

Valparaíso, enero 2019.

Sres. Comisión de Trabajo y Seguridad Social

Congreso Nacional

Presente

De mi consideración:

Adjunto copio informe sobre la aplicación de la tutela de derechos fundamentales a los trabajadores estatales, que es del tenor que sigue:

INTRODUCCIÓN

En un régimen democrático (art. 4 de la Constitución) basado en elecciones periódicas, cualquier persona sin distinción de su opinión política tiene garantizada la igualdad de acceso a los empleos públicos (art. 19 N° 17 CP), para cuyos efectos el constituyente y en armonía con éste el ámbito infraconstitucional regularon un régimen de estabilidad en el empleo público en el art. 38 inciso I de la Ley Primera, en relación a los art. 16 inciso II y. 43 a 51 de la ley 18.575, y disposiciones estatutarias a las que se remiten los art. 15, 16 inciso I, 43 y 45 de dicha legislación de bases.

Los cargos de elección popular, se encuentran regulados en diversas disposiciones, comenzando por los de Presidente, Senadores y Diputados en la Constitución Política de la República, y Alcaldes y Concejales en la ley orgánica de municipalidades. Los cargos de exclusiva confianza de más alto nivel jerárquico, por su parte, se regulan por la ley 18.882, en términos generales, y tienen una forma especial de selección y terminación de sus contratos que duran 3 años. Otros cargos de exclusiva confianza se regulan en diversas leyes, como los intendentes y secretarios regionales ministeriales, que se encuentran contemplados en la ley de gobierno y administración regional señalando ésta su forma de designación.

El resto de los cargos, aquellos que no son de elección popular ni de confianza, corresponden al aparato estable del estado al que se refiere el art. 38 inciso I de la Constitución.

La consagración en el derecho comparado de ese régimen laboral administrativo tiene por finalidad, por un lado, evitar el clientelismo político en un régimen democrático basado en elecciones periódicas a fin de proteger al funcionario de las destituciones arbitrarias (estabilidad en el empleo) mediante la utilización del empleo público como dispositivo estratégico electoral a través del sistema de "*despojo*" y, por otro, pero vinculado a lo anterior, profesionalizar la función pública (búsqueda de la eficiencia en el servicio y la idoneidad del funcionario). El sistema se funda, precisamente, en que ninguna persona pueda ser excluida en el empleo en el Estado por razones políticas, diferenciación que el legislador sólo estableció y permitió para los empleos de exclusiva confianza o autoridades electas, de manera explícita.

Dicho esto, y dado el tema, conviene precisar que el personal estatal tiene la naturaleza de trabajadores, y que dichos trabajadores, además, tiene acceso a la tutela judicial efectiva en materia de derechos fundamentales.

LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS SON TRABAJADORES EN UNA RELACIÓN LABORAL CON UN EMPLEADOR QUE ES UN SERVICIO PÚBLICO.

1.- La relación laboral en el servicio público está sujeta al principio de legalidad conforme art. 6 de la Constitución Política y 2 de la ley 18.575, que desde la perspectiva de las personas que dan cumplimiento material a dicha legalidad concurren sus voluntades acuerdos, razón por la cual la propia doctrina administrativista actualmente entiende que el vínculo del trabajador funcionario público con el empleador servicio público, si bien no contractual, es bilateral, en el sentido que requiere la concurrencia de acuerdo de voluntades de las partes para cumplir la ley, que los regula a ambos en derechos y obligaciones.

Como señala correctamente en este punto Pantoja Bauzá (Derecho Administrativo. *"Los funcionarios públicos como sujetos de derecho"*), la relación estatutaria nace en razón de un acto bilateral, en la medida que su fuente es el nombramiento extendido por autoridad competente, perfeccionado por la aceptación de la persona designada (artículos 16 inciso III, 22, 24 en relación al art. 146 letra a) y 147 de la ley 18.834, 74 inciso II y 92 inciso I ley 18.834), bilateralidad que se

extiende no sólo al nacimiento del vínculo, sino durante su vigencia, pues no sólo obliga al sujeto *trabajador*, sino al empleador, en tanto se reconoce que los funcionarios no están bajo la disponibilidad subjetiva de las autoridades unilateralmente, ya que unos y otras están igualmente sujetos a la ley en el ejercicio de las funciones públicas (art. 61 letra f) en relación al art. 62).

