



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, CHILE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR VULNERACIÓN A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA DURANTE LA VIGENCIA DEL
CARGO”**

Tesina de la Carrera de Derecho

Por

Omar Prado López

Cristian Rivera Meriño

Asignatura

Seminario de Licenciatura

Profesor

Pamela Prado López

Fecha

diciembre de 2013

ÍNDICE

	Páginas
PARTE PRELIMINAR	
1.- Tabla de abreviaturas	5
2.- Resumen	6
3.- Abstract	6
4.- Palabras claves	6
5.- Introducción	7

CAPÍTULO I DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- La función pública	9
2.- Los derechos fundamentales en la relación laboral de la función pública	10
3.- La vulneración de los derechos fundamentales en la función pública	11
3.1.- Acoso Sexual	12
3.2.- Mobbing	15
3.2.1.- Regulación	20
3.2.2.- Ejemplos de mobbing	21
3.3.- Vulneraciones aisladas	22

CAPÍTULO II

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

1.- Aspecto previo: ¿Por qué se deben indemnizar la violación de derechos fundamentales?	23
2.- Estatuto de Responsabilidad Aplicable: ¿Contractual o Extracontractual?	23
3.- De la Acción Indemnizatoria	26
3.1.- Elementos	27
3.1.1.- Sujeto Activo: La Víctima	27
3.1.2.- Sujeto Pasivo: Estado	27
3.1.2.1.- La Responsabilidad Constitucional Indemnizatoria	27
3.1.2.2.- La Falta de Servicio	28
3.1.2.3.- La Culpa Organizacional	30
3.1.2.3.- La Falta Personal	31
3.1.3.- El Daño	31
3.1.3.1.- Requisitos: debe ser legítimo y significativo	32
3.1.3.2.- Tipos de daños	33
3.1.3.2.1.- Daño Moral	33
3.1.3.2.2.- Daño Emergente	35
3.1.3.2.3.- Lucro Cesante	35
3.1.4.- Objeto Pedido	36

CAPÍTULO III

DE LOS PROCEDIMIENTOS EN GENERAL COMO INSTRUMENTO RESARCITORIO

1.- La acción constitucional de protección	37
--	----

1.1.- ¿Tiene alguna ventaja el recurso de protección?	38
2.- El procedimiento del Estatuto Administrativo	39
3.- El juicio ordinario	41
4.- El procedimiento de tutela laboral	41
4.1.- Aplicabilidad del procedimiento para la función pública	43
4.2.- Admisibilidad de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual	45
4.3.- Incompatibilidades del procedimiento con la función pública	46
4.4.- Bondades del procedimiento de tutela laboral	48

PARTE FINAL

1.- Conclusiones	49
2.- Bibliografía	51

TABLA DE ABREVIATURAS

• Art	Artículo
• CA	Corte de Apelaciones
• CCCh	Código Civil chileno
• CT	Código del Trabajo chileno
• CPR	Constitución Política de la República
• CS	Corte Suprema
• EA	Estatuto Administrativo
• Inc	Inciso
• JLT	Juez de Letras del Trabajo
• LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
• LOCGR	Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República
• PdIR	Presidente de la República
• PTL	Procedimiento especial de Tutela Laboral
• RP	Recurso de Protección

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre un análisis de las características y de los elementos que la acción indemnizatoria, en el supuesto de vulneración de derechos fundamentales durante el ejercicio de la función pública, y desarrollando críticamente los posibles procedimientos, bajo el criterio de cuál de ellos posibilita la mejor obtención del resarcimiento.

ABSTRACT

This current work deals with an analysis of the characteristics and elements that the action for damages in the event or cases of violation of fundamental rights during the exercise of public functions, develop critically the possible procedures, under the judgment of which one possible obtaining the best compensation.

PALABRAS CLAVES

ACCIÓN INDEMNIZATORIA - FUNCIÓN PÚBLICA - VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - ACOSO SEXUAL - MOBBING - RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - DAÑO - DAÑO MORAL - PROCEDIMIENTO DE TUTELA.

INTRODUCCIÓN

La ley 20.087 del año 2009, vino a incorporar el procedimiento de tutela laboral en el CT lo que “implicó la incorporación efectiva de la protección judicial, en sede laboral, de los denominados “*derechos fundamentales inespecíficos*” de los trabajadores, estableciéndose como un mecanismo de resguardo especial y privilegiado de amparo de sus derechos frente a las facultades del empleador”¹. Esto, en definitiva, significó un avance ya que en este procedimiento también se pueden hacer valer ciertas acciones que permiten reparar el daño causado por parte del empleador o trabajador.

De esta manera, cabe preguntarse qué acontece con los funcionarios públicos² en materia de reparación al daño causado por la vulneración a sus derechos fundamentales.

Los funcionarios y empleados públicos carecen de una vía idónea y directa para poder ejercer una efectiva protección de sus derechos fundamentales en relación con la vulneración acaecida en su relación laboral, como demostraremos en el transcurso de este trabajo. En la actualidad, existe jurisprudencia y doctrina contradictoria sobre el procedimiento que se debe practicar en caso de vulneración a los derechos fundamentales en el ejercicio de su cargo de los funcionarios públicos. De esta manera, algunos sostienen que el procedimiento adecuado es el RP, el procedimiento del Art. 160 del EA, y otros el PTL establecido en el CT. Esta situación de indefensión o desprolijidad en nuestro ordenamiento, se ve acrecentada puesto que, además de lo ya indicado, se discute sobre el mecanismo capaz de resarcir los daños provocados a éstos de manera oportuna y completa.

En este sentido, la acción constitucional de protección no es un mecanismo idóneo para obtener el resarcimiento de los daños, sino, más bien, es para prestar un pronto amparo al afectado cada vez que se ve amenazado, restringido o coartado de alguna libertad o derecho por parte de la autoridad o un particular³. Se podría interpretar que el procedimiento es el de tutela establecido en el CT, sin embargo, hay jurisprudencia que establece que el daño moral no procede en el procedimiento de tutela, lo que significa, en otros términos, que posiblemente ésta no es la vía adecuada⁴. No obstante lo anterior, lo señalado en este fallo no parece ser

¹ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; Walter Díaz, Rodolfo. *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV - N°2, Diciembre de 2011. Página 92

² Cómo ya se verá más adelante, entiéndase por ellos los funcionarios públicos para efectos de este trabajo, a todo el personal, de planta y a contrata, de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, de los servicios públicos centralizados y descentralizados que estén subordinados por el E.A.

³ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, pag. 632.

⁴ Considerando tercero, sentencia causa N° 15-2011 Corte de Apelaciones de Arica.

correcta la no procedencia de la indemnización por daño moral, en la medida que si se leen con cuidado los artículos 420 letra g), 485 y 495 número 3 del CT, se puede entender que el PTL puede dar a lugar a las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual⁵.

He ahí que este trabajo pretenda contestar algunas interrogantes al respecto, como por ejemplo: ¿cuáles son las características de la acción indemnizatoria en esta materia?, ¿qué procedimiento nos permite lograr de manera óptima el resarcimiento del daño?, ¿cómo se repara el daño por vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios públicos?. Todo lo anterior bajo un estudio de lege data a través del método exegético y sistemático, aplicando los métodos inductivos y deductivos, analizando la legislación chilena, con especial atención en la CPR, el CCch, EA, la LOGBAE, y el CT.

Entendiendo lo anterior, debemos señalar tres cuestiones previas. La primera, es que limitaremos el concepto de funcionarios públicos, para efectos de este trabajo, a todo el personal -de planta y a contrata- de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, de los servicios públicos centralizados y descentralizados; y, de las Municipalidades⁶. En segundo lugar, cabe precisar que la vulneración a derechos fundamentales se puede producir en varias etapas, las que se pueden identificar como el proceso de selección de un trabajador, durante la vigencia de las funciones laborales o en el cese de las mismas. Estas etapas son diferentes e igualmente relevantes, empero, hemos decidido con objeto de acotar nuestro objeto de trabajo, desarrollar sólo vulneraciones de derechos fundamentales durante la vigencia de las funciones administrativas. Por último, también es relevante señalar los grupos de casos relevantes, serán el mobbing o acoso moral, el acoso sexual y vulneraciones aisladas de derechos fundamentales. No consideraremos, desde la perspectiva de esta tesina, como violación de derechos fundamentales, cuestiones como patologías por accidentes laborales y enfermedades profesionales⁷, situaciones de estrés, burn-out, y malas condiciones en el ambiente laboral.

⁵ Estos argumentos y otros, serán desarrollados en el Capítulo III de esta tesina.

⁶ En otras palabras, sólo se estudiará en profundidad los casos relacionados con los empleados fiscales que se rijan por el E.A.

⁷ Como las que establece la ley 16.744 de 1 de febrero de 1968 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

CAPÍTULO I DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ya introducido el problema, lo primero que debemos establecer es a qué nos referimos con función pública, su vinculación con los derechos fundamentales desde su relación laboral, y algunas de las vulneraciones que pueden acontecer. Éstas son materias previas y necesarias para poder entender la importancia del problema.

1.- LA FUNCIÓN PÚBLICA

La función pública en Chile está estructurada sobre la base de la definición legal de los puestos de trabajos, es decir, en nuestro derecho los puestos laborales están definidos por el legislador. Estas definiciones se encuentran en el EA.

*Como función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra*⁸. Así las cosas, nos acogeremos a la primera parte de la definición general que nos da R. Parada, es decir, que entenderemos -más precisamente- como función pública, a *todos aquellos funcionarios y empleados de la administración del Estado, tanto de los órganos centralizados como descentralizados*.

En Chile se pueden desempeñar los empleos públicos de tres maneras, a saber: como empleados de planta⁹; a contrata¹⁰; y, de convenio a honorarios¹¹. De éstas, sólo nos interesa -en principio- las dos primeras, puesto que, como dispone el artículo 11 inciso 3° del EA, estas personas sólo tendrán los derechos y obligaciones que emanen de su contrato con la institución fiscal o semifiscal.

Dentro de los funcionarios de planta se puede reconocer dos tipos¹²: los de carrera, que se accede por

⁸ PARADA VASQUZ, Ramón. “*Sistema de función pública*”. Derecho Administrativo Tomo II, Organización y empleo público, Marcial Pons, Madrid, 1994. p. 371

⁹ Artículo 3 letra b del E.A.- “Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°”.

¹⁰ Artículo 3 letra c del E.A.- “Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”.

¹¹ Se podrían definir a la luz de los que dispone el artículo 11 inciso primero de la ley 18.834, como todos aquellos profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, que deban realizar labores accidentales y que no sean las habituales de la institución del Estado, con las cuales contrataron.”

¹² Hace referencia a esta distinción el artículo 7° del E.A.

concurso público y ocupan el cargo de acuerdo a sus méritos; y los cargos de confianza, cuya designación la hace la autoridad -política o administrativa- sin concurso, y el término del cargo se realiza cuando se pierde su confianza.

El empleo a contrata está regulado en el art 10 del EA, y consiste en que una persona es encargada para desempeñar un cargo público sin concurso, pero por un tiempo limitado, cuyo plazo máximo es el 31 de diciembre del año en que ha sido designado. La renovación de funcionarios a contrata no funciona como en derecho del trabajo, porque la renovación no transforma la contrata en un funcionario de planta, aunque se renueve de manera indefinida. Las renovaciones a contrata son siempre expresas, por tanto si la autoridad no ha renovado la contrata no puede seguir ejerciendo el cargo. Este personal tiene los mismos derechos y obligaciones que un funcionario de planta, salvo uno, que es la estabilidad laboral.

2.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Los derechos fundamentales nacen como límites al poder del Estado en contra de los individuos, y constituyen una conquista de la civilización, lograda tras muchos años.¹³ Como sostiene el jurista Cea Egaña, *“jurídicamente, los valores, principios, y normas relativas a derechos (fundamentales) y deberes de la persona humana configuran un régimen que es, a la vez, de derecho público y de orden público, rasgos que prohíben abdicar tales atributos inherentes a la naturaleza, individualmente o asociada, nacional e intencionalmente considerada.”*¹⁴. Estas cuestiones están precisamente establecidas en la propia CPR, en su art. 5 inc. 2º donde se establece un deber de respetar y promover los derechos garantizados por la CPR y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así las cosas, una persona cuando comienza a ejercer un determinado puesto o cargo, tanto en el sector público como privado, no deja de lado sus derechos sustantivos, puesto que no deja de ser persona, no obstante que pareciera, ya sea por olvido del legislador o de la mirada limitada de los tribunales, que estos derechos no podrían ser, en los términos planteados, tutelados de manera efectiva.

En materia de derecho del trabajo, los derechos subjetivos fueron incorporados por parte de los legisladores a nivel mundial en un proceso conocido como “workplace democracy”, “en el sentido que una

¹³ Revísese CARBONELL, Manuel: Una historia de los Derechos Fundamentales, México, Editorial Porrúa, año 2005.

¹⁴ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, p. 78

sociedad democrática es aquella que respeta los principios esenciales de la libertad, la igualdad y la dignidad humana no sólo en el ámbito público, sino que también en el ámbito de las relaciones sociales.”¹⁵ Todo lo anterior, dio pie para que los derechos fundamentales “inespecíficos” -que son aquellos “*que se reconocen a la persona en su condición de tal y no específicamente en su condición de participante en el proceso productivo pueden ser también ejercitados por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo*”¹⁶ - también se respetaran en estos espacios.¹⁷

En Chile el EA, que es la normativa que regula la relación entre el Estado y su personal, no se hace referencia a la relación de los derechos fundamentales con la función pública. No obstante lo anterior, el artículo 2º inciso primero de la LOGBAE declara que “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes”. Si añadimos esto a lo que dispone el artículo 5º del CT “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos” en concordancia al artículo primero inciso tercero del mismo cuerpo normativo¹⁸, se desprende que éstos son -efectivamente- un límite en la realización de la funciones en los cargos públicos, el cual el Estado debe respetar bajo cualquier circunstancia.

3.- LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

En este apartado ahondaremos sobre las múltiples formas de vulneración que ya mencionamos en la introducción.

¹⁵ Analizado por UGARTE CATALDO, José Luis. Nuevo Derecho del Trabajo. LexisNexis, año 2007. p. 118.

¹⁶ MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ –SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquin. Derecho del Trabajo, Madrid, Editorial Tecnos, 6ta. Ed., 1997, p. 137

¹⁷ Considerando Décimo Primero Sentencia RIT: T - 3 - 2008 Juzgados de Letras del Trabajo de Punta Arenas: “En tal sentido, estos derechos fundamentales del trabajador ante la relación laboral, es lo que la doctrina llama derechos inespecíficos, que son aquellos que sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador y que son por tanto, distintos de aquellos derechos propiamente laborales o derechos específicos, que en nuestra legislación son regulados por el Código del Trabajo.”

