tarea se nos complica, precisamente porque se trata de una agrupación de personas que actúan en conjunto para defender intereses colectivos, pero que en definitiva, no es el propio sindicato el que siente un menoscabo sino que son las personas que lo componen las que pueden verse afectadas en su libertad sindical.

¹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria del 31 de julio de 2001.

Afirmar que, un sindicato puede ser vulnerado en su derecho a la libertad sindical es un tema bastante discutido, ya que se trata de una persona jurídica, pero creemos que ello no obsta a que él pueda verse afectado por ejemplo, en su imagen, por lo demás, es sabido de que los gobiernos y empleadores tratan de mermar la actividad sindical atacando su reputación. Así las cosas, aun así resulta difícil aceptar esta posición puesto que, en definitiva los sindicatos no son personas morales y solamente lo son las personas naturales que los integran.

Con todo, podemos encontrar jurisprudencia extranjera que si ha dado lugar al daño moral tratándose de sindicatos. Así lo señala una sentencia del Tribunal Constitucional de España que dice *“La indemnización del daño moral, dada la función de tutela reparadora del derecho de libertad sindical, ha de interpretarse desde la perspectiva de la protección constitucionalmente establecida, por lo que la condena no puede limitarse a cumplir un objetivo meramente satisfactorio, pues la satisfacción del interés lesionado cubre otros objetivos, ya que, unida a la compensación, la tutela reparadora se propone la restitución de la confianza o credibilidad de la acción sindical y, a la vez, el objetivo profiláctico de conservación del estado de libertad sindical; además, mediante el pago de la indemnización se pretende también devolver al sindicato las armas y los instrumentos de tutela de sus derechos. El acto ilícito perpetrado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes supuso un ataque a la presencia sindical del actor en la misma y requiere una condena económica que restablezca el equilibrio perturbado”*.¹⁶

Creemos que el criterio del Tribunal Constitucional español es correcto, porque a nuestro entender el sindicato no es simplemente una persona jurídica, es mucho más que eso, por lo que significa su participación en la sociedad. El sindicato es un actor político y social que debe ser protegido íntegramente, ya que él es el que reúne todos los intereses primordiales de los trabajadores, el que posee mayor poder para lograr esos fines a través de la negociación colectiva, repercutiendo en la sociedad de manera determinante, pues creemos que con él, no solo se logra una distribución del poder sino que además una distribución de la riqueza. Por lo tanto, por ejemplo, criminalizar los actos de un sindicato que está en defensa de sus derechos laborales, sí atenta contra su libertad sindical, y que, por ser un actor social y político, sí merece una indemnización por daño moral.

¹⁶ Sentencia, Tribunal Constitucional de España, sentencia n°247/2006, 24 de julio de 2006.

CAPÍTULO III.

¿El daño moral está ya incorporado en la indemnización del procedimiento de tutela laboral?

En una primera aproximación resulta pertinente analizar la naturaleza jurídica del procedimiento que da lugar a ella.

Independiente de todas las críticas que se le puedan hacer, cómo la forma en que fue elaborado el procedimiento en su carácter procesal, no se puede negar que su finalidad es la protección de los derechos en cuestión, o sea, su naturaleza protectora.

1. Naturaleza jurídica del procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales.

En la introducción, ya habíamos advertido que la acción de protección constitucional otorgada por nuestra Constitución Política de la República para la protección de los derechos fundamentales, contemplados en los numerales de su artículo 19, no resultó eficaz cuando se trataba de proteger los reconocidos en el Código del Trabajo, porque la acción de protección que otorga la Constitución Política, su efecto es inhibir el hecho ilícito y no resarcir el daño provocado. *“Por otra parte la acción de protección constitucional, que es el instrumento de cautela por excelencia de las garantías constitucionales en Chile y que, en cuanto tal, debería haber desempeñado un papel significativo en el reforzamiento de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales de los trabajadores, no cumplió tal función”*.¹⁷

Cuando hablamos de la naturaleza protectora de este procedimiento, nos referimos a un aspecto bien particular del derecho del trabajo, que es el *“principio protector”*, piedra angular de esta rama del Derecho, que da origen a su especial tratamiento (tanto sustancial como adjetivamente). Como sabemos, este principio se debe a la disparidad de fuerzas en la relación laboral y además no sólo se impone el restablecimiento del derecho conculcado (cese del acto antijurídico) sino que también su reparación (efecto declarativo). Éstos dos aspectos, tanto el

¹⁷ Devillaine Gómez, Franco, Palavecino Cáceres, Claudio (2008); “Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral”, La semana jurídica n°382, 2008, p. 6.

principio protector y la reparación, nos ayudan a resolver en alguna medida alguna de las interrogantes ya planteadas.

En primer lugar, el principio protector, por su vital función nos obliga a separar las aguas, es decir, lo que ocurra en las relaciones laborales debe ser tratado y resuelto por el Derecho del Trabajo y no por otro sistema, procedimiento o rama del Derecho, y aquí podríamos dar respuesta a una de las preguntas, y la respuesta sería que el daño moral provocado en una relación laboral, debe ser resuelto por un juez laboral y como estamos tratando sobre los derechos fundamentales, el daño moral provocado por la vulneración de uno de ellos, debe ser resuelto en el procedimiento de tutela laboral descartando de plano la vía civil.

En segundo lugar, respecto al deber de reparación, como veremos más adelante, puede ocurrir un eventual daño moral en la lesión de uno de estos derechos, por ejemplo, en caso de un acoso laboral, no solo cabría el cese de dicho acoso, sino que además se debe reparar el daño psicológico que se le causó al trabajador, como por ejemplo, costando los gastos incurridos en algún tratamiento o en los que se incurrirá.

Con todo lo anterior, ya podemos darnos cuentas de por qué la acción de protección constitucional no es eficaz en este caso, pues es claro que la naturaleza de ambos procedimientos es diferente.

2. La indemnización del procedimiento de tutela laboral no contempla el resarcimiento al daño moral.

Durante la vigencia del contrato, es amplio el abanico de circunstancias que pueden dar lugar a lesiones de derechos fundamentales. Se ha señalado como ejemplo, el caso de imputación de un delito, que además del sufrimiento psicológico que el trabajador experimenta, hay también repercusiones en la posición del trabajador en el mercado laboral y el acceso a un nuevo empleo, incluso esto se puede dar de manera indirecta, si se debe a hechos ejecutados por el trabajador en cumplimiento de órdenes de su empleador.

De la manera que están reguladas las indemnizaciones, lo que se está sancionando es que no se logró acreditar la causal invocada, por ende, la infracción al contrato o lo pactado en él, por lo tanto, a nuestro parecer, sea cual sea la postura que se adopte, en realidad, esta

indemnización está pensada con un carácter sancionatorio y no reparatorio. Además, no podemos dejar de mencionar que, como señala el profesor Sergio Gamonal, *“Se agrega que no es posible aplicar las normas del derecho común al derecho laboral cuando éste ha regulado de forma expresa una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones por término de contrato, y que si el legislador hubiera deseado establecer una indemnización mayor, lo habría hecho expresamente”*.¹⁸

Entonces, se refuerza la idea de que el juez laboral debe tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, en que por un lado debe sancionar por la infracción al contrato de trabajo y por otro, debe sancionar por el daño provocado, debiendo por tanto, además, obligar al pago de otra indemnización que repare aquel daño.