El concurso de voluntades, entonces, no provoca el nacimiento de una nueva ley entre las partes, como en el caso del contrato del sector privado. El concurso de voluntades perfecciona la ejecución material o cumplimiento de la ley. La propia Contraloría ha sostenido en dictamen No 31.386 de 1982, manifestó que el régimen estatutario *"no significa que la calidad de empleado público pueda ser impuesta forzosamente a una persona, pues ésta sólo se incorpora al régimen jurídico estatutario en la medida que así lo decida libremente, ya que es una expresión de la libertad de trabajo garantizada por la Constitución Política de la República."*

Ahora bien, existe consenso en la doctrina comparada que es el Convenio 87 de la OIT de mediados del siglo XX, el que viene a otorgar un estatus jurídico laboral individual y colectivo a los funcionarios públicos.

Nuestro país no ha sido ajeno a las coyunturas políticas e históricas globales, aunque retrasado en su avance respecto de otros países latinoamericanos, advirtiéndose que la doctrina administrativista nacional, en su gran mayoría, se mantiene reacia a la aceptación del funcionario público como sujeto *trabajador*, no obstante inevitablemente denominar a los funcionarios *trabajadores* y al fenómeno material *trabajo*, que además utiliza la propia legislación, donde se advierte le cuesta o le es muy difícil asumir, cómo un

funcionario puede ser *dependiente* y, al mismo tiempo, instrumento material para el ejercicio de la función pública, porque no consigue desligar el intercambio de servicios, del ejercicio de la *función*.

A nuestro entender, en la misma confusión incurre alguna posición laboralista, pero a la inversa, al no comprender que el intercambio de servicios materiales es, a la vez, complemento inescindible e instrumento necesario para el cumplimiento de una *función pública*, en vez de la acumulación de capital privado del empresario, siendo en esta clase de empleo que por su naturaleza rige el principio jerárquico, por razones de gobierno.

El punto está, en ambos casos, no advertir la realidad legal y material por lo cual, primero, no es igual sino asimétrica en la prestación de servicios materiales, dada en ambos casos por la jerarquía limitadora de la autonomía de la voluntad, lo que naturaliza la función como *laboral* y al funcionario como *trabajador* y, segundo, no deja por ello ser funcionario que cumple una función pública en una relación bilateral regulada por ley, que lo naturaliza *funcionario público*.

Ambos conceptos, sin constituirse en incompatibles, sino complementarios.

Concordamos al efecto plenamente con lo sostenido por Antonio Martín Valverde (*Los límites del Derecho de Hulega en la Administración Pública*".Revista Española de Derecho Constitucional. Año 6. No 18.Septiembre-dicoembre 1986) en que, finalmente, son posiciones con aspiración de fundamentar líneas de interpretación opuestas y excluyentes, por una apreciación parcial o unilateral de los intereses en juego, en contraste, con un cuadro constitucional que no

sacrifica *a priori* a ninguno de ellos, ofreciendo legitimidad a unos y otros.

En esta línea el empleado, sin dejar de ser *funcionario público* es también un *trabajador*. Es un *trabajador para cumplir una función pública*, en cuyo contexto se comprende mejor que el respeto y garantía de los derechos de aquél, es garantía del cumplimiento eficiente, eficaz y probo de ésta, lo que confirman tanto las regulaciones del Código del Trabajo como las del Estatuto Administrativo en general, y legislaciones estatutarias en particular.

2.- En armonía con las tendencias comparadas y el Convenio 87 de la OIT, el Código del Trabajo reconoce la calidad de *trabajadores* de aquellos funcionarios públicos sujetos a los estatutos especiales, tanto en el texto literal, como por las características propias del vínculo.

2.1. En efecto, en el inciso I de su art. 1, al señalar que “*las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias*”, está asumiendo *a priori* que toda persona que preste servicios personales a otra, privada o pública, a cambio de una remuneración por la misma –porque no distingue-, es un trabajador.