¹⁸ Artículo 1º inciso 3º C.T.- “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.”

3.1.- ACOSO SEXUAL

Existen varias definiciones¹⁹ sobre qué es acoso sexual²⁰. La comunidad europea, ha definido el acoso sexual como “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”²¹.

De los conceptos entregados de la figura en comento, es posible percibir los alcances del acoso sexual, además, se pueden desde ya, observar a priori diferentes modalidades de acoso sexual las que analizaremos en breve, pero lo que se reitera en cada concepto es que, las acciones, proposiciones y requerimientos, deben ser de carácter indeseado, buscando, de alguna forma, subyugar la relación laboral y generando un menoscabo en quien las recibe.

A nivel comparado se reconocen dos modalidades de acoso sexual a saber, acoso sexual de intercambio, también conocido como chantaje o *quid pro duo*, y acoso sexual ambiental.

*1.- Acoso sexual de intercambio, chantaje*²²: Para que se dé lugar a este tipo de acoso, lo fundamental es que la persona que realiza las proposiciones, tal como señalan Lizama y Ugarte, “tenga una ubicación jerárquica superior a la víctima, existiendo un ejercicio abusivo del poder en el ámbito laboral” y que vicie el consentimiento de su víctima de tal manera que si no acepta las proposiciones realizadas, puede ver empeorada o menos beneficiada.

2.- Acoso sexual ambiental. El desarrollo de este tipo de acoso sexual requiere ya no el comportamiento de un individuo, ni de un sujeto con un un escalafón jerárquico superior. Lo primordial en este caso es que el

19 El CT, define acoso sexual en su art. 2, inciso 2 “entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenancen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”

20 Sobre el respecto hemos decidido optar por uno de los variados conceptos que existen sobre el tema, independiente de aquello, recomendamos ver el concepto que proponen los autor Lizama y Ugarte en su libro nueva ley de acoso sexual, toda vez que describe y califica lo que debemos entender por acoso sexual, ellos dicen que “corresponde a un ilícito constitucional pluriofensivo, porque los actos que la constituyen lesionan diversos derechos de rango constitucional de la víctima: derecho a la intimidad, derecho a la no discriminación y derecho a la integridad física y síquica” Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, Nueva ley de acoso sexual, LexisNexis, 2005.

21 Directiva 2002/73/ce del parlamento europeo y del consejo, diario oficial de la comunidad europea. 23 de sep. 2002

22 Sobre el nombre de éste tipo de acoso, nos parece adecuado que se revise la precisión que realiza Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, Nueva ley de acoso sexual, LexisNexis, 2005, p. 11

acosado sea envuelto dentro de un ambiente de lo más desagradable hacia su persona, que le sea insoportable desempeñar sus funciones en su "ambiente de trabajo" al punto de ser humillante.

En este caso, como señala Palavecino, lo fundamental para que nos encontremos ante una figura de acoso sexual ambiental es el análisis de los efectos desde la perspectiva de la víctima, la situación en que ésta debe quedar debe ser de tal grado de vulneración, que no pueda desenvolverse a cabalidad, debido a que su lugar de trabajo no le presta las condiciones mínimas para que ello ocurra, dicha consecuencia se produce y eso es enfático el autor con o sin consentimiento del acosador.²³

El acoso sexual, está regulado en Chile en la ley 20.005, que introduce modificaciones a diferentes cuerpos legales, de manera de esclarecer un gran vacío en nuestra legislación y manifestar el total rechazo a la figura del acoso sexual y, por medio de esta vía, intentar actualizarnos en materia de persecución de acoso sexual. No obstante ello, podemos decir que la reforma al CT, a la postre, quedó coja, y fue necesario como apuntaron en su momento Lizama y Ugarte, esperar el resultado de la reforma procesal laboral que, al establecer el mecanismo de tutela de derechos fundamentales, entregó a los trabajadores una prerrogativa efectiva para hacer valer los derechos conculcados por este delito .

Tal como apuntan Lizama y Ugarte, el sujeto activo puede ser cualquier persona, cuyas acciones puedan calificarse como constitutivas de acoso sexual.²⁴ En el caso del sujeto pasivo, puede ser todo trabajador sujeto a un vínculo de subordinación laboral.²⁵

Ya hemos identificado qué es acoso sexual, los diferentes tipos de acoso y los sujetos que intervienen, nos queda ahora ver la conducta de acoso sexual, más específicamente los elementos que componen el acoso sexual. Para poder hablar del tema los autores que tratan la materia distinguen dos tópicos:

a.- Que la conducta de acoso no sea consentida: Para cumplir con este requisito el sujeto pasivo no debe, bajo ningún respecto, consentir dichas conductas.²⁶ Lizama y Ugarte agregan, además, que no es necesario que la conducta de acoso sea reiterada, lo relevante es el efecto que produce en la

23 PALAVECINO CÁCERES, Claudio, El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo Chileno, Revista de Derecho, vol. XXI n°1, julio 2006, p. 105-113

24 Dentro del vocablo persona, cabe preguntarse si la figura del acoso sexual en su sujeto activo, sólo contempla hombres y al respecto la redacción de nuestra ley en su art. 2 y el criterio en general es a no restringir la categoría de sujeto activo, por ende el vocablo persona tiene la riqueza en este caso de ser lo más omnicompreensivo posible.

25 La ley chilena como hemos mencionado en el apartado anterior mas que, analizar la calidad de sujeto ya sea activo o pasivo como el acoso en comento, busca destacar la conducta en sí, evitando de ésta forma tener que caer en enmiendas posteriores producto de que ciertas hipótesis de acoso sexual podrían quedar de análisis por no estar contempladas en la categoría de acoso sexual.

26 Es menester aclarar que los requerimientos que revisten el carácter de indeseado para la víctima se configuran por varios tipos de conductas, dentro de las cuales no sólo quedan incluido los acercamientos, contactos físicos sino toda conducta que para la víctima pueda significar un tipo de representación de acoso sexual.

víctima, situación que queda verificada al momento de tratar el acoso sexual de tipo de chantaje. Koch, no sólo se encarga de enfatizar que estamos ante una conducta de tipo subjetivo negativa, “que no sea consentido”, sino que, además se plantea en el caso de que las conductas sean en principio toleradas o aceptadas pero que con el tiempo pasen a ser repudiadas. Para él, desde el instante en que las conductas no son consentidas, ni soportadas se configura el acoso sexual.²⁷

b.- Que las conductas ya analizadas sean de tal índole que perjudiquen, amenacen la situación laboral o las oportunidades de empleo a la víctima de acoso. Lo relevante en una conducta de acoso, es que la situación de empleo se ve amenazada de forma directa, Lizama y Ugarte señalan que en este caso la duda se puede producir con el acoso ambiental. Los autores comentan que la ley es clara, puesto que se sanciona la creación de un ambiente laboral no grato y para ello se menciona lo recogido en los artículos 153 y artículo 2 del código del trabajo.²⁸

Ejemplos de acoso sexual:

Para desarrollar mejor el tema hemos decidido ejemplificar con hechos reales-ficticios la información ya citada:

a.- Acoso Sexual Vertical Ascendente. Nos encontramos en un lugar de trabajo cualquiera, en donde, por regla general, existen personas a las que se les asigna la labor de difundir la correspondencia, informaciones varias y algunas tareas domésticas, entre otras. Pues bien, una de estas personas, al momento de cumplir su tarea de entregar la correspondencia, decide que la trabajadora a quien le corresponde recibir dicha información, para poder sacar los sobres, debe retirarlos del lugar que él decida y los pone entre la hebilla de su pantalón y su cintura, previamente los ha frotado sobre su cuerpo, la trabajadora se niega a realizar dicha acción pero el mensajero le dice que hay una carta importante para su jefe, por lo que no le queda otra alternativa que acceder a dicha petición. La acción lejos de terminarse, con el tiempo empeora.

27 Al respecto Carlos Koch al analizar el artículo 2 del CT señala que la redacción de la norma no hace mención al sexo del acosador o el acosado puesto que, lo relevante para el legislador es la conducta de acoso, y señala “Lo que interesa es la conducta reprochable, reprochada, resistida o no deseada por el receptor y sus consecuencias” “Algunos alcances de la ley 20.005 sobre acoso sexual” Koch Salazar, Carlos, Revista Laboral Chilena, Mayo del 2005, pág. 84

28 Si aún existiere dudas sobre el respecto es menester recordar lo que dice el dictamen N°1133/36 del año 2005 de la Dirección del Trabajo, que señala “La ley ha entendido, al utilizar la expresión “amenacen o perjudiquen su situación laboral”, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.”

b.- Acoso Sexual Vertical Descendente. Un joven egresado de Administración Pública y que actualmente cursa un Magister, decide buscar un empleo. Dada su formación académica no le cuesta encontrar trabajo, e ingresa a trabajar a contrata dentro de un organismo público. Todo iba bien, estaba muy bien considerado, su superior era muy agradable y muy amistoso con él. Un día, por motivos académicos, pide permiso para salir antes y preparar un examen, su superior no le pone problemas y le da el permiso; semanas después por motivos similares le pide el mismo permiso, su superior le señala que no tiene ningún problema pero que después va necesitar algún favor de él por aquel permiso, él entiende que no hay problema y accede. Pasaron los días y tras finalizar su jornada, su superior se acerca por detrás, le realiza tocaciones lascivas y le introduce un papel en el bolsillo de su camisa y luego se va, el joven aún sorprendido, revisa el contenido de aquel papel, el cuál tenía la dirección de un conocido motel, una hora y la leyenda, “si quieres seguir teniendo los mismos beneficios, te espero”.

3.2.- *MOBBING*²⁹

El mobbing o acoso psicológico o moral es definido como un tipo de violencia laboral ejercida sobre un trabajador en forma sistemática y por un tiempo prolongado con la finalidad de provocarle deliberadamente un daño causando, en la víctima, trastornos psicológicos graves³⁰.

Lo cierto es que el mentor del mobbing como vocablo en la especie humana es H Leyeman, que en el año 80 lo define como “el fenómeno en que una persona o grupo de persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.³¹

29 Entendiendo que el Mobbing en cuanto a su objeto de estudio, nace desde ciencias diversas a la jurídica y que por ende existe un objeto de estudio que escapa el análisis de la tesina, recomendamos revisar sobre dicha realidad y la evolución en el trabajo sobre el mobbing la diversa literatura sobre el tema, puesto que el presente trabajo, señalará de manera muy sucinta la realidad del mobbing en cuanto su origen sin detenerse a analizar o señalar sobre el tema. No obstante si se desea profundizar sobre el tema se recomienda revisar Breves Reflexiones sobre el Mobbing, Revista Laboral Chilena, Julio 2005, Prado Pamela, pág 91 y 92.

30 Grandes temas laborales para la empresa, Manual de consultas laborales y previsionales, Legal Publishing, 2011 1^{er} edición Junio de 2011

31 Grandes temas laborales para la empresa, Manual de consultas laborales y previsionales, Legal Publishing, 2011 1^{er} edición Junio de 2011, p. 112

El concepto de mobbing que aporta MarieFrance Hirigoyen, es “toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo.”³²

Hirigoyen, después de dar un concepto de acoso moral, nos da en pocas palabras una descripción de lo que es mobbing “es una violencia en pequeñas dosis, que no se advierte y que sin embargo, es muy destructiva.”³³ Describiendo mobbing se nos señala que “se trata de un comportamiento premeditado, que se ejecuta según una estrategia minuciosamente preconcebida con un objetivo claro y concreto: la anulación de la víctima”³⁴.

La literatura al momento de explicarnos en qué consiste el mobbing, distingue entre diversas fases y procedimientos, algunos son más extensos puesto que son cartesianos y metodológicos al momento de abordar el tema³⁵. Lo cierto es que, en definitiva, el mobbing es un comportamiento organizado (ya sea acciones o omisiones) tendientes a provocar un menoscabo psicológico en la víctima, el cual para producirse necesita un grado de reiteración y planificación. Dependiendo de los sujetos intervinientes, el mobbing puede asumir modalidades y grados de mayor afectación.

Uno de los temas más complejos de analizar junto con las conductas que constituyen mobbing producto que, en el caso de los mobbers³⁶ la línea que separa a cada sujeto no suele ser siempre muy definida. Al respecto, Gamonal y Prado, en su ya citado libro, no solo nos ratifican lo dicho sino que complementan señalando que a las categorías de sujetos intervinientes que conocemos como sujeto activo y pasivo podemos agregar una tercera denominada “espectadores³⁷ que son definidos como todas aquellas personas, colegas, superiores, encargados de gestión de personal que, queriéndolo o no, de algún modo participan de la violencia y la vivencia de forma refleja. Los espectadores pueden ser conformistas pasivos y activos. Los pasivos nada hacen para mejorar la situación y los activos muchas veces favorecen la acción del agresor”

32 HIRIGOYEN, Marie-France, “El acoso moral en el trabajo, distinguir lo verdadero de lo falso”, editorial Paidós.2001, p. 19,

33 Ob. cit. p. 19

34 Grandes temas laborales para la empresa, Manual de consultas laborales y previsionales, Legal Publishing, 2011 1^{er} edición Junio de 2011.

35 Sobre el tema ver, Piñuel Iñaki, Las Fases del Mobbing, <http://acosopsicologico.blogspot.com/2012/12/las-fases-del-mobbing.html> <on line>. Prado, Pamela. Breves Reflexiones sobre el Mobbing, Revista Laboral Chilena, N°138 Julio 2005.

36 Toselli, Carlos Alberto; Grassis Pablo Martín; Ferrer Juan Ignacio: Violencia en las relaciones laborales, otras manifestaciones de la violencia laboral. Mobbing. Acoso sexual

37 Gamonal Concretas y Prado, Pamela, El acoso moral o Mobbing, LegalPublishing, 2009, p. 25

Para poder analizar los elementos constitutivos de conducta de mobbing, necesariamente debemos replegarnos a lo ya mencionado en su concepto. En atención a lo ya dicho, existe un consenso acerca de los requisitos para poder hablar de mobbing. Para poder hablar de mobbing³⁸, es menester:

- Las conductas que constituyen el acoso deben ser sistemáticas y deben desarrollarse de tal forma, que que se mantengan en el tiempo³⁹. Por lo mismo, un sólo hecho no puede constituir mobbing⁴⁰.
- Se debe producir una serie de efectos en la víctima, ya sea en plano físico, psicológico o psicofisiológico.
- La conducta de acoso puede ser ejercida por personas en igual o diferente grado de simetría laboral. Lo antes dicho va en coherencia con el concepto de acoso laboral recogido por nuestra legislación en su artículo 2 del CT.⁴¹

Tal cual pudimos apreciar al momento de analizar el acoso sexual, dependiendo de los sujetos intervinientes se produce un mayor o menor grado de afectación, lo que obliga necesariamente a tener que distinguir en tipos de mobbing.

a.- Acoso moral horizontal. Este tipo de acoso se da entre individuos que están en un plano de igualdad desde el punto de vista de su lugar en el puesto de trabajo, gozan de mismo escalafón y por lo mismo no hay una diferencia de jerarquía entre ellos. En estos casos el hostigamiento se puede producir desde un trabajador a otro o desde un grupo de trabajadores con otro⁴².