En consecuencia, si se analizan estas indemnizaciones, no hay cabida para el daño moral en ella, ya que éstas apuntan a sancionar la infracción al contrato, y por sobre todo porque no es una indemnización contemplada por el legislador.

La jurisprudencia nacional opera con diferentes criterios cuando se trata de estimar la procedencia o no de la indemnización para reparar el daño moral. Tratándose de los tribunales superiores, ya sean las Cortes de Apelaciones y principalmente la Excelentísima Corte Suprema han indicado que la reparación del daño moral provocado al trabajador no está contemplada dentro de las indemnizaciones especificadas por los artículos 495 y 489 del código del ramo, por lo tanto, que no puede ser demanda en el procedimiento de tutela.

Tratándose de los tribunales laborales de primera instancia, estos han optado por dar lugar a dicha indemnización, incluso como una indemnización independiente a las ya establecidas por los artículos señalados en el párrafo anterior. Por otro lado, respecto de la indemnización adicional que se da cuando la vulneración es con ocasión del despido, los criterios son más variados, pues algunos jueces han estimado que esta indemnización no contempla en ningún caso el daño moral, e incluso impidiendo que sea ventilada su procedencia ante ellos, y contrariamente, hay fallos que estiman que en dicha indemnización ya se encuentra incorporado el resarcimiento del daño moral, pudiendo incluso agregarse una indemnización extra, cuando la ya contemplada por los 6 a 11 meses de remuneración no sea suficiente para la reparación integral de esta clase de daño extrapatrimonial.

¹⁸ Gamonal Contreras, Sergio “Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n° 39 Valparaíso diciembre 2012. xxxix 2012, 2 semestre páginas 161 – 176.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en un procedimiento de tutela laboral, en el que se solicita el cobro de prestaciones e indemnización por daño moral, señala:

Tal como lo vemos en las siguientes sentencias dictadas por los Tribunales del Trabajo los cuales, señala... *“en efecto, -como se lee en los considerandos décimo y siguientes del fallo recurrido- el sentenciador del grado dio por probado, conforme a disposiciones del Código Laboral que lo facultan para ello, (...) que la indemnización por daño moral es improcedente en este procedimiento y, con todo, tal daño no fue acreditado; y que la demandada probó la causal de terminación del contrato de trabajo invocada en contra del actor (conducta inmoral grave y actos temerarios que afectan la seguridad de los trabajadores)”*.¹⁹

Incluso, encontramos un dictamen de la Contraloría General de la República en la que hace alusión a un procedimiento de tutela y razona de la misma manera que lo hacen nuestros tribunales superiores:

Por otro lado, la Contraloría General se encuentra impedida de intervenir e informar en los asuntos que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales Ordinarios de Justicia o que hayan sido resueltos por éstos, como ocurre en la especie con la conciliación judicial a que hacen referencia los peticionarios, puesto que trata sobre una acción ante el Juzgado del Trabajo de Puente Alto... A lo anterior, cabe agregar que de acuerdo con el artículo 1º, letras a), d) y e), del DFL N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, le corresponde privativamente a la Dirección del Trabajo la interpretación y fiscalización de la legislación laboral; la supervigilancia del funcionamiento de los organismos sindicales y de conciliación, de acuerdo con las normas que los rigen; y la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver conflictos del trabajo... Enseguida, es útil consignar que según consta en un escrito de 8 de noviembre de 2011, los recurrentes optaron por hacerse parte de la aludida denuncia, interpuesta por la Dirección del Trabajo en contra de Inversiones Alsacia S.A., como tercero independiente, solicitud que fue rechazada por el Tribunal en la audiencia preparatoria de 15 de noviembre del mismo año, en razón de que la acción interpuesta por aquellos contenía peticiones distintas de las contempladas en el procedimiento de tutela laboral presentado por la Dirección del Trabajo, incluso una de carácter pecuniario, como es la indemnización por daño moral que los recurrentes pretendían, lo que, según lo indicado por el Tribunal, resulta incompatible con el referido procedimiento”.²⁰

Similar raciocinio, es el que sigue el juez del Tribunal del Trabajo de Iquique que señala en su considerando catorce:

¹⁹ Sentencia, Causa n°54/2013 Resolución n°109.853, Corte de Apelaciones de Santiago.

²⁰ Dictamen n°44665 de la Contraloría General de la República, 25 de julio de 2012.

“Que en cuanto a la solicitud de indemnización por daño moral, preciso es decir que, en concepto de juzgador, las indemnizaciones por dicho concepto no resulta aplicable en el actual caso, debido a que el artículo 489 regula expresamente las infracciones que proceden en los casos en que ha mediado despido del trabajador con infracción a sus derechos fundamentales que pueden impetrarse en una acción tutelar, señalando en el inciso tercero cuales son las indemnizaciones que proceden en estos casos, a saber: ‘En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis ni superior a once meses de la última remuneración mensual’. Así, es la propia ley la que regula cuales son las inmediateces que pueden válidamente concederse, sin que proceda en este caso, indemnización por daño moral, la que no se encuentra contenida en esta disposición y además la referencia del artículo 495 n°3 parte final, relativo a las indemnizaciones que procedan, debe entenderse expresamente como procedentes para el caso, por lo que se desechará la indemnización por daño moral solicitada”.²¹

La siguiente sentencia nos llamaba bastante la atención, ya que hace alusión al criterio seguido por la Corte Suprema en cuanto a la improcedencia del daño moral, y en ese mismo sentido falla el juez laboral del Juzgado del Trabajo de Antofagasta en su considerando nueve conociendo un caso de despido injustificado:

“Noveno: que en relación a la referida alegación, y no existiendo regulación legal expresa de la materia, resulta indispensable distinguir las siguientes situaciones: Cuando el daño moral cuya reparación se solicita reconoce como causa la terminación del contrato de trabajo, la elaboración jurisprudencial de nuestros Tribunales Superiores de Justicia se ha pronunciado mayoritariamente rechazando su procedencia y estimando inadecuada la sede laboral para el conocimiento de ese tipo de requerimientos, por constituir las instituciones correspondientes a la indemnización por falta de aviso previo y por años de servicios, propias del derecho laboral, los únicos resarcimientos que la ley contempla, originados en la relación de trabajo que unió a las partes y en su conclusión irregular, pudiendo incluso la indemnización por años de servicio ser incrementada en los porcentajes previstos en el Código del Ramo, siendo tales indemnizaciones específicas y concebidas para compensar la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente del trabajo. Ahora bien, existen otras situaciones, como la de la especie, en que el daño moral demandado no deriva de la aflicción causada por la pérdida del trabajo, sino que de otras conductas que el empleador puede desplegar durante la vigencia de la relación laboral, y que pueden traducirse en el hostigamiento que el trabajador sufre de parte de aquél, como se ha argumentado en la presente, y compartiendo la postura de la demandada, sólo cabe concluir que al no existir regulación legal expresa ni

²¹ Sentencia, Juzgado del Trabajo de Iquique, T-14-2009, considerando 14.