Enseguida, de acuerdo al inciso II del art. 1 del Código del Trabajo fluye de manera literal y explícita que los funcionarios sujetos a estatutos especiales son *trabajadores* y el servicio del que dependen, por contrapartida, su empleador, pues de otra manera no se justifica la exclusión, y no hace sino confirmar que la regla general que reconoce

su calidad de trabajadores se encuentra contenida en el inciso I.

Se trata, según la norma del inciso II de funcionarios sujetos a un estatuto especial, en un órgano de la Administración del Estado¹ creado para el cumplimiento de un objeto público, cuyos dependientes están sujetos a un estatuto especial que es la ley 18.834, denominada Estatuto Administrativo (art. 38 inciso I Constitución Política, art. 1 ley 18.834 y 1 inciso II ley 18.575).

Estos funcionarios son una categoría o especie de *trabajadores*, que tienen la particularidad estar sometidos a un estatuto especial, por regla, que no el Código del Trabajo, y no es otra la razón por la que excluye expresamente aquellos sujetos a estatutos especiales el inciso II del art. 1 del Código del Trabajo sujetándolos a su propia regulación, esto es, la circunstancia de ser *trabajadores*, pues no se puede excluir lo que nunca estuvo incorporado.

Y se confirma aquello, puesto que la supletoriedad del Código del Trabajo respecto de las relaciones estatutarias que considera el inciso III, comienza señalando a los funcionarios públicos, literalmente, como *trabajadores*.

Por su parte, la materia regulada de manera explícita y directa, la Protección de la Maternidad, Paternidad y Vida Familiar, contenida en

¹ Art. 1 inciso II ley 18.575 "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley."

el Libro II Título II del Código del Trabajo, artículo 194 y siguientes, se extiende a todo el ámbito de los *trabajadores* indistintamente si se trata del sector público o privado, utilizando en toda ella la expresión genérica *trabajador*, incluyendo a los funcionarios sujetos a estatutos especiales.

Asimismo, las *leyes complementarias* del Código del Trabajo a las que se refiere el inciso I del art. 1 son, entre otras, las de seguridad social generales aplicables a los *trabajadores*, que también se aplican a quienes están sujetos a estatutos especiales.

De no considerar *trabajadores* a los funcionarios sujetos a estatutos especiales el legislador no se las hubiere hecho extensivas.

De esta manera, de conformidad al art. 2 del D.L. 3.500 el inicio de la labor del *trabajador* no afiliado genera la afiliación automática al sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, legislación que en todo su articulado utiliza la expresión *trabajador* salvedad en el artículo 83 inciso III que expresamente se refiere a los funcionarios públicos, no para excepcionarlos, sino para regular la especial percepción del subsidio en caso de accidente en acto de servicio. Si los funcionarios públicos, cualesquiera fuera la denominación con la que se los designe no fueren *trabajadores*, entonces no les sería aplicable el D.L. 3.500 ni ninguna otra norma especial de sistema de pensiones, como ocurre con aquellos afiliados a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional o a los organismos del régimen de reparto que administra el Instituto de Previsión Social.

La ley 16.744, por su parte, es de la mayor extensión a toda clase de *trabajadores*, como su denominación lo indica, y en su cobertura personal comprende a los funcionarios públicos de manera explícita la

letra b) de su art. 2, y expresamente el art. 66 inciso III N° 3 de la ley 18.834 señala que le es aplicable a los funcionarios porque los funcionarios públicos son *trabajadores*.

Todas las disposiciones citadas, literalmente consideran al funcionario público *trabajador*. Negarlo, es negar no sólo la realidad material, sino la realidad legislativa.

2.2.- Por su parte, enfrentados a la finalidad que tuvo el legislador para incorporar a los funcionarios públicos en determinados aspectos al Código del Trabajo, nos encontramos que es en razón de la relación asimétrica de poderes en la prestación de servicios materiales.