38 Informe de actualidad laboral N°2, El mobbing y su tratamiento en la legislación laboral, Departamento de estudios, Dirección del trabajo, Romanik Foncea Katy, diciembre 2011, pág 9 -11

39 En cuanto al tiempo en que se deben desarrollar estas situaciones, como menciona Prado Lopez, Pamela "Breves Reflexiones en torno al Mobbing" en Revista Laboral Chilena N° 138 Julio 2005 pag 92. El tema es variable puesto que existen autores que exigen tiempos más prolongados que otros pero sentencia señalando que "no todos los estudiosos están de acuerdo con el establecimiento de reglas tan restrictivas y específicas".

40 Lo que ya nos permite marcar una diferencia con el acoso sexual donde mencionamos que un hecho aislado puede ser considerado como acoso.

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

42 Nos preguntamos también si es posible incluir desde grupos de trabajadores a grupos de trabajadores. De la literatura analizada, no se han encontrado registros que analicen el tema, y no deja de ser menos cierto que en ambientes laborales uno tiene a buscar personas que comparta algunos intereses. Por lo mismo nos preguntamos ¿qué pasaría si se producen rencillas por ejemplo, entre personas de diferente credo o por diferencias étnicas, será que éste tipo de acoso es subsumido en acoso institucional?

b.- Acoso moral Vertical. Para que nos encontremos dentro de esta categoría de acoso es menester que los sujetos intervinientes se encuentren en planos jerárquicos diametralmente distintos, por lo mismo, es posible distinguir entre acoso moral vertical ascendente y descendente.

I.- Ascendente. En este caso estamos ante un caso de acoso en que la víctima es una persona que ostenta un cargo superior que el acosador.⁴³

II.- Descendente. Este tipo de acoso es conocido bajo la denominación de Bossing. Para que se concrete este tipo de acoso es necesario que el acosador, el sujeto activo tenga una situación de superioridad con respecto a su víctima en lo que dice relación a su lugar en el área de trabajo, de ahí que se emplee el vocablo "boss", que traducido significa jefe, hace patente lo ya indicado. Tal como menciona Caamaño por lo general éste tipo de mobbing corresponde a tácticas abyectas para producir la renuncia del trabajador o poder lograr despedir al trabajador debido a que su funcionalidad ya no es la misma o por algún "error no forzados" que haya cometido.⁴⁴

c.- Acoso Mixto o complejo. Para entender la denominación de acoso complejo de este tipo de mobbing, debemos entender que estamos ante un caso en que, para que se configure, necesita de 2 fases. En la primera, estamos en presencia de un mobbing horizontal, puesto que los casos de hostigamiento-mobbing, se dan entre personas que están en igualdad, en un mismo escalafón o grado jerárquico. Para que el acoso horizontal devengue en un tipo de acoso mixto o complejo, es necesario la no intervención del jerárquico (quién detente el cargo de superior o un mismo empleador) y esto significa que una vez que tomó conocimiento no hizo nada⁴⁵, o inclusive peor, después de no reprochar la conducta de sus subordinados, la incentiva y participa en ella. No obstante lo ya dicho, el orden de inicio de las citadas fases no es restrictivo,

43 Es un caso similar del acoso sexual ambiental; como indican los autores, la ocurrencia de éste tipo de mobbing es significativamente menor a la de los demás casos. No obstante ello se dan y los casos típicos en esta materia se dan cuando ingresa una nueva persona a ocupar un grado de superior jerárquico y las personas que están bajo su subordinación y dependencia no comparten sus lineamientos, sus prácticas o algunas de sus decisiones o también porque alguno de los subordinados deseaba ocupar el cargo al que acaba de llegar éste nuevo trabajador. Complementando en la tipología de Casos Gamonal y Prado señalan que también es posible que ésta figura se de cuando una mujer es la que asume el cargo de jefatura y sus subordinados son todos hombres y con un machismo exacerbado, también se puede producir por envidia, celos, puesto que la persona que asume el cargo de superior, era antes uno de sus iguales y sus ex colegas ahora asumen el papel de acosadores/hostigadores.

44 CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Revista de Derecho PUCV XXXVII, p. 222

45 Al analizar la figura del Acoso mixto o complejo en el caso particular del empleador o del superior que corresponda, es inevitable hacer un parangón con la figura de "posición de garante" que si bien es propia del derecho penal, en virtud del art 185, que establece el deber de cuidado, se entiende que en el caso del acoso mixto lo que se reprocha es al empleador su no actuar pese a que puede y debe actuar.

por lo mismo podemos encontrarnos con casos en que un acoso vertical descendiente sea compartido y fomentado por sus compañeros derivando en un acoso mixto.

Además de esta categoría, que es la más usada doctrinariamente, se tiende a hablar de acoso moral institucional o estructural y acoso estratégico.

*d.- Acoso Moral estructural o institucional*⁴⁶: la particularidad de este tipo de acoso, es que la empresa se transforma en un terreno propicio para el acoso, lejos de poner trabas al acoso, los facilita y permite que se produzcan dichas situaciones.

Sobre esta categoría de acoso se puede partir señalando que no existe un consenso sobre su aceptación, es un tema controvertido por algunos autores, entre ellos Piñuel, puesto que entiende que la responsabilidad por mobbing es sólo personal, no desconoce lo que denomina organizaciones tóxicas pero para él eso no tiene que ver con un acoso estructural. Prado y Gamonal señalan que pese a lo señalado por Iñiqui Piñuel, las empresas tienen responsabilidades por el personal contratado y la organización del personal, sostener lo contrario podría permitir a las empresas evadir sus responsabilidades.

e.- Acoso Estratégico. En este tipo de acoso, el superior tiene un objetivo claro, conseguir la desvinculación de uno de sus subordinados, para ello, se busca que el afectado no tenga otra salida que su renuncia o un despido sin derecho a indemnización alguna producto del ambiente fértil para el mobbing que hace intolerable la estadía del trabajador en la empresa o que provoca tal reacción que induce a cometer acciones que desencadenen un despido sin derechos para el trabajador.

⁴⁶ Un ejemplo de Mobbing estructural lo encontramos en la causa RIT T-10-2012, en dicha causa, funcionarias del segundo Conservador de Bienes Raíces de Temuco dedujeron procedimiento de tutela en contra del conservador de bienes raíces y la jefa administrativa de dicho conservador, dicho sea de paso, además era su cónyuge de éste. Lo interesante de este caso es que, la jefa administrativa, dada su investidura y la unión que la liga con el conservador, era respetada como tal. Las funcionarias, tuvieron problemas por los malos tratos de su superiora, por su trato vejatorio, en donde todo lo encontraba mal, les lanzaba las carpeta, les gritaba y usaba varias palabras soeces. Todo lo anterior, generó varios trastornos emocionales en las funcionarias, que significó que tuvieran que ser atendidas por especialistas y que les extendieran licencias respectivas. La situación de malos tratos a que eran sometidas las funcionarias, era conocida por el conservador, pero nada hizo por modificar dicha situación, siendo su pasividad uno de los elementos que tuvo en cuenta el sentenciador para acoger la acción de tutela y condenar el actuar de acoso laboral en razón que las situaciones denunciadas eran un caso claro de acoso de un superior a sus dependientes pese a todas las alegaciones que pudo haber realizado la denunciada y que actuaba con alevosía pues, su cónyuge, el empleador nada hacía por detener su actuar y proteger a las funcionarias. Considerando décimo, sentencia RIT T-10-2012, Juzgado de Letras de Temuco, 24 de abril de 2012.

3.2.1.-REGULACIÓN

El mobbing tiene un reconocimiento tardío en nuestra legislación nacional⁴⁷, su figura fue introducida recién el año 2012⁴⁸, producto de una nueva reforma al art 2 del CT que introduce el concepto del acoso laboral a la legislación chilena. Junto con ello, se establecen las concordancias entre diversos artículos del CT con el fin de que lo contemplado en el art 2 no sea una norma programática. Para ello se establece como causal grave de terminación del contrato de trabajo en el art 160 número 1 letra F) la conducta de acoso laboral, se contempla como causal de auto despido dentro del art 171 del CT. Junto con ello se modifica el EA en sus art 84, dicho artículo regula las prohibiciones a las que se debe someter todo funcionario público, donde en la letra m) se hace expresa mención al acoso laboral en los términos que describe el CT en su art 2 y se modifica el art. 82 del EA para funcionarios municipales, que tiene similar redacción al art 84 del cuerpo de leyes ya citado.

Ahora bien que el mobbing sea una figura que goza de reconocimiento jurídico específico recién el año 2010 no significa que antes de aquello la figura del mobbing haya quedado ajena de praxis laboral, que ésta no haya sido recepcionada por la jurisprudencia sino que todo lo contrario, por vía judicial se contemplaba la situación de acoso laboral, la literatura también contribuyó a analizar el tema, inclusive por medio de la figura del acoso sexual autores como Lizama y Ugarte señalaban que se podía entender incorporada la figura del mobbing.⁴⁹

⁴⁷ No obstante ello, fue por vía jurisprudencial que se recepcionó por primera vez el mobbing en nuestro país. Así, en el recurso protección en la causa N° 665-2006 "Ramis Gutiérrez, María José con Municipalidad de Valdivia- Departamento de aseo y ornato" se dio un caso típico de acoso laboral vertical, en el que el jefe del servicio, se dedicaba de forma sistemática a hostigar, denostar, a sus subordinados. No deja de ser curioso que esta situación era conocida por los entes fiscalizadores, los concejales, es por ello que podríamos incluso pensar que dada su pasividad, es posible que estemos ante un caso de mobbing institucional pero, para ello necesitamos más antecedentes que los obtenidos del fallo en comento.

La litis se originó porque una funcionaria, contratista, informó a su superior de su embarazo, lo que desencadenó que las situaciones de malos tratos aumentaran, esto originó que le extendieran licencias médicas por dichas perturbaciones y que lejos de desaparecer al momento de su reintegro, se acrecentaron, se le privó de los elementos para el ejercicio de su trabajo, se le reasignó en otro lugar de trabajo sin darle mayor instrucciones. Tras llegar de su post natal se le informó que sus labores ya no serían las mismas y que sería nuevamente reubicada a labores que no eran las propias de su actividad. Todo lo anterior motivó el recurso de protección, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones y Confirmado por la Corte Suprema en sentencia Rol N° 4858-2006, teniendo así el primer caso de mobbing en nuestro país.

⁴⁸ Ley N° 20.607, publicada en el Diario Oficial el 8 de agosto del 2012 y promulgada el 21 de julio del 2012

⁴⁹ LIZAMA PORTAL, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, Nueva ley de acoso sexual, LexisNexis, 2005, p. 17.

3.2.2.- EJEMPLOS DE MOBBING

Cumpliendo con los objetivos trazados para esta tesina es que, iremos desarrollando algunos casos prácticos de lo que debemos entender por mobbing, abandonando la realidad académica para ir abordando casos prácticos reales-ficticios desarrollados a partir de la literatura existente sobre el tema.

- *Vaciamiento de la Jornada de Trabajo*: Supongamos que en una empresa una trabajadora se encuentra volviendo de su postnatal, su oficio era de secretaria y su misión principal era atender público, pero desde que se reintegra, no se le da acceso a los materiales de trabajo, no tiene la clave del sistema de la empresa, por lo mismo, ya no atiende al público como antes de salir con su prenatal, se limita a marcar tarjeta y sentarse a revisar su computador y actualizar su perfil de Facebook.⁵⁰

- *Ataques por medio de medidas organizacionales*⁵¹: Un trabajador lleva 5 años en una empresa, ocupa el cargo de supervisor de un departamento. Un día su jefe superior decide asignarle nuevas funciones y le encomienda encargarse, además, de los alimentos que debe consumir el directorio durante las reuniones de cada día. Luego de unas semanas, le señala que además debe encargarse de organizar las carpetas para la junta de directorio, del café y de las galletas para los invitados. Después de unos meses, sus actividades sólo se limitan a agendar las reuniones de directorio, servir café, comprar galletas, pedir almuerzos y servir dichos almuerzos, lejos de ser supervisor de personal se ha transformado en un junior de su jefe y por ende del directorio.

- *Mobbing Estructural*⁵²: Una trabajadora a contrata, tiene entre otras funciones la de ser cajera dentro de un Municipalidad, suele ocurrir que las personas que atienden público tengan problemas con los usuarios, es algo normal, esperable pero no deseable. En el presente caso la funcionaria debió soportar amenazas, imputaciones y malos tratos por parte de sujetos desconocidos a la Municipalidad quienes ingresaban fuera del horario de atención a público a cometer las acciones ya descritas, situación que era conocida por sus

50 Extraído y modificado para efectos de redacción de, Grandes temas laborales para la empresa, Manual de consultas laborales y previsionales, Legal Publishing, 2011 1^{er} edición Junio de 2011, p. 129.

51 Medidas Organizacionales: “Según la doctrina dentro de los actos más claros de acoso laboral o mobbing considerados como “ataques a la víctima con medidas organizacionales” se encuentran entre otros, asignar tareas con datos erróneos, asignar tareas degradantes a un trabajo, obligar a alguien a ejecutar labores en contra de su conciencia... no asignarle tareas, asignarle tareas sin sentido o muy por debajo de sus capacidades o funciones contractuales” Grandes temas laborales para la empresa, Manual de consultas laborales y previsionales, Legal Publishing, 2011 1^{er} edición Junio de 2011, Pág. 130.

52 El presente ejemplo constituye una adaptación del libelo de la causa RIT.: T- 448-2012, “Canales con Ilustre Municipalidad de Santiago” del 2do Juzgado de letras del trabajo de Santiago.

superiores, puesto que dicha situación ocurría en presencia de ellos y éstos lejos de cooperar, toleraban la situación, es más ella tuvo que solicitar que carabineros acudieran a controlar la situación, ninguno de sus compañeros lo hizo, menos su superiores. Cuando solicitó que se investigara la situación bajo la investigación administrativa correspondiente, sus colegas le decían que no molestará, la secretaria de su superior no quería recibir su reclamo y, es más, la echó de la oficina. Su única opción fue acudir a la asociación de funcionarios quienes solicitaron que se investigara la situación, hecho que nunca ocurrió pese a que los hechos se repitieron

3.3.- *VULNERACIONES AISLADAS*

Dejamos como un apartado especial el siguiente tema, puesto que es posible identificar situaciones que pasaremos a exponer en la que no se dan los supuestos de acoso sexual y de mobbing, pero que no obstante por ello estamos frente a graves vulneraciones de derechos fundamentales, y que no es posible dejar a analizar, a falta de una tipificación especial como la analizada en los apartados anteriores es que ahora procederemos a analizar violaciones aisladas de derechos fundamentales.