*procedimiento específico que entregue el conocimiento de tal controversia a la jurisdicción laboral, este Tribunal carece de competencia para emitir pronunciamiento al respecto, ya que de contrario, cuando el legislador así lo ha querido, ha regulado expresamente tal hipótesis, como sucede por ejemplo en el caso de la indemnización de perjuicios derivada de un accidente del trabajo”.*²²

Similar raciocinio es el que sigue el juez del Tribunal del Trabajo de Iquique que señala:

*“Que en cuanto a la solicitud de indemnización por daño moral, preciso es decir que, en concepto de juzgador, las indemnizaciones por dicho concepto no resulta aplicable en el actual caso, debido a que el artículo 489 regula expresamente las infracciones que proceden en los casos en que ha mediado despido del trabajador con infracción a sus derechos fundamentales que pueden impetrarse en una acción tutelar, señalando en el inciso tercero cuales son las indemnizaciones que proceden en estos casos, a saber: ‘En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis ni superior a once meses de la última remuneración mensual’. Así, es la propia ley la que regula cuales son las inmediateces que pueden válidamente concederse, sin que proceda en este caso, indemnización por daño moral, la que no se encuentra contenida en esta disposición y además la referencia del artículo 495 n°3 parte final, relativo a las indemnizaciones que procedan, debe entenderse expresamente como procedentes para el caso, por lo que se desechará la indemnización por daño moral solicitada”.*²³

La indemnización producto del daño moral, establecido por el tribunal, tiene por objeto reconocer y buscar resarcir los daños morales percibidos por la víctima, y tal sentido se convierte en un precedente que admite la posibilidad de obtener reparación a través de los Juzgados del Trabajo.

El Tribunal Laboral de Concepción conociendo de una causa de procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, señala en la letra A y numeral 2 de su sentencia que:

“Que, en primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 487 del Código del Trabajo, en el procedimiento de tutela no cabe la acumulación de esta acción con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos y, por su parte, el artículo 489 inciso séptimo del mismo cuerpo legal dispone que si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la

²² Sentencia, Juzgado del Trabajo de Antofagasta, T-13-2009; considerando 9.

²³ Sentencia, Juzgado del Trabajo de Iquique, T-14-2009, considerando 14.

de tutela laboral de que trata este párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. Además, se establece en la parte final del último inciso del citado artículo 489 que el no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia... Que esta última contra excepción está dada únicamente para la acción subsidiaria de despido injustificado, improcedente o indebido y, por tanto, solo esas acciones son las que pueden ejercerse en forma subsidiaria a la acción de tutela y no otras. Así, en el caso particular no se puede admitir a tramitación la demanda en lo relativo al cobro de daño moral, deducida en forma subsidiaria a la acción de tutela.

*Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 429 del Código del Trabajo, no se admite a tramitación la acción subsidiaria de indemnización por daño moral, deducido en el primer otrosí de la demanda”.*²⁴

La sentencia recientemente citada resulta bastante interesante desde el punto que estamos planteando y la problemática a que da lugar, ya que al no considerarse el daño moral en la indemnización de procedimiento de tutela y ni siquiera se le da cabida como una acción subsidiaria o complementaria como en este caso, resulta del todo grave, porque no se ampara la protección del trabajador en todos sus aspectos, por lo tanto, creemos que el legislador debiese reformar esta situación y dar a lugar a la indemnización por daño moral cuando fuese procedente y como una indemnización independiente dentro del mismo proceso de tutela laboral o en su defecto que los sentenciadores laborales apliquen de manera subsidiaria los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil, para así poder lograr una reparación integral.

3. El daño moral y su origen contractual en el contrato de trabajo.

A pesar de todo lo concluido con anterioridad, a partir de la doctrina y la jurisprudencia podríamos sostener aun así, que el daño moral sí está incorporado en la indemnización del procedimiento de tutela, haciendo un análisis al origen de este perjuicio. Sin embargo, en este punto hay que distinguir, y atender al momento cronológico en que se origina el daño, es decir, si éste se produce en una etapa precontractual, contractual o postcontractual.

²⁴ Sentencia, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, n°T-146-2014, numeral 2.

La primera distinción la haremos en la etapa contractual, es decir, durante el ejercicio y vigencia del contrato de trabajo. Se ha sostenido que debido al carácter especial que reviste el daño moral en un trabajador, a nuestro juicio, ese menoscabo provocado tiene su origen en el contrato de trabajo, toda vez que el empleador tiene la obligación de adoptar en todo momento, respeto por los derechos fundamentales del trabajador, porque sólo así estará dando fiel cumplimiento a las normas del contrato, y en él, aunque no se especifique taxativamente cuáles son los derechos fundamentales que se deben respetar, se entiende que la ley 20.087 es un mandato para el actuar del empleador conforme al contrato de trabajo, pasando a ser una especie de cláusula esencial de él. Por lo tanto, si no se respetan aquellos derechos y se produce un menoscabo al trabajador se estará incumpliendo el propio contrato, incluyendo cuando la vulneración se da con ocasión del despido, incluso en palabras del propio profesor Tomasello Hart señala que *“Este daño moral es contractual y la indemnización debería regirse por las reglas de la responsabilidad contractual, pues no cabe ninguna duda que el daño moral ha sido ocasionado por una infracción a las reglas que rigen el contrato de trabajo”*.²⁵

Por su parte el profesor Gamonal señala que hay un argumento ético-jurídico para esta afirmación *“deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador; deber general de protección del empleador; deber de higiene y seguridad; deber de previsión; deber de ocupación efectiva y adecuada; deber de capacitación y educación; deber de diligencia y colaboración del trabajador; deber de fidelidad, y deber de lealtad”*. Y su fundamento se encontraría *“en el hecho de que la obligación del trabajador compromete su propia persona, toda vez que destina parte de sus energías físicas y mentales, constitutivas de su personalidad, para realizar su labor, lo que difiere de las demás prestaciones y lo involucra en forma singular y personalísima”*.²⁶

El hecho de considerar este daño moral como particular en su especie y que posea un origen contractual, cobra especial relevancia cuando se trata de la violación a los derechos de libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente sin obstáculos indebidos y la garantía de indemnidad, que consiste en no ser objeto de represalias ejercidas por parte del empleador, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales, ya que estos son derechos que solo atañen a la particularidad de este sujeto, sólo él es titular de esta clase de derechos fundamentales, siendo sólo el contrato de

²⁵ Tomasello Hart, Leslie (1069); “El daño moral en la responsabilidad contractual”, Santiago: Jurídica de Chile, p.291.

²⁶ Gamonal Contreras, Sergio (2000), “El Daño moral por término del contrato de trabajo”, Edürem, Santiago, p.21.

trabajo la herramienta y prueba esencial para la protección del trabajador, porque la ley al tipificarlos en el código lo que está haciendo es proteger y amparar esos derechos fundamentales, pero es el contrato de trabajo el que protege directamente y en el caso concreto al trabajador.