En efecto, el Código del Trabajo se aplica a los funcionarios públicos, sin que éstos dejen de serlo, en razón de las características comunes de asimetría de poderes en el intercambio de servicios, que se confirma porque dicho conjunto de normas efectivamente excluye a una categoría de *trabajadores* de la aplicación de sus disposiciones, como regla general, que no son los de los estatutos especiales, sino los trabajadores independientes, que sin dejar ser trabajadores carecen de las características de subordinación y dependencia propias de la relación laboral, en que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, que en el caso de los estatutos especiales deriva directamente del principio jerárquico del art. 5 de la ley 18.575.

En efecto, quien presta servicios personales de forma independiente también es un *trabajador* –el propio empleador privado persona natural o un profesional de ejercicio libre, por ejemplo-, con la particularidad que su labor la efectúa por cuenta propia. Lo expuesto

se confirma si revisamos las normas aplicables al *trabajador* independiente en el Código del Trabajo, que sólo entrega un concepto en el art. 3 inciso I letra c) y en el inciso II de esta misma disposición para los efectos previsionales. La misma ley 16.744 lo confirma al sujetar a esta clase de *trabajadores* a ese seguro obligatorio en el art. 2 letra d), y el D.L. 3.500.

De este modo, tanto el Código del Trabajo como los estatutos especiales de carácter público no regulan las relaciones de todos los *trabajadores*, sino de una categoría de ellos que tienen características esenciales en común: realizan sus labores bajo ajenidad, subordinación y dependencia, esto es de asimetría de poderes en la prestación del servicio, y es la razón por la que a los *trabajadores* independientes el Código del Trabajo ni siquiera se ocupa de incluirlos y excluirlos, que continúan regulados por las reglas civiles, como sí ocurre con aquellos sujetos a estatutos especiales en los incisos I y II del art. 1 del Código del Trabajo, menos establecer una aplicación supletoria de sus normas a los independientes, como también sí sucede con los de estatutos especiales en el inciso III, lo que no hace sino confirmar que la exclusión e inclusión se debe, precisamente, que los de carácter público se trata de *trabajadores*, y más aún de aquellos *trabajadores* de los que se ocupa el Código del Trabajo conforme la regla del inciso I.

3.- Asimismo, por el lado de la específica legislación estatutaria encontramos los mismos elementos del Código del Trabajo, tanto porque literalmente se refiere a los funcionarios públicos como sujetos *trabajadores*, la función que realizan como *trabajo* y al servicio que los contrata como *empleador*, como porque los elementos definitorios

que definen la *relación laboral* entre un *empleador* y un *trabajador* como asimétrica de poderes en el intercambio de servicios materiales, se encuentran contenidas en las legislaciones estatutarias de los funcionarios que también establece mínimos irrenunciables que el empleador no puede desconocer, dada la limitación de la autonomía de la voluntad en razón del principio jerárquico, a saber:

3.1.- Respecto del literal de diversas disposiciones estatutarias que define a los funcionarios públicos como *trabajadores*, regulan utilizan las expresiones *trabajo*, *trabajos*, *trabajar* o *trabajado* en sus artículos 30 inciso II, 42 inciso II, 43 inciso II, 61 letra d), 64 letra c), 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72 inciso I, 84 letra g) y j), 87 letra b), 88 inciso I, 98 letra c), 103 inciso II, 105, 109 inciso II, 111, 115 inciso II y final, 126 inciso II, 131 inciso I, y 152 inciso II. A su vez, la misma legislación estatutaria se remite al Código del Trabajo en sus artículos 89 inciso II, 104 bis y 151 inciso II. La ley 19.296, en lo referido a la libertad sindical de los funcionarios públicos, que utilizan la expresión *trabajador* en sus art. 1 inciso I, , 2 inciso VI, 7 inciso II letra h), 13 inciso I, 17 inciso III, 22 inciso I y 46 inciso II.

Se refieren al servicio público respectivo como *empleador* los art. 72 inciso II, 115 inciso IV, 116 inciso III, 152 inciso II, el artículo final en su inciso II y el artículo 16 transitorio inciso II, todos de la ley 18.834. La ley 19.296 sobre asociaciones de funcionarios, en referencia a la respectiva institución como *empleador* en sus art. 37 inciso III y 44 inciso III.