Un caso puede darse en virtud de un reglamento al interior del servicio emanado del Director de éste, que regula que los correos electrónicos institucionales serán de carácter público, y por tanto serán revisados. Aquí lo que se viola es el derecho a la intimidad, puesto que las comunicaciones son privadas, por más que se expresen por medio de un medio institucional.

Otra situación puede darse por la discriminación política, por ejemplo, dónde se es conocida su posición política, y producto de ello, no se le deja realizar labores determinadas a las cuales se es competente, más no sufre de ni de vaciamiento laboral, ni de otras conductas constitutivas de mobbing.

CAPÍTULO II DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

En este capítulo analizaremos la acción indemnizatoria en la hipótesis planteada. Para esto determinaremos en primer lugar el tipo de responsabilidad que atañe al Estado por los hechos ilícitos de su propio como el de sus funcionarios, y en segundo lugar, los requisitos de éste propiamente tal.

1.-ASPECTO PREVIO: ¿POR QUÉ SE DEBE INDEMNIZA LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Una de las principales características de CPR es su supremacía en el ordenamiento jurídico, y por esto, los bienes jurídicos establecidos como garantías constitucionales son los que más se cautelan por la acción de responsabilidad civil, en especial los derechos de la personalidad moral, dada su asociación a la idea de dignidad humana, por sobre todo el derecho a vida, la integridad física y psíquica, la honra, la intimidad y la privacidad. Es por esto que en caso de cualquier vulneración, deben indemnizarse. No obstante lo anterior, esto deben siempre cumplir los presupuestos de la responsabilidad civil.

2.- ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD APLICABLE: ¿CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL?

Para poder establecer cómo indemnizar, debemos contestar una pregunta previa, qué estatuto de responsabilidad adscribiéremos, será responsabilidad contractual o extracontractual. Para poder contestar lo antes dicho es que analizaremos cada sistema fundamentando desde ya el porqué se utiliza el estatuto de responsabilidad extracontractual.

Como señalamos en la breve introducción del presente apartado la gran pregunta que debemos abordar, es por qué consideramos que es dable el sistema de responsabilidad extracontractual. La respuesta a esta interrogante se obtiene a través de un breve repaso de alguno de los elementos característicos

La responsabilidad extracontractual tiene como eje central, así lo destaca Rodríguez Grez, un deber de cuidado y diligencia, en el sentido que no se debe causar daño a la otra y por tanto impone un deber de diligencia, ese deber es difuso en cuanto su contenido. E. Barros es más concreto a la hora de abordar el tema y manifiesta que en estos casos el contenido es un incumplimiento y a su vez que éste, puede ser de dos tipos : “deber general de cuidado que ha causado un daño al acreedor ... y excepcionalmente, la mera

causalidad entre el hecho del deudor y el daño... En uno y otro caso no existe una relación previa entre las partes.”⁵³ De esa falta evidente de nexo jurídico previo, deriva también las consecuencias jurídicas, el citado autor, estima que en materia de responsabilidad extracontractual, nos encontramos ante “el límite externo a la libertad de actuar por uno mismo.”⁵⁴. No es prudente y en eso estamos de acuerdo con Rodríguez Grez analizarlo in line, sino que será materia del sentenciador revisar según las características y condiciones del caso en detalle si se cumplen o no los requisitos para proceder una acción resarcitoria del tipo extracontractual. Es decir lo que se establece es un deber de omisión, de no generar un daño al otro, basado en un imperativo social de como comportarse en sociedad y tiene como sustrato la ausencia de un vínculo jurídico específico entre víctima y el dañador.

En materia de culpa es quizás donde las diferencias parecieran marcar un gran abismo entre ambos sistemas, Rodríguez Grez así lo apunta, afirmando que cuando estamos analizando el estatuto de responsabilidad extracontractual, nos encontramos con un sistema de culpa que no está graduada y defiende este hecho, señalando que lo anterior, lejos de ser un inconveniente, permite ir adecuando los capítulos indemnizatorios correspondientes conforme con la evolución de la sociedad en su conjunto y Rodríguez bien lo resumen “La culpa extracontractual es uno de aquellos conceptos que permiten la adaptación del derecho a la realidad social y facilitan su evolución automática sin necesidad de reformas legislativas⁵⁵”. No obstante lo dicho por Rodríguez, E. Barros arriba a una conclusión diferente, para él no es tan cierto que los sistema de culpa de cada sistema se diferencien entre sí, pues sostiene que esa visión es parte de una concepción tradicional de la doctrina, pues existen grandes contradicciones según entiende con el deber de cuidado que imponen las relaciones recíprocas y además el estándar general de cuidado, junto con ello se visualizan casos específicos de responsabilidad extracontractual señala “...si alguien disfruta unilateralmente de las ventajas de una acción riesgosa, se le puede exigir un cuidado mayor que si la actividad cede en el beneficio general..”⁵⁶

En materia de prescripción, los plazos son también ab initio más breves que los contemplados en materia contractual, sabemos que el plazo contemplados en materia de responsabilidad extracontractual es de 4 años desde la perpetración del hecho sin embargo y tal como apunta Barros, lo regulado en el art .2332 se

53 BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 979

54 Ob. cit. p. 979 - 980

55 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: Nuevas Tendencias de la Responsabilidad, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011, p. 188-189

56 BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 982

ha interpretado de una forma más extensiva, en el sentido que es posible ejercer la acción con posterioridad al plazo indicado acreditando que no estuvo en condiciones de hacer su valer su derecho con anterioridad.

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad contractual la situación varía pues aquí hay obligación de conducta, tipificada ya sea en la convención o en la ley, lo que además determina la obligación, la circunscribe a dicho deber de conducta y por lo mismo determina la extensión de responsabilidad por la que responde el deudor pues en caso de que las partes nada digan se estará a lo que ha dicho la ley, la que señala cómo deberá responder a su turno cada deudor y conjunto con ello determina el deber de diligencia que debe tener también cada acreedor. En la misma línea E. Barros, nos indica que “la obligación contractual tiene siempre por antecedente la voluntad de obligarse, por sutil y elemental que ésta circunstancialmente pueda ser, agrega que la diferencia entre ambos sistemas radica en su estructura esencial. En los sistemas de responsabilidad contractual es posible encontrar “dos obligaciones de grado”.⁵⁷ Por medio del contrato, fuente de las obligaciones por excelencia en un sistema contractual, nacen varios tipos de obligaciones, que según las reglas del CCCh ejecución buscarán su cumplimiento, en el evento improbable que ello no ocurra y no se cumpla con la obligación de primer grado, surge la acción de responsabilidad contractual, el objetivo es obtener el resarcimiento producto del daño producido en rubros como el incumplimiento en todas sus especies, el retardo.

En el caso de la responsabilidad contractual entonces tenemos una responsabilidad particular, en términos específicos, “obligaciones autoimpuestas”, que descansa en el incumplimiento de alguna de las prestaciones debidas, lo establecido en la convención y lo que diga en subsidio de lo anterior por parte de la ley pero no ocurre como en el caso de la responsabilidad extracontractual en donde existe un deber social de resarcir el cuál no está definido a priori en la convención o en la ley.⁵⁸ En materia de Daños, bajo el criterio de Barros podemos entender que la diferencia de cada uno de los sistemas radica en la forma en que abordan la extensión del mismo. En materia contractual nos encontramos que en primer término, la responsabilidad por los riesgos previsibles estará íntimamente vinculada con lo que se estableció como ámbito de riesgo por las partes. Lo antes dicho no se puede aplicar en ámbito extracontractual pues al no existir un elemento previo que determine dicho riesgo, el mismo, en caso de ocurrir, tiene un mayor grado de extensión. Sin embargo, la extensión tiene en cierto modo límites que guardan estricta relación con la previsibilidad pero no de una forma tan directa como en materia contractual, pues tal como indica Barros en esta materia se puede

57 Ob. cit. p. 978

58 Ob. cit. p. 998

apreciar en los acápites de culpa y de causalidad. En ambas hipótesis se exige una deliberación previa y consciente que permita prever los riesgos eventuales que pueden desencadenarse con el actuar.

En materia contractual, en caso de dolo se sanciona y se establece el deber de responder hasta por los hechos no previsibles lo que es curioso pues hace que los sistemas de responsabilidad se unifiquen en este caso en cuanto a la extensión de responsabilidad.

Luego del breve análisis entre aspectos de responsabilidad contractual y extracontractual, es pertinente indicar por qué no estamos ante un sistema de responsabilidad contractual. Para poder hacer eso debemos analizar los requisitos propios de la responsabilidad extracontractual y en su oportunidad dijimos que dicha responsabilidad tiene su fuente en la tipificación de conducta que emana de lo establecido en el contrato o la ley respectiva. Ahora bien, teniendo en consideración ese primer requisito es que debemos desechar todo el sistema de responsabilidad contractual puesto que el vínculo jurídico que une a los funcionarios públicos con el Estado empleador no está dado por un contrato de trabajo sino que por vía de un acto administrativo, fuente completamente diferente a la citada anteriormente, lo que hace imposible seguir aplicando la responsabilidad contractual y por lo mismo hace innecesario seguir revisando los demás requisitos de dicho sistema.

Para fundamentar lo antes dicho es importante recordar lo que los sentenciadores han dicho sobre la relación estatutaria que rige a los funcionarios públicos:

“Que la doctrina sostiene que existen *diferencias entre el trabajo público y el privado*; en efecto entre las más importantes dice relación con el *vínculo de dependencia* a que se hayan sujetos en el desempeño de sus labores, así en el *sector público ella es más estricta* que la dependencia o subordinación a la que se someten los privados, ella no se produce en relación a persona alguna sino que dependen directamente del Estado, él es su empleador. En cuanto al origen, la relación de Derecho Público, emana de un nombramiento y se rige, en principio, por el Estatuto Administrativo, Ley 18.834, y además por las leyes especiales de cada sector...”⁵⁹

3.- DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Aquí debemos recordar que existen dos acciones que nacen producto del daño, que son la acción en naturaleza y la acción indemnizatoria. La primera, tiene por objeto restituir las cosas a su estado anterior a que se encontraban antes de acaecer el daño, y la segunda, tiene como fin obtener el resarcimiento del efecto

⁵⁹ Considerando sexto, sentencia causa ROL n° 350-2011, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de septiembre de 2012

patrimonial y/o del perjuicio moral que se sigue del daño. Aunque ambas tienen los mismos requisitos, las cuestiones a probar en cuanto al daño, son distintas.

Ahora, ya sabemos que la responsabilidad por estos hechos es extracontractual, y por tanto analizaremos los elementos de la acción indemnizatoria según este estatuto.

3.1.- ELEMENTOS

3.1.1.- SUJETO ACTIVO: LA VÍCTIMA

Este requisito es, sin temor a equivocarnos, el más fácil de identificar, en tanto que el sujeto activo es siempre la víctima, y precisamente en este caso, el funcionario público que ha sufrido la vulneración a sus derechos fundamentales. Además, debemos recordar que una de las características de la acción indemnizatoria es que es transmisible, y por tanto, si el funcionario público víctima de estas lesiones, fallece con antelación a la prescripción de la acción, los herederos de éste pueden iniciarla.

3.1.2.- SUJETO PASIVO: EL ESTADO

El sujeto pasivo en este caso será siempre el Estado, ya sea respondiendo de su “propio” actuar como el de sus funcionarios. Ahora bien, esto está consagrado en la CPR y en las diferentes leyes especiales aplicables, pero existe una discusión sobre si esta obligación de indemnizar los daños a los sujetos activos es producto de una responsabilidad constitucional pública o por aplicación subsidiaria de las normas del CCCh. A continuación analizaremos cada una de las posibilidades de responsabilidad.

3.1.2.1.- LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL INDEMNIZATORIA

Antes de describirla, tenemos que decir que para este autor la persona es el centro de la CPR, y que en virtud de esto es que el Estado de Chile se pone al servicio de ella, y no al revés.

Soto Kloss funda su teoría principalmente en el art 38 inc segundo de la CPR⁶⁰, puesto que éste tendría eficacia vinculante, y de esta manera caracteriza a la responsabilidad del Estado como constitucional, de una persona jurídica, objetiva, directa, que se rige por el derecho público; de reparación integral; e,

60 Artículo 38 inciso 2º de la CPR: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”

imprescriptible. De estas características, se entiende que el derecho civil nada tiene que hacer en estas cuestiones, siendo inaplicables sus criterios y elementos constitutivos de responsabilidad.

De lo anterior no se puede entender que el autor se olvida ni deja de lado la falta de servicio establecida en el art 42 de la LOCBGAE, siendo éste parte integrante de una actividad dañina, además de ser un complemento legal de la expresión "lesión de sus derechos" contenido en el art 38 inc segundo de la CPR.

No obstante lo anterior, distingue de la responsabilidad del Estado por sus actividades -actos, hechos u omisiones- de la responsabilidad del funcionario que hubiere causado daño, puesto que en este caso, sería una responsabilidad subjetiva. Así el Estado responde por estos hechos dañosos, pero tiene un derechos de repetición en contra de este funcionario.

3.1.2.2.- LA FALTA DE SERVICIO

La falta de servicio como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado aplicable a Chile se origina a partir de la importación de la institución homologa francesa, en virtud de los argumentos desarrollados, principalmente, por Pedro Pierry Arrau.⁶¹ Para el autor, la aplicación del sistema extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, constituye la alternativa más adecuada para el derecho público chileno.

La noción de falta de servicio se encuadra en la categoría de responsabilidad subjetiva de la Administración⁶² y posee un carácter esencialmente abstracto. Esta idea sólo se puede comprender cuando se analiza su aplicación jurisprudencial, la cual la liga, al funcionamiento del organismo público como estándar que determina la existencia de la responsabilidad extracontractual.