En la hipótesis del despido estamos de acuerdo con que no hay daño moral porque en ningún caso el empleador al despedir a un subordinado está infringiendo una regla del contrato, siempre y cuando este sea justificado, toda vez que el contrato de trabajo no contiene una regla que prohíba el despido, pero tratándose de derechos fundamentales no se da esta problemática, porque el empleador en ningún caso tendrá justificación para vulnerar uno de ellos y si es así, jamás deberán ser las razones para vulnerarlo discriminatorias ni arbitrarias.

Distinta es la situación cuando el derecho vulnerado es violado antes de existir el contrato de trabajo o cuando éste ya no existe producto del término de la relación laboral. Con respecto a estas etapas del iter contractual, la Excelentísima Corte Suprema ha sido bastante clara en su criterio a través del conocimiento de un recurso de casación en la forma en donde señala expresamente que el daño moral, al ser producido no estando en vigencia el contrato de trabajo, éste debe regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual. Así la Corte declara en su considerando catorce:

“Que, sin perjuicio de lo anterior, se advierte oportuno dejar expresado que, si bien no se cuestiona la admisibilidad de la acción civil incoada a fin de perseguir la responsabilidad del empleador por el hecho del despido injustificado, a objeto de reclamar la indemnización de los perjuicios no cubiertos por las disposiciones especiales propias de la competencia laboral, es lo cierto que no resulta indiferente al amparo de cuál de los estatutos de responsabilidad acude el actor, toda vez que su respectiva viabilidad obedece a requerimientos diversos, que, sin duda, determinarán la defensa que frente a los mismos pueda articular la demandada y, consecuentemente, serán los que ordenarán la lógica del fallo que zanje el asunto controvertido.

Así, aun cuando en una subsecuente sentencia de reemplazo esta Corte de Suprema pudiera resolver el pleito mediante una declaración semejante a aquella que viene dada en el fallo casado, lo relevante en la órbita de la lógica jurídico procesal es que la fuente de la responsabilidad en cuyo mérito se ha impetrado el resarcimiento es distinta de la que han tenido por comprobada los jueces del tribunal de alzada de Antofagasta.

En otras palabras, al decidir el conflicto promovido en autos conforme a los dictados del estatuto de la responsabilidad contractual que, aunque de aplicación general, no fue invocado por el demandante ni siquiera en forma subsidiaria a su petición principal cobijada únicamente en el régimen de responsabilidad extracontractual,

*los jueces de segunda instancia se han excedido del ámbito propio en que fue fijado el pleito, al extender su dictamen a puntos no comprendidos en la litis, incurriendo de ese modo en la cuarta causal de nulidad en la forma contemplada en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia que determina que esta Corte haga lugar a la casación impetrada por la parte demandada”.*²⁷

Si bien, compartimos el criterio de la Corte, pues al tratarse de un perjuicio originado en un tiempo anterior o posterior a la vigencia del contrato de trabajo, nada obsta a que los sentenciadores del trabajo apliquen las normas de los estatutos de la responsabilidad contractual o extracontractual según corresponda, hay algo que aún se mantiene, que es la calidad de trabajador de la persona, ya que, sin perjuicio de lo anterior al momento de, por ejemplo, ir a una entrevista de trabajo, la persona que asiste a ella lo hace en su calidad de trabajador o cuando ella es despedida y se extingue la relación laboral, y el empleador ensucia la imagen de la persona para perjudicarla y dificultarle su ingreso a otro empleo, aquí ya no hay contrato laboral, por lo tanto, no se está infringiendo contrato alguno, el daño moral ya no tendrá un origen contractual y es así que, en una eventual sentencia condenatoria la indemnización debiese sólo corresponder a daño moral.

Pero insistimos en la idea de que, a nuestro juicio, por la calidad especial de la persona, esta indemnización debe reclamarse en el procedimiento de tutela laboral, pero eso nos lleva a otra encrucijada, ya que si en estos dos casos sólo cabría reclamar el resarcimiento del eventual daño moral, el sistema de indemnización tasada que utiliza este procedimiento no resulta armónica o de fácil aplicación al daño moral, pues sus estándares no son equivalentes al sistema de valoración de la indemnización que contempla nuestro código. Pero este es un problema que trataremos más adelante.

Por último, sea cual sea la situación temporal en la que nos encontremos, podemos concluir que, el ordenamiento jurídico que actualmente tenemos, nos brinda las herramientas necesarias y suficientes para que el daño moral sea reparado, pues no debemos olvidar lo establecido por el Código Civil en su artículo 4, “*las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de éste Código*”. Por lo tanto, si es que los tribunales de alzada rechazan la procedencia de la indemnización de daño moral, por el hecho de no estar contemplada por el legislador, aquello no obsta a que apliquemos una norma de aplicación general como lo es el Código Civil, en

²⁷ Sentencia; Excma. Corte Suprema, Rol N°7270, considerando 14.

donde sí encontramos solución, pues con él podemos reparar el daño, ya sea aplicando las normas de los estatutos de responsabilidad contractual o extracontractual, según sea el caso.

Con más precisión y para seguir con la interpretación que realiza el profesor Ramón Daniel Pizarro quien plantea, *“En tanto el Derecho Laboral no consagre una solución normativa diferente, y se respeten los principios, no existe razón alguna que permita excluir la aplicación supletoria de las normas del Código Civil en materia de derecho de daños y en particular, las que se refieren al resarcimiento del daño moral”*.²⁸

Así por ejemplo, encontramos un fallo dictado por el Juez del Trabajo de Iquique, en donde un trabajador sufrió acoso moral, viéndose vulnerado en su integridad, psíquica y derecho a la no discriminación arbitraria, señalando en su considerando vigésimo:

“En este sentido, debe probar el daño quien lo alega, y por el hecho de no existir en nuestra legislación normas especiales sobre la prueba del daño moral, se entiende que deben regir las reglas generales, por lo que para que el daño moral se entienda reparable debe ser cierto y probado”.²⁹

En conclusión, sí existen argumentos para señalar que el daño moral ocasionado a propósito de una violación de derechos fundamentales es de origen contractual, toda vez que al vulnerarse éstos, se está infringiendo el contrato de trabajo, pero dicha situación sólo sería procedente para el caso de encontrarse vigente el contrato o que la violación se produzca con ocasión del despido. Sin embargo, si situamos el hecho ilícito con su secuencial perjuicio moral antes o después de la vigencia del contrato de trabajo, en este contexto ya no habría origen contractual sino que precontractual o postcontractual, pues el empleador estaría infringiendo lo que se denomina en sede extracontractual un *deber de cuidado*, pero que en todo caso, atendiendo a la particularidad de la víctima, este daño debe ventilarse en el procedimiento laboral y más precisamente en el procedimiento previsto por la ley 20.087.

²⁸ Pizarro, Ramón Daniel, “Daño moral : prevención, reparación, punición : el daño moral en las diversas ramas del derecho”. Buenos Aires; Hammurabi, 1996, página 595.

²⁹ Sentencia Juzgado del Trabajo Iquique (T-12-2009); considerando 20.