3.2.- Por su parte, las características de la relación asimétrica de

poderes propia de la laboralidad, están presentes en la ajenidad de la prestación de los servicios personales físicos o intelectuales,

La ajenidad en los frutos significa que éstos los recibe una persona distinta al *trabajador*, en el caso, la función pública de cada uno de los funcionarios de y el cumplimiento de metas y eficiencia es del servicio. Señala la ley 18.834 que el control *"se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones"*, fines propios de la función pública que se rige por dichos principios (art. 3 incisos I y II ley 18.575, de Bases de la Administración del Estado).

Asimismo la ajenidad de los riesgos significa que el costo del trabajo lo asume totalmente el empleador que también recibe el resultado económico de las operaciones en las cuales participa el trabajador, independientemente que este resultado económico sea positivo o negativo. Por ejemplo, la infraestructura, oficinas, papelería, telefonía, Jardines Infantiles etc. son de cargo del servicio.

El pago de una remuneración por los servicios que se prestan y la protección de las mismas, que regula el Párrafo 2 de la ley 18.834, las remuneraciones y asignaciones en sus art. 93, 94, 95, 96 y 101 de dicha legislación, entre otros, estableciendo la regularidad a través del pago de mensualidades vencidas, su inembargabilidad, la prohibición de efectuar determinadas deducciones y la obligación de restituir los pagos indebidamente percibidos.

Por su parte, la dependencia y subordinación se expresa en que si bien el *trabajador* tiene una cierta autonomía a la hora de ejercer su trabajo, éste siempre se realiza bajo las directrices del empleador y

bajo unas órdenes y unas normas concretas que el *trabajador* tiene obligatoriamente que aceptar y desarrollar en razón del principio jerárquico contenido en la ley 18.575.

En el caso, la obligación legal de mantenerse a disposición del servicio conforme obligaciones del art. 61 de la ley 18.834 y obedecer las órdenes del superior jerárquico y cometidos que se les asignen, sujeto a sus órdenes en forma estable y continua, la facultad del servicio de requerir su presencia, la potestad de impartir instrucciones por parte de jefaturas (art. 64 letras a) y b) ley 18.834).

Asimismo las autoridades y jefaturas ejercen un control jerárquico permanente de funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su *dependencia* (art. 64 letras a) y b) de la ley 18.834) disposiciones que utilizan expresamente la voces jerarquía, control y *dependencia*.

Particularmente, las normas que reglan la potestad disciplinaria de los subordinados de los art. 119 y siguientes de la ley 18.834.

Por su parte, las jornadas especiales de trabajo (turnos domingos, festivos y nocturnos) de los art. 66 a t2, ambos inclusive, del Párrafo 2o del Título III, párrafo en que asimismo se establecen los límites de la jornada ordinaria y extraordinaria de *trabajo* (literal),

A su vez, dentro de la misma ley 18.834 se consideran una serie de beneficios de seguridad social, de cargo de la propia institución empleadora que no puede negarle al trabajador, como las normas del Párrafo 3 del Título IV de la ley 18.834 en los artículos 102, 103, 104, 107,108,109,110, 111 y 112 , entre otros, que regulan las ausencias justificadas en casos de feriados, permisos administrativos, licencias

médicas y declaración de irrecuperabilidad de la salud; y los artículos 109 y 113, actuales 114 y 118 sobre prestaciones sociales, que reglan la percepción de la remuneración por los familiares en caso de fallecimiento y el derecho a percibir asignación familiar y maternal.

NO ESTÁ REGULADO EL DERECHO A LA ACCIÓN PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN SUS ESTATUTOS ESPECIALES.