Del concepto de falta, como elemento de la esencia, y de la idea que no es posible comprometer la responsabilidad del Estado con la existencia de un vínculo de causalidad, el fundamento objetivo es excepcional⁶³, por lo tanto se excluye una acepción objetiva genérica al fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

De esta forma, existe una diferencia radical con la teoría de la responsabilidad objetiva constitucional,

61 PIERRY ARRAU, Pedro. "¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* No 11. 2004 p. 149-153.

62 PIERRY ARRAU, Pedro. "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 1. 2000 p. 18-19

63 Así por ejemplo la responsabilidad por contaminación al medio ambiente.

la cual asimila la falta de servicio a omisión o falta en la prestación del servicio conducente a un daño, incorporando este concepto en el modo o forma que adopta la actividad lesiva del Estado y no en el motivo o razón por el cual responderá el Estado Administrador.

Ya sea por la interpretación de la evolución de la historia del artículo 38 inciso segundo⁶⁴, por la historia fidedigna del establecimiento del art 42 de la LOCBGAE⁶⁵ o bien por la incorporación supletoria del estatuto civil de responsabilidad por culpa⁶⁶, se argumenta la inexistencia de la responsabilidad objetiva constitucional y la vigencia, en vez de ésta, de un fundamento subjetivo de la responsabilidad estatal.

La función del art 38 inc segundo de la CPR es, como consecuencia de lo anterior, sólo la de “establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa”⁶⁷. En contraste, la expresión falta de servicio del art 42 LOCBGAE determina el contenido sustancial del estatuto jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado. Al contrario, para afirmar que existe responsabilidad extracontractual del Estado se debe acreditar la existencia de la falta de servicio.

En este punto, cabe destacar las nuevas ideas que dicen relación con el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado y que se subsumen dentro de la teoría de la falta de servicio. Enrique Barros plantea que no comprende un criterio atributivo de responsabilidad de carácter subjetivo, sino que se aplica a Chile como sinónimo de culpa objetiva, al igual que la culpa civil⁶⁸. Esto se comprende, según plantea, ya que la culpa civil, al igual que la falta de servicio, como criterios fundantes de responsabilidad, son nociones objetivas, ya que “responde(n) a un estándar de cuidado que prescinde del juicio moral de reproche al sujeto que incurre en responsabilidad (...)”⁶⁹, en otras palabras, no existe un juicio o evaluación a la motivación interna del funcionario, sino a una valoración objetiva de las circunstancias, al

64 PIERRY ARRAU, Pedro. “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 1. 2000 p. 24–28.

65 Ob. cit. p. 16–18

66 Véase, especialmente en la conclusión de su argumentación, “La aplicación al Estado de la noción falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado”, PIERRY (2000) p. 34.

67 PIERRY ARRAU, Pedro. “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 1. 2000 p. 27.

68 Aun cuando esta clase de culpa tiene lugar en otro ámbito de aplicación, “la culpa civil se refiere al incumplimiento de deberes generales de cuidado en nuestras relaciones con los demás (...) no es una responsabilidad que surja del ejercicio de una potestad o función pública”. BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 485.

69 BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 485.

atender a un modelo de conducta más que a características individuales y subjetivas⁷⁰. De esta forma la idea que tiende a “objetivar” la falta de servicio en Chile, alude a la existencia de la comparación jurisprudencial entre “la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública”⁷¹.

Por otra parte, el concepto de falta de servicio es útil para diferenciar a la o las personas que habrán de ser responsabilizadas. Cualquier actividad que ocasione un daño y que sea susceptible de ser introducida en el reproche subjetivo al Estado Administrador, sin identificarse al autor –no hallándose individualizado el perpetrador material de la lesión–, involucra necesariamente que el primero deberá indemnizar a la víctima. Al contrario, si existen uno o más funcionarios individualizados, éstos, en principio, no ocasionarán que responda la persona jurídica de la cual dependen, salvo que se determine que su intervención es susceptible de ser calificada como una situación en la que ha de responder el organismo público.

De esta forma surge el concepto de falta personal, que resulta de disociar imaginariamente la responsabilidad del servicio de la del funcionario. Esta separación resulta útil para excluir los casos teóricos en que únicamente será responsable el agente del Estado.

3.1.2.3.- LA CULPA ORGANIZACIONAL

Aquí no se trata de la responsabilidad del hecho ajeno o de sus dependientes, sino de la misma institución o ente dotado de personalidad, que tiene dentro de sus obligaciones establecer una organización y estructura que evite o impida dentro de los márgenes posibles que se provoque un daño. Como sostiene Ramón Domínguez, la culpa organizacional o difusa “resulta de un juicio a la forma de organización y funcionamiento del ente jurídico, de tal modo que si el daño se atribuye a una impropiedad en ese funcionamiento, se dirá que hay obrar culpable, más allá del actuar individual de las personas naturales que actúan por ella.”⁷² De esta manera, si el jefe del servicio no toma las providencias para que la estructura del servicio público evite, en la medida de lo posible, vulneraciones a las garantías constitucionales, entonces debe responder el servicio, y en la medida que sea uno dependiente, será una responsabilidad civil del Fisco.

70 Ob. cit. p. 485 y 77–78

71 Ob. cit. p. 506.

72 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Anales de Derecho UC, Temas de Responsabilidad”: artículo “La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales”. Editorial LEGIS, 2008, pag 137.

3.1.2.3.- LA FALTA PERSONAL

Desde un prisma puramente normativo, la expresión falta personal del art 42 inc segundo de la LOCBGAE, designa aquella eventualidad en que el funcionario administrativo responde excluyendo a la Administración del Estado. Este supuesto se encuentra restringido en gran medida en virtud del art 67 inc segundo de la LOCGR⁷³, en razón de esta norma, el funcionario sólo será responsabilizado bajo dos supuestos: que el funcionario haya cometido una falta personal y que ésta ocurra “en el ejercicio de las funciones respectivas”.

La expresión “en el ejercicio de las funciones respectivas” incluye hipótesis de hecho extraídas, como ya sabemos, del sistema francés, estas son: “a) Funcionario que actúa animado por intereses privados. b) Excesos en el comportamiento, por ejemplo, actuando en estado de ebriedad. c) Particular gravedad, por ejemplo, fumar en un depósito de municiones”.⁷⁴ A contrario sensu, el art 67 inc segundo de la LOCGR excluye las faltas personales cometidas con ocasión del ejercicio de la función, y aun aquellas cometidas con los medios del servicio.

La falta puede tener el carácter de falta personal pura y simple o falta personal con incidencia en una falta de servicio. Por esta razón la LOCBGAE, de acuerdo a esta postura, habilita a los tribunales de justicia a deducir el motivo de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la consideración del servicio público como sujeto activo y la sujeción nominal a las expresiones falta de servicio y falta personal.

3.1.3.- EL DAÑO

El daño es -sin duda- el elemento más importante en la acción indemnizatoria, puesto que es condición y objeto de la responsabilidad civil.⁷⁵ El CCCh no contiene una definición general del daño, y es por esto que la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se

73 Artículo 67 inciso segundo de la LOCGR: “Asimismo, el Contralor podrá ordenar que se descuenta, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas”

74 PIERRY ARRAU, Pedro. “Repetición del Estado contra el funcionario”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* XVI. 1995 p. 351–352.

75 BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de responsabilidad extracontractual” Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag. 215.

entiende que la hay, cuando una persona sufre una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales de que gozaba.⁷⁶

Cómo ya sabemos que este tipo de daños se da en una sede extracontractual, y por lo tanto no habrá ningún tipo de discusión respecto de la inclusión del daño moral.

3.1.3.1.- REQUISITOS: DEBE SER LEGÍTIMO Y SIGNIFICATIVO

De todas maneras, cualquiera sea la amplitud del concepto de daño que tengamos, el estatuto de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son daños en sentido jurídico y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad. En este sentido, la doctrina ha establecido dos requisitos: El interés debe ser legítimo y que el daño debe ser significativo.

Como ya dijimos, este requisito es un límite, pero éste no está establecido por criterios positivos, y por tanto, es legítimo -al menos en principio- todo perjuicio a un interés valioso para la víctima, y de esta manera, es considerado daño reparable, mientras no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

Los derechos constitucionales son intereses legítimos que están resguardados por el derecho civil ya que se trata de bienes de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico, en la medida que estén esencialmente comprometidos.

Que deba ser significativo significa que el daño sea anormal y que además no sean de aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia anormal de la vida en común. Se hace fácil concretizar este asunto en materia de daños patrimoniales, pero lo difícil es determinarlo en el plano del daño moral.

Podemos decir que toda vulneración en sí misma provoca un daño, pero lo que debemos preguntarnos es si toda vulneración de los derechos fundamentales es un daño significativo. A esta pregunta responderemos con un sí⁷⁷, tanto en el caso de mobbing, acoso sexual y de violaciones aisladas, en la medida que, por lo menos en las dos primeras, son acciones que pueden ser constantes y reiteradas.

Ahora pensemos en aquellas violaciones aisladas que no dan siquiera para un recurso de protección o de procedimiento de tutela, por ejemplo, en la causa Vera con Campos⁷⁸, se presentó una reclamación entre otras por tutela de derechos fundamentales, en lo que a nosotros nos interesa, se alegaba, violación del

⁷⁶ BARROS BOURIE, Enrique. "Tratado de responsabilidad extracontractual" Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag. 220 y 221.

⁷⁷ DIEZ SCHWERTER, José Luis. "El daño extracontractual". Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 104

⁷⁸ Sentencia RIT: T - 3 - juzgado de letras del trabajo de Punta Arenas. 16 de agosto del 2008.

artículo 19 n°1 CPR, por malos tratos, hostigamiento, y demás actos que derivaban una afectación en su integridad psíquica. Lo que motiva a la actora en autos a accionar, es la negativa de su empleador a autorizar el uso de su feriado legal, situación según estimaba fue sólo con el ánimo de perjudicarla, y se vio obligada a tener que reintegrarse a sus labores, pues había expirado su licencia de 7 meses de reposo médico. La actora en cuestión, estaba en la ciudad de Santiago y desea en sus propias palabras “aprovechar el viaje” (trabajaba en la ciudad de Punta Arenas) y hacer uso 8 días más de sus vacaciones. Lo cierto es que la solicitud fue rechazada y al momento de reintegrarse fue despedida. Se inició un proceso de tutela y el razonamiento del tribunal fue, en este caso, entender que la entidad del daño reclamado no puede ser calificado como una violación a los derechos fundamentales, más aun si estamos ante el ejercicio legítimo de una facultad del empleador, entendiendo que la solicitud de la demandante obedece a exigir el ejercicio de un derecho, pero que necesita de una coordinación, pues se debe velar por el buen funcionamiento del servicio y el respeto a todos los trabajadores. El acceder a esa solicitud intempestiva y casi antojadiza, hubiese significado un agravio mayor, pues, en el caso sub-lite, existía sólo una persona ejerciendo las funciones de 3 empleados, y esperaba la ayuda de la actora para poder continuar sus obligaciones. El caso en comento es un ejemplo breve de como una simple negativa a una solicitud no puede ser considerada una violación a un derecho fundamental y si bien puede estimarse que genera un agravio, dicho agravio no es de entidad para ser indemnizable.

3.1.3.3.- TIPOS DE DAÑO

Los efectos mediatos de la vulneración de derechos fundamentales suelen ser patrimoniales y no patrimoniales a la vez. Sin duda alguna, el daño moral es el caso de daño paradigmático en nuestra hipótesis. No obstante lo anterior, se pueden establecer ciertos casos donde puede haber daño emergente y lucro cesante, y dentro de éste un tipo especial de daño, como lo es el daño a la carrera funcionaria.

3.1.3.3.1.- DAÑO MORAL

Más allá de la discusión sobre las concepciones y conceptos de daño moral⁷⁹, las vulneraciones sufridas son en general lesiones a los derechos personalidad moral, en especial a la honra, la privacidad y la

79 BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de responsabilidad extracontractual” Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag. 289; y, Dominguez Hidalgo, Carmen. “El Daño Moral” Tomo I, Editorial Jurídica de de Chile, 2000, pag 50 y ss.

intimidación⁸⁰. Es por esto que cuando se conculca las garantías constitucionales, los daños no patrimoniales son objeto de reparación en sí mismos, a diferencia de los daños patrimoniales, puesto que la indemnización no permite a la víctima volver al estado anterior al hecho ilícito⁸¹.

Aquí se puede hablar también de los tipos o clases de daños morales que existen y que dan pie a la indemnización. Así, se puede hablar del daño a la vida de relación, por el perjuicio de sociabilidad que se puede producir en caso de mobbing; eventualmente generar dificultades para encontrar pareja y para formar una familia, que se puede provocar tras el acoso sexual; y, el deterioro de la autoestima, que se da tanto en las hipótesis de mobbing como de acoso sexual.⁸²

El gran problema que nos trae el daño moral en nuestra hipótesis, no es, como ya sabemos, si es o no procedente⁸³, sino su avalúo y prueba⁸⁴. Respecto de su avalúo, se sostiene que es inconmensurable⁸⁵, pero esto no impide que sea imposible poner precio a estos bienes, mas éste de ser razonable. Ahora bien, el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, como el patrimonial, sino sólo puede ser *inferido*, el único medio de prueba disponible son las *presunciones judiciales*⁸⁶. En definitiva, de la circunstancia de que la prueba directa no sea posible, no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. Las presunciones tienen precisamente por antecedente ciertos hechos que permiten inferirlas. Si la honra de alguien es afectada por una difamación, no le será posible mostrar al tribunal la sensación que ha experimentado, pero el juez sabrá que de esos hechos típicamente se sigue dolor moral y que, en distintos grados, se puede ver afectada la capacidad de la víctima para disfrutar la vida. La presunción se basa en la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción. A pesar de que los daños no patrimoniales no pueden ser reparados en su valor en dinero, sí pueden ser comparados en su intensidad relativa. El aporte pericial de especialistas en el arte de la medicina puede ser relevante al momento de

⁸⁰ Ob. cit. p. 228

⁸¹ Ob. cit. p. 301

⁸² Ob. cit. p. 290

⁸³ Puesto que ya está superado, tal como señala DIEZ SCHWERTER, José Luis. "El daño extracontractual". Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 93 y ss.

⁸⁴ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. Artículo "El daño moral en el Derecho Chileno: panorama general" que se encuentra en la publicación de "El daño moral en Iberoamérica", coordinado por Gisela María Pérez Fuentes, Universidad de Juaréz Autónoma de Tabasco, 2006 p. 83 y ss.

⁸⁵ BARROS BOURIE, Enrique. "Tratado de responsabilidad extracontractual" Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag. 289; y, Dominguez Hidalgo, Carmen. "El Daño Moral" Tomo I, Editorial Jurídica de de Chile, 2000 p. 288

⁸⁶ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. "El daño moral en el Derecho Chileno: panorama general" que se encuentra en la publicación de "El daño moral en Iberoamérica", coordinado por Gisela María Pérez Fuentes, Universidad de Juaréz Autónoma de Tabasco, 2006, p. 86

determinar el dolor que se sigue de diversos tipos de daños, especialmente en el caso del daño corporal. De esta estimación no se sigue, en consecuencia, una valoración absoluta del daño, sino de la intensidad relativa, pregunta esencial en la evaluación equitativa del perjuicio moral sufrido por el demandante⁸⁷.