4. De la incompatibilidad del sistema tasado de la indemnización con naturaleza y esencia del daño moral.

En el artículo 489 en sus respectivos incisos de manera sencilla prescribe que, el juez puede en la sentencia, ordenar el pago de las indemnizaciones legales con recargo y, adicionalmente, cuando la violación al derecho fundamental se da con ocasión del despido, puede el sentenciador condenar a una indemnización por una cantidad entre seis y once meses de la última remuneración mensual y que cuando el tribunal declara que el despido es discriminatorio (por actos de discriminación cometidos por el empleador) y grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya señaladas.

Desde un comienzo, advertimos la dificultad de admitir el daño moral en el procedimiento de tutela laboral debido al sistema de tasación de la indemnización que ocupa aquel procedimiento, entre otros motivos.

El hecho de que sea tasado, complica mucho las cosas, ya que no da cabida para valorar el daño causado, atendiendo a otros parámetros y criterios más acorde a la naturaleza del daño, ya que éste no es patrimonial. En palabras de la profesora Domínguez Hidalgo *“fíel exponente de esta forma de definir el daño no patrimonial es [De Cupis] para el cual este no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial, puesto que ambos perjuicios conforman el daño privado (...) Daño no patrimonial es en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial”*.³⁰

Pero también podemos verlo desde el punto de vista del objeto o bien menoscabado, que en este caso es un derecho fundamental, por lo tanto, es un bien no patrimonial, así lo señala el autor Zanonni, *“La lesión afecte una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico”*.³¹

Como podemos observar, el daño moral no lo podemos catalogar como un daño o bien patrimonial, a diferencia de la pérdida del ingreso de la fuente laboral. Por lo demás, la vulneración a un derecho fundamental que provoque un menoscabo moral puede darse sin que

³⁰ Domínguez Hidalgo, Carmen (1999); *“Aspectos modernos de la reparación el daño moral. Contrate entre el derecho chileno y el derecho comparado”*, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, p. 52.

³¹ Zanonni, Eduardo (1978); *“El daño en la responsabilidad civil”*, Astrea, Buenos Aires, p. 290.

se pierda remuneración alguna, y como ya se explicó para tal evento las indemnizaciones contempladas sólo tienen un carácter sancionatorio, por lo tanto, siendo ellas incompatibles con un sistema resarcitorio integral para el trabajador.

La otra situación que contempla el código, es aquella en que la vulneración al derecho fundamental se produzca con ocasión del despido, es decir, en este escenario además de producirse el daño moral se pierde la fuente de ingreso y es por ello que en este caso el legislador estableció una indemnización especial y tasada, cuyo monto en dinero queda a criterio del juez, pero que tiene un piso mínimo y uno máximo para su determinación. Obviamente, una conducta ilícita del empleador que vulnere un derecho del trabajador y además lo despoje de su remuneración debe ser sancionada, por el hecho de cometer una infracción al contrato, pudiéndose utilizar un sistema tasado, pero tratándose del daño moral, por su esencia, él debe atender a otros criterios, como por ejemplo, la intensidad de la conducta infraccional, la frecuencia y regularidad de ésta, pero sobre todo se debe atender al tipo de derecho fundamental que se está lesionando o se lesionó.

El legislador debiese establecer otros parámetros para determinar la indemnización del daño moral, para que así el juez pueda valorar el daño y su resarcimiento de acorde a su naturaleza no patrimonial, pues de lo contrario, aquel trabajador que tiene un mayor salario puede optar a una mejor reparación, criterio que se aparta totalmente al concepto de justicia.

Con respecto a esta indemnización tasada, que se da con ocasión del despido es importante señalar como es que se han pronunciado alguno de nuestros tribunales laborales de primera instancia principalmente, ya que como se señaló el criterio de los tribunales de superiores es el de rechazar la procedencia del daño moral, por el hecho de no ser una indemnización establecida por el legislador.

El 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, conociendo de una causa por despido en la cual se vulneraron los derechos a la integridad física y psíquica, y a la protección de la vida privada y a la honra, en la cual se reclama indemnización por daño moral, el juez sentencia que:

“Que en cambio, respecto de la procedencia del daño moral alegada por la demandada, en relación al hecho de haberse solicitado conjuntamente con la acción de tutela laboral, cabe advertir que el art. 489 del Código del Trabajo ha establecido una indemnización especial para el caso de despido vulneratorio de derechos fundamentales, que es adicional a las indemnizaciones por término de contrato (si procedieran) y que puede fijarse por el juez entre un rango de seis a once remuneraciones del trabajador. Esta indemnización, que ha sido

*solicitada en estos autos, tiene como objetivo –a juicio de este juez- justamente la reparación del daño extrapatrimonial causado al afectado, daño que cabe suponer por la incidencia que tiene en el ámbito moral del individuo la vulneración de sus derechos fundamentales, y que el juez puede regular entre un piso y un tope común margen de apreciación importante para evaluar los daños. En este sentido se ha pronunciado el autor Sergio Gamonal en su libro “Procedimiento de tutela laboral de derechos laborales”, Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, año 2007. Que, por lo anterior, no procede solicitar indemnización por daño moral mediante la acción de tutela laboral por despido vulneratorio, toda vez que este concepto está ya contenido en la indemnización adicional del art. 489 del Código del Trabajo, sólo para los casos en que la relación haya terminado. Que la redacción del n°3 del art. 495 del Código del Trabajo, referente a que la sentencia debe contener la indicación de las medidas a que se encuentre obligado el infractor, ‘incluidas las indemnizaciones que procedan, no logra revertir lo razonado anteriormente, toda vez que dicha frase debe referirse, en este caso, a las indemnizaciones por término de contrato y la adicional del art. 489, ya citado’.*³²

Esta sentencia no nos parece correcta por dos razones, primero porque está incluyendo la reparación del daño moral en la indemnización del artículo 489 del código del ramo, lo cual como señalábamos no son compatibles, por los criterios utilizados que son más bien para resarcir un daño patrimonial como lo es la pérdida de la remuneración y además porque quien tenga un salario más alto podrá optar a una mejor reparación de sus perjuicios no patrimoniales. Y en segundo lugar, porque señala que las indemnizaciones del artículo 495 corresponden a las indemnizaciones por término de contrato, es decir, sólo con un fin sancionatorio, lo cual ya se aparta del mandato de reparación integral del daño y que, por lo tanto, al sólo ser sancionatorio, en un caso de vulneración de derechos fundamentales donde se produzca daño moral sin que haya despido, éste nunca podrá ser resarcido, siendo que, la propia sentencia señala que, el hecho de tratarse de vulneraciones a los derechos fundamentales, se está afectando principalmente aspectos extrapatrimoniales, como lo es el daño moral.

Similar raciocinio, sigue el juez del Tribunal del Trabajo de Los Andes, quien expresa:

“16°. Que, en lo referente al daño moral sufrido por la actora como consecuencia de los hechos fundamentales la acción de tutela, cabe tener presente que nuestros tribunales superiores de justicia han rechazado mayoritariamente, las acciones que pretenden el resarcimiento por el daño moral provocado por el despido o la terminación de la relación laboral en esta sede, toda vez que han estimado que las indemnizaciones

³² Sentencia 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, T-4-2009; considerando 5 y ss.