3.1.3.3.2.- DAÑO EMERGENTE

El daño emergente son todas aquellas disminuciones patrimoniales producto de la pérdida de valor de los activos o los aumentos de los gastos o pasivos. Atendida esta definición, el mejor ejemplo de esta categoría, es la disminución patrimonial producida por los gastos de las terapias psicológicas y/o psiquiátricas y los medicamentos que pueden ser recetados para la mejoría de su estado de salud mental, tal como ocurre en el caso de los daños corporales. Su determinación -en principio- no tiene mayores dificultades, ya que hay daño emergente en la medida que se es más pobre en razón del hecho del demandado, pero sí habría problemas en determinarlo en la medida que exista un daño futuro, en el caso que estos tratamientos y la ingesta de medicamentos no se hayan llevado a cabo, es decir no esté el elemento certidumbre. Para esto se tendrá que la prueba no puede sino recurrir a antecedentes estadísticos, que permitan construir presunciones acerca del monto estimado de los daños⁸⁸.

3.1.3.3.3.- LUCRO CESANTE

El lucro cesante, en cuanto a su determinación y prueba por regla general, tiene un elemento contingente indemostrable por definición, puesto que hay que demostrar la certidumbre de los ingresos, y esto es precisamente, lo que no se puede establecer siempre. No obstante lo anterior, en el caso de los funcionarios públicos a contrata, se tiene certeza que sus ingresos se prolongarán a lo menos hasta el 31 de diciembre del año en que se contrate, y sumado a ello la muy dificultosa tarea de poder realizar la destitución por vía administrativa. Ahora bien, en el caso de los funcionarios de planta de exclusiva confianza, este tipo de daño es muy difícil de probar, puesto que su cargo carece de toda certidumbre en cuanto a su extensión temporal.

El art. 89 EA establece como derecho de los funcionarios públicos la carrera funcionaria⁸⁹. En este sentido, las vulneraciones a los derechos fundamentales pueden impedir que este derecho se realice. Este tipo

87 Ob. cit. p. 332

88 Ob. cit. p. 262

89 Art 89 inc 1 EA.- Artículo 89.- “*Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón (...)*”

de daño que se puede provocar en la medida que por ejemplo exista un mobbing de tal intensidad que la víctima se vea obligada a renunciar a su cargo, o en otro ejemplo, que se haya afectado su honor de tal manera, que no sea considerado para la promoción en el escalafón determinado para el servicio público donde realice funciones.

3.1.4.- OBJETO PEDIDO

Lo que se pide al tribunal es la reparación del daño causado. La ley no contempla una forma específica de reparación, por lo tanto, esta reparación puede ser en especie o en equivalente, es decir, en dinero. La regla general es que será siempre la reparación en dinero, pero pueden existir casos en el que la reparación sea en especie. Así, se puede dar el caso en el que se puedan pedir en especie, por concepto de daño emergente, los medicamentos necesarios para la recuperación.

CAPÍTULO III DE LOS PROCEDIMIENTOS EN GENERAL COMO INSTRUMENTO RESARCITORIO

Ya revisadas las precisiones y la caracterización de los capítulos anteriores, ahora tenemos que saber qué procedimientos tenemos para impetrar la acción indemnizatoria. Sabemos que existen distintos tipos de procedimientos que están a disposición del funcionario público con el fin de reivindicar sus garantías constitucionales. Así tenemos al recurso de protección, los procedimientos administrativos y el procedimiento de tutela. La pregunta que vamos a contestar es ¿Se puede lograr en estos procedimientos la obtención de un resarcimiento producto de las lesiones a sus derechos fundamentales?, y en especial, ¿se puede lograr esto en el procedimiento de tutela laboral?

1.- LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

La Carta Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, contempla en el art 20 el recurso o acción de protección⁹⁰, el que es definido por la doctrina como "...un proceso constitucional que tutela ciertos y determinados derechos constitucionales, que son enumerados en el art. 20 de la CPR, lo que determina el marco acotado de actuación de este arbitrio procesal"⁹¹, también es definida como: "acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados en el art 20 de la CPR, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato."⁹² La jurisprudencia ha dicho: "Este recurso ha sido concebido por el Constituyente como una acción cautelar de los derechos que la Carta Fundamental reconoce y asegura. Pretende ser una acción rápida y eficaz que restablezca el imperio del derecho y garantice la debida protección del afectado (STC 1557, c. 30)". Del concepto aportado especialmente por la jurisprudencia, para

⁹⁰ Usaremos en adelante el vocablo recurso de protección, no obstante ello adherimos a la crítica reiterada que en el presente caso no estamos ante un recurso pues no se cumplen con los requisitos procesales para hablar de un recurso propiamente tal, entre los cuales se destaca la preexistencia de un agravio producto de una resolución judicial previa y por lo tanto la denominación más apropiada debería ser acción.

⁹¹ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo" en La justicia administrativa, editorial lexisnexis, santiago 2005, p.142

⁹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano <http://doctrina.vlex.cl/vid/amparo-latinoamericano-interamericano-43285014>

los que suscriben, es manifiesta la incompatibilidad del sistema resarcitorio que pretendemos obtener como objeto del presente trabajo y el recurso de protección pues, el objeto del mismo es restablecer el imperio del derecho, mas no ser una vía jurídico-procesal idónea para obtener la reparación por el menoscabo sufrido. Ejemplo de lo que señalamos se puede apreciar en la causa rol N°359-2010⁹³. En dicha causa una secretaria administrativa de la Municipalidad de Hualpén sufrió lo que a todas luces era un caso de mobbing⁹⁴, fue sancionada por el alcalde y en un acto que posteriormente fue calificado como arbitrario e ilegal, se ordenó reparar y actuar conforme a derecho pero nunca se hizo. La afectada reclamó el reintegro y para ello interpuso la acción de protección. Los sentenciadores terminaron por acoger el recurso en favor de la actora, ordenando restablecer el derecho lo que se tradujo sólo en el reintegro de la funcionaria afectada, con eso se agotó el recurso sin más, pese a que se reúnen todos los requisitos para estimar que hay responsabilidad aquiliana, ya que nada de esto se podía hacer valer por ésta vía.

1.1.- ¿TIENE ALGUNA VENTAJA EL RECURSO DE PROTECCIÓN?

Es evidente para el lector que entendemos que el recurso de protección no es alternativo al resarcimiento. Sin embargo, debemos reconocer que dicho recurso tiene sus bondades: la celeridad con la que se pueden ver los recursos, la vista preferente en tabla al momento de interponer la acción, son elementos procesales seductores y que, como canto de sirena, instan al jurista a buscar todas las alternativas posibles para hacer plausible, por vía de protección, el resarcimiento de los derechos conculcados, la intención no es contradecirnos con todas las críticas al proceso de desnaturalización del recurso de protección⁹⁵ pero es dable destacar este aspecto de la acción de protección. Junto con lo anterior, Barros ensalza un aspecto que es menester mencionar: “Lo interesante de la protección es que no requiere la culpa del recurrido, sino que basta la amenaza o turbación de un derecho constitucional indubitado y que el daño no se trate de aquellos que la víctima debe soportar (como puede ser la opinión desfavorable que daña el nombre de una personalidad

⁹³ Gaceta jurídica N°366, 2010, pág. 35 a 37

⁹⁴ Decimos que actualmente la conducta puede ser calificada de mobbing pues, al momento de ocurrido los hechos en nuestro ordenamiento jurídico no existía regulación sobre el tema, situación que con el devenir ha cambiado y nos permite hacer esa precisión.

⁹⁵ Sobre la desnaturalización del recurso de protección, no profundizaremos en detalle. Ahora bien recomendamos revisar la doctrina autorizada en esta materia, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo” en La justicia administrativa, editorial LexisNexis, santiago 2005, p.129 a 164 y Vergara Blanco, Alejandro, “El recurso de Protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis, Gaceta Jurídica N°297 del año 2005, p. 7 a 17”

pública)⁹⁶

2.- EL PROCEDIMIENTO DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

Existe jurisprudencia⁹⁷ -la que rechaza la competencia de los juzgados laborales para conocer de las vulneraciones a los derechos fundamentales de los funcionarios públicos por vía de procedimiento de tutela laboral- que establece que el procedimiento adecuado para reclamar ante los distintos tipos de vulneraciones sería el procedimiento establecido en el art 160 del EA⁹⁸. Esto resulta irrisorio, en virtud que éste establece dos hipótesis determinadas, que se alejan del marco de protección de los derechos fundamentales, las que son:

a.- Cuando se hubieren producidos vicios de *legalidad* que afecten los derechos garantizados en este Estatuto.

b.- Las personas que postulen a cargos públicos en la Administración del Estado, y que afecten sus derechos producto que el concurso tenga vicios de *legalidad*.

A mayor abundamiento, esta reclamación tiene un plazo de 10 diez días contados desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama, salvo cuando el derecho lesionado tiene que ver con remuneración, donde se tiene un plazo mayor. Esta cualidad no la hace una sede idónea.

Por otro lado, este es un recurso impugnatorio administrativo, que busca subsanar, valga la redundancia, una cuestión administrativa ya que se da en el marco de la toma de razón del acto de la

⁹⁶ BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 875

⁹⁷ Considerando octavo, Sentencia Rol N° 9381-2012, Corte Suprema, 6 de Mayo de 2013.

⁹⁸ Artículo 160 inciso 1° y 2°.- Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días.

Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

autoridad⁹⁹, y por tanto, no podrá aquí buscarse responsabilidades civiles ni del Estado ni del funcionario en cuestión¹⁰⁰.

Siguiendo el análisis de la ley 18.834, nos queda observar la modificación que se hace al art 2 del citado cuerpo legal, introducido por la ley 20.005. Esta ley fue mencionada en nuestro primer apartado pues es ella la que introduce y tipifica el acoso sexual en materia laboral. Ésta además de modificar el CT también homologó dicha situación a las demás normas especiales dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de la ley 18.834, se introduce la siguiente indicación “prohibiéndose a los funcionarios públicos realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios...” la citada expresión ha sido utilizada como defensa por partes contrarias¹⁰¹, indicando que los derechos de los funcionarios públicos estarían debidamente protegidos en los estatutos especiales y por lo mismo no es necesario recurrir el procedimiento común regulado en el CT. Lo curioso -y es por eso que nos parece dable mencionarlo- es que la norma en cuestión, hoy actual art. 84 letra l) del EA¹⁰², se encarga de condenar cualquier acto atentatorio contra la dignidad humana y, acto seguido, especificando qué se debe entender por conducta atentatoria a la dignidad humana, haciendo expresa remisión a lo regulado y establecido en la legislación común, en específico el art. 2 del CT.

Ahora repasemos, si ya hemos dejado claro que no existe un mecanismo en la Administración del Estado que sea capaz de condenar los actos de vulneración de derechos fundamentales, y que la única opción existente sería el ya revisado art. 160 de la ley 18.834. Esto definitivamente no es tal, ya que la norma que establece de forma imperativa el deber de comportamiento de los funcionarios públicos, se remite expresamente a lo regulado a la legislación común, teniendo como especial atención lo regulado en el art 2 del CT y si nos remitimos al art 485 del CT, que el ámbito de aplicación de la tutela de derechos, podemos ver que, expresamente, en su inciso segundo se busca velar por el cumplimiento de lo regulado en el art 2, siguiendo lo dicho podemos entender que también lo regulado en la ley 18.834 y demás normas administrativas, pues siguen el mismo esquema. Entonces ¿podemos seguir insistiendo que existe contradicción entre ambos sistemas? ¿Podemos seguir sosteniendo que el EA posee una regulación especial

⁹⁹ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 68.317 Fecha: 9-XII-2009; N° 37.182 Fecha: 10-VII-2009; N° 6.150 Fecha: 6-II-2009.

¹⁰⁰ Artículo 120 del EA.- *La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal (...)*

¹⁰¹ Considerando primero, sentencia de remplazo causa N°12.712- 2011, Cuarta Sala, Corte Suprema, 3 de Octubre de 2011

¹⁰² Art. 84 letra l) del Estatuto Administrativo “l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo Art. 15 N° 1 el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2°, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2° de la ley que establece medidas contra la discriminación,

en la materia? La verdad, a estas alturas, sólo podemos decir que la diferencia existente es más bien aparente o ilusoria, un gran manto de sombras que sólo busca distraer a los magistrados de su correcto actuar.

3.- *EL JUICIO ORDINARIO*

En cuanto al juicio ordinario, acá tenemos a diferencia de los demás casos que eventualmente analicemos, que si es posible establecer la acción indemnizatoria y que sus fines son compatibles con este procedimiento.

El problema en este sentido, son las características inherentes de todo juicio ordinario puesto que, la litis es de lato conocimiento, a diferencia de lo que ocurre en el recurso de protección y el procedimiento de tutela.¹⁰³

En materia de prueba, encontramos otro inconveniente, en razón que en sede civil, debemos, según lo establecido en el art 1618 del CCCh, probar de forma directa el daño, el hecho ilícito, los nexos de causalidad, aunque respecto del daño moral, éste se puede basar en presunciones de daños producto del tipo de hecho ilícito como ya se dijo anteriormente; en este caso, como ya dijimos toda vez que exista una lesión a los derechos y a las garantías constitucionales, existe daño.

4.- *EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL*

Este procedimiento, es relativamente nuevo en nuestro sistema procesal laboral chileno, fue incorporado por ley 20.087 que modificó el CT e introdujo en nuevo sistema procesal laboral a nuestro país. El procedimiento en comento viene a dotar de estabilidad al sistema laboral existente en nuestro país pues, por esta vía, se proyectó obtener un real resguardo de los derechos fundamentales emanados de una relación laboral y evitar así tener normas que, escrituradas, se leen de manera dulce pero esconden la amargura de ser sólo programáticas, ilusorias y estériles.

¹⁰³ Esta es una de las grandes ventajas que tiene el procedimiento laboral, que dentro de sus reformas introducidas por medio de la ley 20.060 y 20.087, se estableció un procedimiento acorde a las necesidades de una tutela judicial efectiva, haciendo eco del aforismo planteado por el celebre procesalista uruguayo don E. Couture, "El tiempo, en el pretorio, es más que oro: es justicia." (Proyecto de Código Procesal Civil", Pág. 37, N° 10), se estableció un procedimiento laboral, breve, con máximo 2 audiencias, que permite en un tiempo menor poder resolver la litis, evitándose cualquier dilación del tiempo. Lo anterior se puede ver mucho más reflejado en un procedimiento de tutela, donde además de ser un procedimiento acorde a los principios regulados en el art. 425 del CT, tiene la ventaja de tener vista preferente a cualquier recurso o proceso lo que marca en síntesis una gran diferencia a un procedimiento civil que aunque sea sumario puede demorar años en ventilarse en primera instancia ni siquiera pensemos aún en los tribunales superiores.