*por falta de aviso previo y por años de servicios establecidas por el Código del Trabajo –y en este caso la sancionatoria especial establecida por el artículo 489 del citado Código-, tienen por objeto compensar la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente del trabajo, así como la vulneración de derechos fundamentales, de manera tasada y determinada por la ley, excluyendo la reparación por el daño moral de manera adicional a la establecida por tales indemnizaciones, criterio que también sigue este sancionador, razón que llevará a rechazar la demanda en este rubro”.*³³

Si bien esta sentencia incurre en los mismos errores que la sentencia anterior, debemos agregar también que, el legislador nunca ha establecido fehacientemente a qué clase de indemnizaciones se refiere el artículo 495 y ni siquiera señala el código que la indemnización adicional del artículo 489 se refiera exclusivamente al daño moral, porque como se dijo en el párrafo anterior no llevaría a concluir que el daño moral sólo se puede ocasionar cuando existe un despido, lo que es absurdo.

El siguiente fallo es del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, que nos resulta bastante interesante en su razonamiento y este señala:

“Undécimo: Determinación del monto de la indemnización sancionatoria. Nuestro nuevo procedimiento de tutela, como se señalase en otro pronunciamiento anterior; privilegió por sobre el reintegro laboral, el establecimiento de una indemnización sancionatoria, que va de seis a once meses de la última remuneración mensual. Establecida la extensión del tramo por el legislador, corresponde al juez fijar en concreto el quantum de la sanción para la aplicación al caso concreto, donde en particular, se tendrá en consideración, que la trabajadora además de perder su empleo, lo que ya resulta una alteración al diario vivir, tuvo que soportar una condición estresante a la que fue sometida, sufrió la afectación de los aspectos básicos que conforman la personalidad, fue expuesta ante sus compañeros de trabajo como sujeto de reproche por un eventual delito, sin que a los mismos les sea exigible discriminar si se interroga por el delito mismo o por un incumplimiento contractual, dejando públicamente el mando de la duda, no aclarada probablemente hasta el día de hoy, por lo que a partir de la gravedad de las vulneraciones, se determinará la intensidad de la sanción, estimándose que proporcionalmente corresponde aplicarla en su máximo como se expresará en lo resolutive. Duodécimo: En relación al daño moral demandado: Dicha indemnización será desestimada, por estimarse que la indemnización adicional sancionatoria establecida por el legislador en el inciso tercero del artículo 489 del Código del Trabajo

³³ Sentencia, Juzgado del Trabajo de Los Andes, T-26-2009, considerando 16.

cubre, en este caso, adecuadamente el resarcimiento compensatorio de la lesión a los derechos anotados como conculcados... ”³⁴

Esta sentencia nos resulta bastante curiosa porque por una parte acepta la postura que nosotros adoptamos en este trabajo, es decir, acepta que la indemnización establecida para este procedimiento tiene un carácter sancionatorio, pero por otro lado, si bien desecha la indemnización alegada para reparar el daño moral, el sentenciador la rechaza por estimar que la indemnización adicional logra resarcir dicho menoscabo.

Esto nos demuestra lo poco claro que es el código, lo que provoca que los tribunales de justicia no sigan un solo criterio, impidiendo que el trabajador sea indemnizado en todos sus aspectos y lo que peor es que resulten sentencias tan contradictorias como la recién citada.

En los siguientes fallos también se reconoce el derecho a pedir indemnización por concepto de daño moral, pero nuevamente, como en la sentencia anterior, esta es rechazada por estimarse que la indemnización adicional del artículo 489 es suficiente para la reparación de los perjuicios morales:

“25. La indemnización compensatoria del daño extrapatrimonial que se demanda bajo el rótulo de daño moral será desestimada únicamente por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio de la lesión de los bienes extrapatrimoniales anotados, sin perjuicio de lo que pueda decirse en otros casos a la luz del principio general del derecho que impone la reparación integral del daño, cuando la tarifa legal pueda impresionar como manifiestamente insuficiente”.³⁵

“Undécimo: que la indemnización compensatoria del daño extrapatrimonial que se demanda bajo el rótulo de daño moral será desestimada únicamente por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio de la lesión de los bienes extrapatrimoniales anotados, sin perjuicio de lo que pueda decirse en otros casos a la luz del principio general del derecho que impone la reparación integral del daño, cuando la tarifa legal puede impresionar como manifiestamente insuficiente. Duodécimo: que habiendo esta sentenciadora dado lugar a lo principal de lo solicitado por la parte y siendo el despido de autos atentatorios de las garantías constitucionales invocadas por la actora, no se pronunciará sobre lo solicitado en subsidio por no corresponder conforme lo resuelto ”³⁶

³⁴ Sentencia, 2º Juzgado del Trabajo, T-33-2009, considerando 11.

³⁵ Sentencia 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, T-24-2009; considerando 25.

³⁶ Sentencia, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago T-45-2009, considerando 11.

*“Decimoséptimo: que la indemnización compensatoria del daño extrapatrimonial que se demanda bajo el rótulo de daño moral será desestimada únicamente por estimarse que la indemnización adicional cubre adecuadamente en este caso el resarcimiento compensatorio de la lesión de los bienes extrapatrimoniales anotados, sin perjuicio de lo que pueda decirse en otros casos a la luz del principio general del derecho que impone la reparación integral del daño, cuando la tarifa legal pueda impresionar como manifiestamente insuficiente”.*³⁷

Sin bien, estas sentencias reconocen el derecho a ser indemnizados por daño moral, lo que se puede considerar como un gran avance, estos sentenciadores, determinan que aquella indemnización adicional contempla el resarcimiento del daño moral, pero al estimar que ésta lo repara de manera íntegra, da como resultado concreto que no se esté reparando el daño moral. Pero también podemos destacar que, si bien no se da lugar al daño moral, también es cierto que estos jueces reconocen que podría darse el caso en que esta indemnización no fuera suficiente, por lo tanto, habría que agregar otra indemnización que solo fuera dirigida a reparar el daño moral, lo cual también significa un avance positivo.

Y para concluir, citaremos una sentencia que, a nuestro modo de ver es la más correcta de todas y es la debiese ser seguida tanto por los tribunales de primera instancia como por los tribunales superiores, ya que refleja completamente nuestra postura.

“Vigésimo cuarto: Que en cuanto al daño moral si bien el artículo 489 del Código del Trabajo establece una indemnización adicional a las propias del despido, estas dicen relación con las circunstancias de la vulneración de derechos fundamentales, no exige para su procedencia la acreditación del daño moral, develada la vulneración de derechos fundamentales el juez puede otorgar la misma en el rango que la ley le permita sin que la ley exija que se determine la vivencia de perjuicio y la afeción del trabajador denunciante. De este modo se estima que no resulta incompatible la referida indemnización con una indemnización por daño moral que dice relación con que la vulneración misma causa la sensación de perjuicio en el trabajador en razón de sus propias características personales. En razón de lo anterior se estima que esta sede es competente para pronunciarse al respecto ya que la desvinculación se produce con ocasión de la vulneración del contrato de trabajo, ya que conforme lo señala el inciso final del artículo 2º del mismo cuerpo legal “Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren” de modo tal –como lo señala la doctrina- cualquier despido por motivos discriminatorios generará responsabilidad contractual. Ahora bien es pertinente tener en cuenta que señala la

³⁷ Sentencia, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, T-56-2009, considerando 17.