El objetivo del nuevo procedimiento de tutela¹⁰⁴ en parte ya fue adelantado al momento de explicar el concepto del procedimiento de tutela, pero si deseamos ser más precisos, tal como aporta Gamonal¹⁰⁵, el objetivo del procedimiento de tutela se resume en tres: uno *inhibitorio*, que pretende que el comportamiento contra legem se detenga so pena de establecer el debido apremio; uno *resarcitorio*, pues se deberá propender a establecer la o las medidas que debe cumplir el infractor con el fin de restaurar el imperio legítimo del derecho y reparar en parte el daño causado, y como recuerda el citado autor se debe tener en cuenta, además, todas las demás indemnizaciones que sean procedentes entre ellas el daño moral; y, finalmente, uno *restitutorio*, ya que además de perseguir la reparación del daño causado, se debe velar porque la situación de vulneración vuelva al estado inmediatamente anterior a producirse el daño, es decir, debe propender mantener el status quo de las cosas o tal como dice el autor en caso de que ello no proceda la nulidad del acto que da curso a una vulneración.

Teniendo en mente el panorama jurídico en el que nos desenvolvemos, debemos ver qué pasa con el procedimiento de tutela y los funcionarios públicos. El dilema en cuestión, es que nos encontramos con soluciones totalmente dispares en esta materia, pues los sentenciadores no han seguido un patrón uniforme al momento de proceder la admisibilidad del procedimiento de tutela en materia de funcionarios públicos v.gr.. Esto es lo ocurrido en la causa RIT T-26-2009 del JLT de Valparaíso, en donde, se declaró el tribunal incompetente para conocer el asunto en cuestión. La sentencia fue apelada y el tribunal de alzada, decidió en ese entonces que los tribunales laborales eran competentes para conocer la materia. La situación no deja de ser interesante, pues con el pasar del tiempo, los casos lejos de desaparecer, fueron repitiéndose en diferentes partes del país, obteniéndose respuestas dispares. En la actualidad se puede decir que el criterio que pareciera imponerse es negar la competencia de los juzgados laborales en estos asuntos, pese a que a muchos de los tribunales aquo, tienen la convicción que existe norma que los autoriza a conocer casos de tutela de funcionarios públicos, siendo los tribunales ad-quem los que acogen nulidad de todo lo obrado por incompetencia absoluta o vía unificación jurisprudencia sentar un precedente en la materia en discusión.

¹⁰⁴ Nos parece pertinente hacer presente lo dicho José Luis Ugarte, sobre la imprecisión del nombre “tutela laboral” al procedimiento regulado en el artículo 485 del CT, señala que “En rigor, la ley incorpora con el equívoco nombre de *tutela laboral* todos los procedimientos del Código del Trabajo que son de tutela laboral..”, termina señalando que en verdad, estamos ante un procedimiento especial y eso es lo que debemos tener en cuenta a la hora de hablar de “tutela laboral” la que describe brevemente como “... un mecanismo de protección o tutela calificada que sólo protege un tipo de derechos: los derechos fundamentales del trabajador.”;por Ugarte Cataldo, José Luis, en tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, LegalPublishing, 2009,página 22.

¹⁰⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales, LegalPublishing, 2009, p. 33-34

4.1.- APLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

Para efecto de desarrollar la tesina, nosotros adherimos a la postura que sí acepta competencia de los JLT¹⁰⁶ para conocer de estos asuntos. La situación no obedece a una intención advenediza por los que suscriben, sino que entendemos que la ley es clara en estos aspectos, y para despejar todas las dudas en esta materia es necesario señalar cuáles son las normas en disputa:

El artículo 1 del CT: dispone el ámbito de aplicación del código, cuestión relevante puesto que en los incisos segundo y tercero es dónde existe una verdadera disputa sobre lo que el legislador quiso decir en esa materia, en atención a que en el inciso segundo se veda el campo de aplicación del CT a los funcionarios de la administración del Estado, empresas del Estado, Poder Judicial, entre otras similares. Pese a ello, el inciso tercero establece una contra excepción, señalando que *“los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueran contrarias a estos últimos”*¹⁰⁷ lo que establece el ámbito de aplicación subsidiaria del CT a los funcionarios públicos.

En estos dos incisos se centra la discusión, pues la CA de Valparaíso en la causa N° 267-2011 el tribunal de alzada resolvió *“Teniendo únicamente presente lo dispuesto en el inc 2 del art 1 del CT, se revoca la resolución apelada (causa RIT- T-26-2009)... y en su lugar, se declara que el JLT de Valparaíso es competente para conociendo de la presente causa”*¹⁰⁸, con ello se concedió competencia a los juzgados laborales para conocer asuntos en que intervienen funcionarios públicos teniendo en el caso en cuenta sólo lo establecido en el art 1 del citado cuerpo legal. Similar resultado se puede observar en lo resuelto, también por la CA de Valparaíso en la causa N° 334-2011, aquí el tribunal de alzada fue más generoso al momento de fundamentar su sentencia, y señaló que en primer término es posible entender que se ha infringido el art 1 inc 3° en causas en que intervengan funcionarios públicos y en el caso sub lite el Consejo Nacional de las Cultura y del Arte¹⁰⁹, siguiendo su argumentación el tribunal de alzada recuerda que *“es posible que en algunos aspectos pueda quedar sujeto a las normas del CT en materias que no estén reguladas en sus*

106 En materia de competencia, ver a Vergara Montoya, Juan Despidos en el sector público: Aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral, Micro Juris, MJCH_MJD418/ MJD18, sobre la misma materia revisar la ponencia ganadora del III Congreso Nacional Estudiantil de Derecho del Trabajo, desarrollado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso los días 25-27 de Septiembre de 2013, escrita por Vergara Adrián, titula *“La Tutela de Derechos Fundamentales de los Funcionarios Públicos en sus relaciones laborales con el Estado: El Problema de la Competencia del Juez del Trabajo”*

¹⁰⁷ Art. 1 inciso 3 del CT

¹⁰⁸ Sentencia causa N°267-2009, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de septiembre de 2009

¹⁰⁹ Considerando cuarto, sentencia de causa N° 334- 2011, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 de septiembre de 2011

respectivos estatutos, siempre que no fueren contrarias a ellos"¹¹⁰ lo que no sólo confirma la hipótesis del inciso tercero del artículo primero del citado código, sino que da más énfasis a lo ya señalado en su considerando cuarto, para luego continuar “ Esta situación es la que precisamente ocurre en la especie, ... el actor es una persona que en su contrato se ha indicado que se rige por la ley 18.334, esta normativa no contempla la posibilidad de accionar en un procedimiento especial por vulneración de tutela de derechos fundamentales, no pudiendo entenderse que una acción de esta clase se oponga a las normas de ese estatuto especial atendido el procedimiento de tutela,”¹¹¹ ahora bien el evento improbable que quedase alguna duda en el mismo considerando termina sentenciado que el procedimiento de tutela tiene como eje rector “...cautelar en definitiva derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas sin distinción”¹¹²

El artículo 485 del CT: El artículo en análisis, comienza regulando el procedimiento de tutela laboral, señala que “*el procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores*”. De la lectura detenida de la norma, nos parece prudente revisar lo que prescribe ella, pues, se puede discutir el “tenor literal” del art 485 y señalar que en ella no se nombra específicamente a los funcionarios públicos dentro del ámbito de aplicación del PTL¹¹³ pero, de una lectura más omnicompreensiva del derecho, podemos llegar a una referencia más armónica de las misma, lo anterior, nos puede llevar a concluir lo contrario, pues la norma hace referencia “a las cuestiones suscitadas en la relación laboral”. Es de vital importancia que la norma hable de relaciones laborales¹¹⁴, pues este concepto es mucho más amplio que el de contrato de trabajo, que se limitaría sólo a la trabajadores del sector privado o público que tengan este tipo de contrato. La redacción guarda además la coherencia con lo ya dicho en el inc 3 del art 1 del CT, pues haría aplicable el procedimiento de tutela vía aplicación subsidiaria del CT. Ahora revisando además y buscando la coherencia que debe existir en el Ordenamiento Jurídico, si revisamos el art. 1 del EA, no nos

¹¹⁰ Considerando sexto, sentencia de causa N° 334- 2011, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 de septiembre de 2011

¹¹¹ Loc. cit.

¹¹² Loc. cit.

¹¹³ En esta materia la jurisprudencia ha sido esquiva a considerar esta postura así podemos citar “El procedimiento de tutela laboral se halla referido exclusivamente a las controversias surgidas en las relaciones laborales por aplicación de las normas laborales por aplicación de las normas laborales, lo que significa que se trata de una normativa especialísima que, dada su peculiar naturaleza, no corresponde ser aplicada a las relaciones jurídicas de los funcionarios públicos” Considerando cuarto, sentencia N° 171-2011, Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de julio de 2011. En el mismo sentido, Considerando sexto, Sentencia de remplazo N° 1972-2011, Cuarta Sala, Corte Suprema, 5 de octubre de 2011.

¹¹⁴ Sobre el tema, ver Humeres Noguera, Héctor, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, tomo I: derecho individual del trabajo y Procedimiento laboral, décimo séptima edición, p. 112 a 115

deja de sorprender que la norma que habla sobre los funcionarios público comienza arguyendo a “las relaciones”, misma redacción que se puede observar en las normas ya citadas, por lo que se puede observar que tanto el CT y el EA están plenamente contestes en los criterios a seguir y no habría inconveniente en aplicar el procedimiento de tutela a los funcionarios públicos.

4.2.- ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que los tribunales del trabajo son incompetentes para conocer de materia de responsabilidad extracontractual en virtud del art 420 letra f) que sostiene su incompetencia en los casos de accidentes y enfermedades profesionales, puesto que se aplica el art 69 de la ley 16.744.

Ahora bien, criticamos esta posición toda vez que el art 420 letra F) hace una remisión estricta a una determinada hipótesis, y no se puede realizar una interpretación extensiva que nos permita entender que toda la materia de responsabilidad extracontractual ha quedado suprimida del conocimiento de los tribunales laborales de buenas a primeras. Debemos tener presente que estamos en presencia de normas procesales de carácter orgánico¹¹⁵, donde a no dudar, el ámbito de interpretación es limitado, donde debe hacerse valer la tipicidad, y en razón de lo anterior, ¿Podemos decir que la remisión contemplada en la letra f) cumple con los estándares apropiados en esta materia? la respuesta a todas luces es negativa.

Debemos además, destacar que en la ley 16.744 incorpora a los funcionarios públicos respecto de esta materia, pero esto no significa que no existe competencia de los tribunales del trabajo, si no que viene a ratificar nuestro argumento, en la medida que los accidentes o enfermedades profesionales no son las hipótesis de vulneraciones a los derechos fundamentales, es que lo que analizamos en la presente tesina.

Por tanto, entendemos, por el contrario de la doctrina y jurisprudencia, que los tribunales del ramo son competentes para conocer de responsabilidad extracontractual en el procedimiento de tutela, en virtud de la siguiente relación de artículos: art. 420 letra g) CT; ley 20.087; art. 495 número 3 CT.

¹¹⁵ Sobre el tema es bueno recordar lo dicho por Obereg Yáñez y Manso Villalón Macaren, las características del Derecho procesal: una de ellas es que es público “porque regula las relaciones entre un órgano del Estado que se halla en una situación de supremacía que está investido de una potestad jurídica pública y otras personas que se hallan sujetos a una potestad en relación de subordinación... las normas procesales son de orden público u por investir esta naturaleza las partes no pueden derogarlas por un simple acuerdo de voluntades” teniendo presente esto cuando hablamos de la ley procesal, debemos recordar que esta se clasifica en orgánicas y funcionales, en lo que nos interesa“ las características de la ley procesal son las mismas del Derecho procesal, es decir, es de Derecho Público...” Obereg Yáñez y Manso Villalón Macaren, Derecho Procesal Orgánico, tercera edición, AbeledoPerrot, Legal Publishing, 2011 páginas 7 a 9.

El art 420 letra g) nos señala que serán de competencia de los tribunales del trabajo “todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral”. Precisamente, la ley 20.087 otorga competencia a los tribunales laborales para conocer del nuevo PTL, y luego agrega el art 495, sobre el contenido de la sentencia definitiva en este procedimiento, y en su numeral tercero que prescribe “la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del art 492, *incluidas las indemnizaciones que procedan*”. Esta última expresión utilizada por el legislador, nos permite decir, que es posible que el mismo otorgue las indemnizaciones que surjan por la responsabilidad extracontractual.

Si a todo lo anterior sumamos el art 485 -que ya analizamos- que utiliza el término “relación laboral” y por ende quedan incluidos los funcionarios públicos, el tribunal es competente tanto para conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales mediante procedimiento de tutela y además, otorgar todas la indemnizaciones por la responsabilidad extracontractual del Estado.

No obstante todo lo anterior, debe hacerse la precisión que estas indemnizaciones se tienen que otorgar mediante la óptica civil, y no laboral, puesto que no existe contrato de trabajo.

4.3.-INCOMPATIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO CON LA FUNCIÓN PÚBLICA

Debemos entender que el razonamiento anterior puede adolecer de ciertas falencias y que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales dentro de sus características, no siempre puede tener una cierta coherencia con los funcionarios públicos, lo que no deja de ser curioso pues nuestro ordenamiento jurídico se inspira en la legislación comparada, con especial atención en lo regulado en el ordenamiento jurídico español, quienes tienen un sistema especial de tutela de derechos fundamentales pero ellos, a diferencia de nosotros, tienen como centro de regulación del procedimiento de tutela, los funcionarios públicos; en nuestro país, tal como apunta Vergara, parece que se olvidaron de los funcionarios públicos¹¹⁶. Es quizás esa situación que hace que no todo lo regulado en materia de procedimiento de tutela sea aplicable a los funcionarios públicos y lo anterior, no es una contradicción a lo ya dicho sino que un efectivo cumplimiento de lo regulado en el art. 1º inc 3 del CT.