*literatura especializada señala que el daño moral tiene que ver con una actitud consciente del sujeto e implica una percepción personal más de perjuicio que de sufrimiento. El daño psíquico, en cambio, se da en el ámbito inconsciente y corresponde al psicólogo forense determinarlo. Pues bien teniendo presente que según lo acreditado, la demandada presenta una personalidad vulnerable, teniendo una percepción de perjuicio y una afección emocional que se estima debe ser tratada por al menos 6 meses de tratamiento psicológico y psiquiátrico, se le otorgará una indemnización por daño moral equivalente a 6 remuneraciones mensuales”.*³⁸

³⁸ Sentencia, 1° Juzgado del Trabajo de Santiago, T-63-2011, considerando 24.

CAPÍTULO IV

Los derechos fundamentales no amparados por el procedimiento de tutela laboral.

Como bien anticipamos, el catálogo de derechos consagrados en la ley 20.087 sólo abarca la tutela de ciertos derechos fundamentales, y no todos.

Ante esto, la idea que sostenemos es que el nuevo procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador, pero al no contemplarlos todos en la tutela privilegiada de los derechos de la ley en comento, no podemos señalar, en ningún caso, que los derechos excluidos de enumeración taxativa puedan ser extendidos a la competencia de los tribunales laborales.

Esto en razón a que, si el legislador hubiera tenido en cuenta la necesidad de proteger estos derechos en sede laboral, sencillamente los hubiese incluido en este catálogo, para su protección específica y privilegiada. En consecuencia, no se puede ampliar las facultades de competencia de los tribunales, toda vez, que es la ley la que expresamente debe señalar cuáles son sus atribuciones.

Lamentablemente, con esta situación no se puede sostener que el ordenamiento jurídico chileno ha establecido una tutela de protección privilegiada para todos los derechos fundamentales; han quedado excluidos aquellos como el derecho a la huelga, en materia específicamente laboral, y otros como el derecho de propiedad, vivir en un medio libre de contaminación, o la salud, ya que estos, han caído en la custodia de la vía ordinaria de amparo de los recursos que es a través de la Acción de Protección y han de perseguir su tutela en un procedimiento diferente a lo establecido por el Código del Trabajo.

En palabras de los profesores Juan Carlos Ferrada y Rodolfo Walter *“la novedad no consiste en hacer efectivo los derechos fundamentales laborales tradicionales en las relaciones jurídicas del trabajo, como la libertad sindical o el derecho a huelga, sino hacer una aplicación concreta de los derechos fundamentales generales –denominados “inespecíficos” por la doctrina– al campo de las relaciones generadas al interior de la empresa”*.³⁹

En ese mismo texto, posteriormente añaden que *“sin perjuicio de lo anterior, la regulación*

³⁹ Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2011); Walter Díaz, Rodolfo. “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, Revista de Derecho, Vol. XXIV - N° 2, p. 91-111.

*laboral en análisis da un paso más: amplía o extiende el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores a los casos de represalias del empleador derivadas de una fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo o del ejercicio de acciones judiciales por parte de aquellos (artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo), y la censura y sanción de las prácticas antisindicales o desleales (artículo 292 del Código del Trabajo).*⁴⁰

La primera de dichas situaciones, que la doctrina ha denominado "derecho o garantía de indemnidad", supondría la creación de un nuevo derecho fundamental de los trabajadores, pero esta vez por vía legal, el que tendría su fundamento normativo último en el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, se da un giro, pero para ampliar, no el catálogo de derechos enumerados taxativamente por la ley, sino que, más constituye un nuevo derecho que es una verdadera garantía de los derechos señalados y tutelados por este procedimiento.

Así, el denominado "derecho a la indemnidad" podría no ser considerado una norma que reconoce o establece un derecho, sino una norma prohibitiva que describe una conducta irregular sancionada por la ley. La relevancia especial que reviste este derecho a no ser objeto de represalias en razón o consecuencia de haber requerido el trabajador, una fiscalización de las Inspecciones del Trabajo o ejercido una acción judicial, que encuentra sustento constitucional último en las normas que consagran el estado de derecho.

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

Este derecho estaría construido como una norma de protección de los trabajadores frente a posibles represalias adoptadas por el empleador, constituyéndose en un mecanismo privilegiado de amparo frente a ese tipo de conductas antijurídicas. Así, la extensión que hace el legislador del procedimiento de tutela laboral a este tipo de conductas prohibidas supone la

⁴⁰ (Ferrada et al., 2011: p.91-111).

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

El denominado "derecho a la indemnidad" no es un nuevo derecho fundamental establecido en el Código del Trabajo, sino una prohibición legal del empleador para realizar actos de represalia en contra de los trabajadores. La vulneración de dicha prohibición puede ser interpretada como una forma de afectación o lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

Y como una consecuencia de ello, también puede ser lesionado como cualquier otro derecho fundamental que está consagrado en la ley 20.087 y, por tanto, también puede dar lugar a la violación de derechos por parte o responsabilidad del empleador y así, en este sentido si el trabajador lo estima necesario y procedente puede alegar, en sede laboral, una acción de resguardo tanto para sus derechos patrimoniales como morales.

CONCLUSIONES

Con todo, podemos concluir lo siguiente:

- 1- La indemnización contemplada es en atención a la infracción al contrato de trabajo que incurre el empleador, por lo tanto, esta indemnización es de carácter sancionatorio.
- 2- El legislador no contempla de manera expresa una indemnización que corresponda resarcir el daño moral y no toca al juez laboral establecer sanciones.
- 3- La naturaleza de la indemnización, esto es, tasada, no se condice con la esencia de carácter no patrimonial del daño moral, por ende, para valorarlo se debe atender a otros criterios y los establecidos para esta indemnización especial no son los idóneos.
- 4- En caso de haber un criterio uniforme de la jurisprudencia, aceptando la procedencia del daño moral este debe ser alegado y fallado por los tribunales laborales en el procedimiento establecido por la Ley 20.087

Sin perjuicio de todo lo dicho, creemos firmemente que el daño moral que eventualmente puede sufrir el trabajador, debe estar expresamente regulado en el Código del Trabajo, porque solo así se logrará una protección íntegra del trabajador, pues es, del todo razonable que la violación a los derechos fundamentales provocan un daño moral en distintas magnitudes, dependiendo del acto ilícito, su frecuencia y el derecho fundamental lesionado.

Creemos que la regulación actual adolece de técnica legislativa e incluso voluntad política, al dejar un vacío con respecto a este tema tan fundamental como lo es el daño moral, una institución transversal a todas las ramas del derecho.

Otra solución que también esbozamos en este trabajo fue que, de no haber norma expresa que regule y reconozca la indemnización por daño moral, tenemos normas subsidiarias del derecho común y los principios que rigen nuestro ordenamiento, para salvar aquella laguna, y evidentemente, en el Derecho Civil se estudia fuertemente el daño moral, en sede contractual como extracontractual, y no cabe hacer una interpretación restrictiva para el caso de las relaciones laborales

Las razones para creer que estas indemnizaciones no contemplan el daño moral pueden parecer a simple vista válidas, pero lo cierto es que no podemos dejar de lado principios tan importantes como lo son la reparación integral del daño y el principio protector del Derecho del Trabajo, y es en base a este último que, en todas las hipótesis que nos encontremos,

tratándose de un trabajador, deben ser ventiladas estas materias en un procedimiento laboral, sobre todo cuando se trata de un daño moral producto de una vulneración a los derechos fundamentales, éste debe tratarse en el procedimiento de tutela laboral.

Por último, creemos que lo ideal es que esto debe estar regulado de manera expresa, porque lamentablemente lo que significa el Código Penal, lo es para el Código del Trabajo, en el sentido de que, estas son legislaciones que regulan relaciones entre sujetos que están en situaciones desiguales, de subordinación, en este caso, la desigualdad primordial es la económica, en razón de ello no se puede dar cabida a interpretaciones doctrinarias ni mucho menos jurisprudenciales, como ocurre actualmente.

La protección hacia el trabajador debe ser completa, que garantice su seguridad en todos sus aspectos, por eso, estamos convencidas de que el daño moral puede tener incluso cabida cuando se trata de un sindicato, por lo que significa él en la sociedad, como actor político y social y en definitiva, todo lo que aquí esbozamos no es por mero capricho sino porque creemos que una protección íntegra del trabajador contribuye a la distribución del poder y en última instancia a una distribución de los recursos económicos y oportunidades para desarrollarnos en nuestra vida, no solo en el ámbito profesional sino que en todas las facetas que el humano de manera individual y colectiva quiera alcanzar.

BIBLIOGRAFÍA

I. Artículos de revistas.

- 1- Prado López, Pamela (2005): “La reparación del daño moral ocasionado al trabajador, durante la vigencia del Contrato de Trabajo”. Revista Laboral chilena, Mayo, p. 75.
- 2- Vásquez Vialard, Antonio, (1988): “La responsabilidad en el derecho del trabajo, n° 146, p.757.
- 3- Gamonal Contreras, Sergio (2011); Comentarios Legales: “El daño moral por término del contrato de trabajo”, Revista Laboral Chilena, 2011, p.76.
- 4- Guidi Moggia, Caterina, (2006): “El acoso laboral y el psicoterror en el ámbito laboral” segunda parte, Artículo publicado en la Revista Laboral chilena, agosto, p. 81.
- 5- Prado Fernández, Juan Manuel (2013): “Jurisprudencia de tutela de derechos: El daño moral”, Estudios Laborales/Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 8, Santiago, p.22.
- 6- Vergara Ceballos, Fabiola (2003). “Despido abusivo y daño moral”. Publicado en Revista de Actualidad Jurídica n°8, Julio. Universidad del Desarrollo., p. 293.
- 7- Palavecino Cáceres, Claudio (2004); “La protección contra el acoso psíquico laboral en el ordenamiento jurídico”, Revista de Derecho (Valdivia) volumen XVII, p. 63-89.
- 8- Gamonal Contreras, Sergio (2012); “Evolución el daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n° 39 XXXIX 2012, 2 semestre p. 161 – 176.
- 9- Devillaine Gómez, Franco, Palavecino Cáceres, Claudio (2008); “Sobre la naturaleza del procedimiento de tutela laboral”, La semana jurídica n°382, 2008, p. 6.
- 10- Gamonal Contreras, Sergio “Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno” Revista de Derecho de la

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n° 39 Valparaíso diciembre 2012. xxxix 2012, 2 semestre páginas 161 – 176.

- 11- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2011); Walter Díaz, Rodolfo. “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, Revista de Derecho, Vol. XXIV - N° 2, p. 91-111.

II. Libros.

- 1- Alessandri Rodríguez, Arturo, (1943): “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, Imprenta Universitaria, Santiago, p.210.
- 2- Pizarro, Ramón Daniel (1996): “Daño moral: prevención, reparación, punición: el daño moral en las diversas ramas del derecho”. Buenos Aires, Hammurabi, p. 606.
- 3- Domínguez Águila, Ramón (2010); “Los límites al principio de reparación integral” Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, p. 9-28.
- 4- Gamonal Contreras, Sergio (2000): “El daño moral por término del contrato de trabajo: su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo”, EDITREM, p. 9.
- 5- Tomasello Hart, Leslie (1069); “El daño moral en la responsabilidad contractual”, Santiago: Jurídica de Chile, p.291.
- 6- Gamonal Contreras, Sergio (2000), “El Daño moral por término del contrato de trabajo”, Edtirem, Santiago, p.21.
- 7- Domínguez Hidalgo, Carmen (1999); “*Aspectos modernos de la reparación el daño moral. Contrate entre el derecho chileno y el derecho comparado*”, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, p. 52.
- 8- Zanonni, Eduardo (1978); “*El daño en la responsabilidad civil*”,Astrea, Bueno Aires, p. 290.

- 9- Pizarro, Ramón Daniel, “Daño moral : prevención, reparación, punición : el daño moral en las diversas ramas del derecho”. Buenos Aires : Hammurabi, 1996, página 595.

III. Jurisprudencia.

- Nacional

- 1- Sentencia, Causa n°54/2013 Resolución n°109.853, Corte de Apelaciones de Santiago.
- 2- Dictamen n°44665 de la Contraloría General de la República, 25 de julio de 2012.
- 3- Sentencia, Juzgado del Trabajo de Iquique, T-14-2009, considerando 14.
- 4- Sentencia, Juzgado del Trabajo de Antofagasta, T-13-2009; considerando 9.
- 5- Sentencia, Juzgado del Trabajo de Iquique, T-14-2009, considerando 14.
- 6- Sentencia, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, n°T-146-2014, numeral 2.
- 7- Sentencia; Excma. Corte Suprema, Rol N°7270, considerando 14.
- 8- Juzgado del Trabajo Iquique (RIT T-12-2009); considerando 20.
- 9- Sentencia 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, T-4-2009; considerando 5 y ss.
- 10- Sentencia, Juzgado del Trabajo de Los Andes, T-26-2009, considerando 16.
- 11- Sentencia, 2° Juzgado del Trabajo, T-33-2009, considerando 11.
- 12- Sentencia 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, T-24-2009; considerando 25.
- 13- Sentencia, 2° Juzgado del Trabajo de Santiago T-45-2009, considerando 11.
- 14- Sentencia, 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, T-56-2009, considerando 17.

15- Sentencia, 1º Juzgado del Trabajo de Santiago, T-63-2011, considerando 24.

- Comparada

1- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria del 31 de julio de 2001.

2- Tribunal Constitucional de España, sentencia nº247/2006, 24 de julio de 2006.