El citado autor, nos recuerda que quizás los inconvenientes más graves entre el procedimiento de

116 VERGARA MONTROYA, Juan. “Despidos en el sector público: Aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral”, Micro Juris, MJCH_MJD418/ MJD18, p. 2

tutela y los funcionarios públicos, lo encontramos en materia de medidas reparatorias. Dentro de las medidas que generan incompatibilidades, la más evidente y una de las más solicitadas es la posibilidad de “reintegro”, situación que se produce en los casos en que se ha puesto fin a la relación laboral, lo que ha ocasionado que los ex funcionarios recurran por vía de tutela, en donde la respuesta ha sido negativa, entendiendo que lo solicitado rompe con toda la estructura administrativa pues implicaría que, por vía judicial, se designen cargos públicos, situación que está execrada de nuestra legislación nacional, y no sólo eso, sino que en los casos que se acepte la tutela, se tendría a dos funcionarios para un mismo cargo, lo que claramente podría generar más problemas, pues podría derivar que por vía judicial se tenga que no sólo reintegrar a un funcionario público, sino que dado la duplicidad de cargo, significaría modificar el orden interno de un organismo público, facultad que sólo tiene el jefe superior del servicio. Ahora bien, quizás lo anterior tenga una solución pero ya como por vía de lege ferenda, es que se establezca una solución especial en estos casos, en el evento que un ex funcionario solicite el reintegro por vía de tutela, se solicite como una medida cautelar, que la administración prescinda por el momento de designar un nuevo funcionario hasta el momento en que exista sentencia vía tutela y en el caso que la sentencia sea favorable al funcionario público, no se generaría el inconveniente anotado en un principio, pues los juzgados laborales sólo estarían corrigiendo una anomalía y velando por el status quo, al no haber existido nombramiento de algún otro funcionario, tampoco se generaría un inconveniente por tener a dos trabajadores en una misma plaza.

A riesgo de ser muy reiterativos, ya hemos señalado que Vergara Montoya analiza la aplicación de tutela en materia de funcionarios públicos, pues bien, a modo de síntesis, el autor termina cuestionando la aplicación de tutela en los casos de terminación de relación laboral, mas señala que “se podría sostener que la contienda versa esencialmente sobre vulneración de derechos fundamentales, materia que no se encuentra regulada en esos estatutos ni es contraria a los mismos (precisamente, el fundamento de la aplicación supletoria del procedimiento de tutela), de modo que se debería aplicar íntegramente el “haz indemnizatorio” de tutela”¹¹⁷, lo anterior no es sino una confirmación de lo que hemos venido sosteniendo durante el presente apartado, que es plenamente factible considerar que en el caso de los funcionarios públicos es posible aplicar el procedimiento de tutela, teniendo siempre en cuenta las precisiones señaladas en los párrafos anteriores.

117 VERGARA MONTOYA, Juan. “Despidos en el sector público: Aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral”, Micro Juris, MJCH_MJD418/ MJD18, p.6

4.4.- *BONDADES DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL*

Ya hemos indicado que el procedimiento de tutela es plenamente compatible con los funcionarios públicos, pero además de lo anterior nos parece importante, dedicar algunas líneas para destacar las bondades del procedimiento de tutela.

Una de las principales cualidades de este procedimiento es su estructura, pues debido a las reformas introducidas en la materia, por vez primera tenemos un proceso laboral que cumple con los fines de celeridad, concentración, oralidad, certeza jurídica, sólo por nombrar algunos de los principios del proceso laboral regulados en el art 425 del CT, lo que facilita ciertamente la respuesta de los juzgados laborales y todo lo anterior en un lapso breve, lo que puede ser analizado desde muchas aristas económicas pero a nosotros nos llama destacar el efecto de justicia material que provoca en los intervinientes, situación que lo diferencia de cualquier otro procedimiento. Quizás lo que más se asemeja en rapidez al procedimiento de tutela es el recurso de protección, pero, no está estructurado para que exista bilateralidad de la audiencia como el procedimiento que analizamos y en el caso del procedimiento ordinario está tan alejado los principios modernos antes señalados, que ¿será necesario indicar cuántos años puede estar ventilándose una causa sólo en primera instancia? Ahora en el peor de los casos, si seguimos la tendencia actual en materia de responsabilidad extracontractual en el ámbito del CT, esto significaría que luego de que los funcionarios públicos al fin pueden hacer valer sus acciones antes tribunales laborales y obtener una tutela parcial de sus derechos, luego de eso tienen que empezar de fojas cero un nuevo procedimiento de lato conocimiento pero esta vez en sede civil, con el fin de obtener el resarcimiento de sus derechos, con la esperanza que la judicatura civil acoja sus pretensiones no obstante tener sentencia favorable que les dio la razón antes en sede laboral, aumentando el grado de indefensión y vulneración, situación que no se observa en un eventual procedimiento ante judicatura laboral y es que además de todo estamos ante un tribunal que está plenamente investido para conocer causas laborales, lo que es un plus adicional en desmedro de los tribunales que poseen competencia común o de los tribunales superiores. En materia de prueba observamos una gran diferencia en atención a que el procedimiento laboral en su art. 493¹¹⁸, permite lo que se conoce como prueba indiciaria, situación que no libera el deber de probar los hechos pero, aligera el onus probandi, lo que ciertamente no ocurre en ninguno de los procedimientos en comento.

118 "Que esta norma (art 493 del CT) no aletera la carga de la prueba, en la medida que impone a quien denuncia la presunta vulneración de derechos fundamentales la obligación de acreditar su aserto, pero ciertamente alivina dicha carga, al exigir un menor estándar de comprobación, pues bastará justificar "indicios suficientes", es decir, proporcionar elementos, datos o señales que puedan servir de base para el acto denunciado pueda presumirse verdadero" considerando séptimo, Sentencia N° 7.023 -2009, cuarta sala, Corte Suprema, 14 de enero de 2010

CONCLUSIONES

- 1.- Es menester indicar que nuestro ordenamiento jurídico proporciona un marco regulatorio básico, que nos habilita poder conocer varias hipótesis de violaciones a los derechos fundamentales. Nos encontramos con las herramientas iniciales (pero que pueden ser perfectibles en un futuro, esperamos no lejano), para alegar la perturbación de los derechos vigentes en la relación laboral.
- 2.- Los derechos fundamentales garantizados por la CPR constituyen los máximos bienes jurídicos, y en tal sentido, ha sido deber del derecho civil, tomarlos dentro de su esfera de cuidado y propender que dichos bienes tengan una tutela eficaz. De lo anterior, resulta que la vulneración a estas garantías constituyen un daño significativo y atentatorio a un interés legítimo de la víctima, y por tanto, debe ser indemnizado.
- 3.- Dada la especial investidura de los funcionarios públicos, el estatuto indemnizatorio adecuado en caso de vulneraciones de sus derechos fundamentales es la responsabilidad extracontractual. En razón principalmente a que es muy difícil poder sostener que la relación laboral existente entre el Estado y un funcionario público es de tipo contractual y por lo mismo los ilícitos que se produzcan en ocasión de dicha relación, puedan ser calificados de otra forma.
- 4.- Ahora bien, sabiendo que existe un marco regulatorio que nos permite entender los casos de violaciones a derechos fundamentales, entendiendo ya el sistema de responsabilidad, los mecanismos válidos para hacer valer dichas pretensiones. En caso de violaciones a los derechos fundamentales en el caso de la función pública, desde la perspectiva que ha sostenido los tribunales superiores de justicia y algún sector de la doctrina, éstos se encuentran en una situación desmejorada en comparación con cualquier otro trabajador, pues en caso de que exista una lesión a sus derechos, ellos cuentan con el procedimiento del artículo 160 del Estatuto Administrativo y el recurso de protección. El procedimiento de tutela, en el caso de los funcionarios públicos, estaría vedado según la interpretación que hacen tribunales superiores, lo que deja al sector, en una posición totalmente desmejorada, pues ha sido reiterada la tendencia en los últimos años por parte de los tribunales superiores de entender que los tribunales laborales no son competentes de conocer causas de tutela de derechos de funcionarios públicos.

- 5.- Pese a lo sostenido por los tribunales superiores de justicia, para nosotros no existe tal inconveniente. Los tribunales laborales, serían competentes para conocer causas de violaciones de derechos fundamentales de funcionarios públicos. Para poder concluir lo ya dicho, es que se debe privilegiar una interpretación más armónica de la realidad normativa de nuestro ordenamiento. Es por ello que cobra real importancia lo regulado en el inciso 3 del art 1 del código del trabajo en relación con las normas del procedimiento de tutela y el Estatuto Administrativo. De una lectura detallada y sin torcer el sentido de lo regulado en la ley, es indudable que se puede entender que los tribunales laborales sí pueden conocer de causas en que sean parte los funcionarios públicos.
- 6.- De lo demostrado en este trabajo, se puede concluir, que el procedimiento de tutela es un mecanismo que puede utilizar la función pública para detener las violaciones, por el tenor literal de lo preceptuado en el art. 485 código del trabajo.
- 7.- Ahora bien, el eje rector del trabajo es el resarcimiento de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos durante la vigencia del cargo. Postulamos que el procedimiento eficaz para obtener el resarcimiento de dichos derechos es el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, regulado en el art. 485 y siguientes del código del trabajo. Arribamos a dicha conclusión, en virtud de la interpretación holística y armónica de los artículos 420 letra g), con la ley 20.087, y el artículo 495, del código del ramo. Lo anterior permite sostener que en el procedimiento de tutela de derechos de fundamentales, es la sede para conocer las acciones de responsabilidad extracontractual tanto del Estado como del funcionario en caso de falta personal.
- 8.- No obstante lo anterior, la procedencia de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual deben concederse a la luz de la legislación civil, es decir, bajo los requisitos de la procedencia de la responsabilidad extracontractual, es decir, el hecho ilícito, el daño, la relación de causalidad, y la culpa o dolo. Para determinar estas cuestiones, se debe cumplir también con las hipótesis de la falta de servicio y/o de falta personal. Lo antes dicho en atención a que el código civil, como fuente supletoria, sería plenamente aplicable dentro de un procedimiento de tutela laboral.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ENSAYOS E INFORMES:

- ARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ –SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquin. Derecho del Trabajo, Madrid, Editorial Tecnos, 6ta. Ed., 1997.
- BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, Revista de Derecho PUCV XXXVII,
- CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004,
- DIEZ SCHWERTER, José Luis. “El daño extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, 2012
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Anales de Derecho UC, Temas de Responsabilidad”: artículo “La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales”. Editorial LEGIS, 2008
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “Daño Moral”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. “El daño moral en el Derecho Chileno: panorama general” que se encuentra en la publicación de “El daño moral en Iberoamérica”, coordinado por Gisela María Pérez Fuentes, Universidad de Juaréz Autónoma de Tabasco, 2006
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo” en La justicia administrativa, editorial lexisnexis, santiago 2005
- Gaceta jurídica N°366, 2010
- GAMONAL CONTRERAS y PRADO, Pamela, El acoso moral o Mobbing, LegalPublishing, 2009
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales, LegalPublishing, 2009,

- Grandes temas laborales para la empresa, Manual de consultas laborales y previsionales, Legal Publishing, 2011 1er edición Junio de 2011
- HIRIGOYEN, Marie-France, El acoso moral en el trabajo, distinguir lo verdadero de lo falso, editorial Paidós, 2001
- HUMERES NOGUER, Héctor, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, tomo I: derecho individual del trabajo y Procedimiento laboral, décimo séptima edición
- Informe de actualidad laboral N°2, El mobbing y su tratamiento en la legislación laboral, Departamento de estudios, Dirección del trabajo, Romanik Foncea Katy, diciembre 2011
- KOCH SALAZAR, Carlos, Revista Laboral Chilena, Mayo del 2005
- LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, Nueva ley de acoso sexual, LexisNexis, 2005
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano <http://doctrina.vlex.cl/vid/amparo-latinoamericano-interamericano-43285014>
- OBEREG YÁÑEZ y MANSO VILLALÓN Macaren, Derecho Procesal Orgánico, tercera edición, AbeledoPerrot, Legal Publishing ,2011
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno” Revista de Derecho, vol, XXI, n°1, julio 2006
- PIERRY ARRAU, Pedro. “¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado No 11. 2004
- PIERRY ARRAU, Pedro. “¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado No 11. 2004
- PIERRY ARRAU, Pedro. “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1. 2000

- PIERRY ARRAU, Pedro. “Repetición del Estado contra el funcionario”, en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XVI. 1995 p. 351–352.
- PIÑUEL, Iñaki, Las fases del Mobbing, <http://acosopsicologico.blogspot.com/2012/12/las-fases-del-mobbing.htm>
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: Nuevas Tendencias de la Responsabilidad, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011
- TOSELLI, Carlos Alberto, GRASSIS, Pablo Martín; FERRER, Juan Ignacio: Violencia en las relaciones laborales, otras manifestaciones de la violencia
- UGARTE CATALDO, José Luis, en tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador, LegalPublishing, 2009
- UGARTE CATALDO, José Luis, Nuevo Derecho del Trabajo, LexisNexis, 2007
- VERGARA MONTOYA, Juan. Despidos en el sector público: Aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral, Micro Juris, MJCH_MJD418/ MJD18,
- VERGARA, Adrián, “La Tutela de Derechos Fundamentales de los Funcionarios Públicos en sus relaciones laborales con el Estado: El Problema de la Competencia del Juez del Trabajo
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “El recurso de Protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis, Gaceta Jurídica N°297 del año 2005

JURISPRUDENCIA:

- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 68.317 Fecha: 9-XII-2009; N° 37.182 Fecha: 10-VII-2009; N° 6.150 Fecha: 6-II-2009.
- Dictamen N°1133/36 del año 2005 de la Dirección del Trabajo

- Directiva 2002/73/ce del parlamento europeo y del consejo, diario oficial de la comunidad europea.
23 de sep. 2002
- Libelo de la causa: RIT:: T- 448-2012, “Canales con Ilustre Municipalidad de Santiago” del 2do Juzgado de letras del trabajo de Santiago.
- Sentencia causa N° 15-2011 Corte de Apelaciones de Arica.
- Sentencia RIT: T - 3 - 2008 Juzgados de Letras del Trabajo de Punta Arenas
- Sentencia ROL N° 9381-2012, Corte Suprema, 6 de Mayo de 2013
- Sentencia de remplazo causa N°12.712- 2011, Cuarta Sala, Corte Suprema, 3 de Octubre de 2011
- sentencia RIT: T - 3 - juzgado de letas del trabajo de Punta Arenas. 16 de agosto del 2008.
- Sentencia causa N°267-2009, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de septiembre de 2009
- sentencia de causa N° 334- 2011, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 de septiembre de 2011
- Sentencia de remplazo N° 1972-2011, Cuarta Sala, Corte Suprema, 5 de octubre de 2011
- Sentencia N° 171-2011, Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de julio de 2011
- Sentencia N° 7.023 -2009, cuarta sala, Corte Suprema, 14 de enero de 2010
- Sentencia ROL 350-2011, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de septiembre de 2011.