4.- Precisado lo anterior, no contempla la ley 18.834, ni otra especial que integre el bloque de la legislación *estatutaria* una acción específica para cautelar contra los actos vulneradores de derechos humanos por parte de la autoridad, acción que entonces es la Tutela que regula el Párrafo 6o del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo (art. 486), para conocer pretensiones y obtener tutela efectiva sobre una determinada materia, que son las cuestiones que afecten la libertad sindical, en razón de lo dispuesto por el art. 292 inciso III en relación al art. 1 inciso III del mismo cuerpo laboral,

No cabe duda por lo demás, al tenor de lo dispuesto en el art. 25 de la Convención Americana², lo que implica el acceso a una acción

² El art. 25 de la Convención Americana establece a) una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial para la tutela de "*Derechos Fundamentales*" contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades

idónea y eficaz para proteger efectivamente los derechos fundamentales, por interpretación conforme a los estándares fijados por la OIT en relación concordante con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo el derecho a la acción el derecho de acceso a la justicia efectiva, derecho que las personas tienen para adquirir la impartición de justicia, promover la actividad del órgano jurisdiccional amparado en el art. 19 N° 3 inciso I de la Ley Primera a nivel interno, con el fin que, una vez realizados los actos procesales correspondientes, resuelva sobre una pretensión.

De esta suerte, dentro de la obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos que señala el art. 25 de la Convención Americana, y de acuerdo a la jurisprudencia del sistema, ni los reclamos administrativos del art. 160 de la ley 18.834, ni los recursos administrativos de los art. 53, 59 y 60 de la ley 19.880, se ajustan al estándar exigido, pues el concepto de "efectividad" del recurso presenta dos aspectos, uno de carácter *normativo*, y otro de carácter *empírico*.

El primero de ellos se vincula con la llamada "*idoneidad*" del recurso que representa su potencial "*para establecer si se ha incurrido en una violación a los Derechos Humanos y proveer lo necesario para remediarla*" y su capacidad de "*dar resultados o respuestas a las violaciones de Derechos Humanos*". La Corte Interamericana ha analizado este tema ya desde sus primeros pronunciamientos precisando "*Que sean adecuados significa que la función de esos*

públicas; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias (...) Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable (...) Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.

No resultan, en consecuencia, las acciones administrativas las vías idóneas ni eficaces para la tutelar la garantía fundamental de la libertad sindical de los trabajadores del Estado, en el ámbito de las relaciones jurídicas con el servicio público, de conformidad a los estándares internacionales, máxime cuando todos los de la ley 19.880 se interponen ante el mismo empleador y/o al igual que el del art. 160 de la ley 18.834, ante la Contraloría General de la República, órgano que por definición constitucional (art. 98 y 99 Constitución) carece de facultad de imperio, como asimismo para resolver acerca de conflictos fácticos, constituyendo por ende la acción del Párrafo 6o del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo para proteger los derechos fundamentales, una materia o aspecto no regulado en los *estatutos especiales*.

Por último la acción judicial no es homologable a las administrativas en la materia, baste la sola lectura del art. 486 del Código del Trabajo y de los art. 160 del Estatuto Administrativo para advertir que se interponen ante órganos con poderes jurídicos distintos, que en uno la pretensión lo es para obtener la tutela efectiva de un derecho y en el otro no más que un mero pronunciamiento de legalidad. Aquélla es una acción que coloca a la Jurisdicción a conocer

sobre pretensiones de tutela efectiva de Derechos Fundamentales, contenidas en la demanda, resolverlas efectivamente, y ejecutar lo juzgado con lo que otorga eficacia a la acción. El reclamo administrativo del art. 160 coloca a la Contraloría a determinar si los órganos del Estado actúan o no de conformidad al principio de legalidad, pero no a resolver pretensiones de tutela efectiva de derechos humanos, según los art. 1 y 6 de la ley 10.336 sobre atribuciones de la Contraloría General de la República.³

El mismo razonamiento rige para los art. 53, 59 y 60 de la ley 19.880, con el agravante que los recursos que contemplan dichas normas se interponen ante la misma autoridad administrativa, es decir, ante el propio empleador, por lo que carecen de idoneidad.

NO ESTÁ REGULADO UN PROCESO DE TUTELA EFECTIVA DE LOS TRABAJADORES FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN SUS ESTATUTOS ESPECIALES.

5.- No está regulado en la ley 18.834 un debido proceso para tutelar los derechos fundamentales de trabajadores de la Administración del

³ El art. 1 ley 10.336 señala entre los objetos de la Contraloría General de la República “vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo”, y agrega el art. 6 que “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

Estado en el ámbito de su relación jurídica de naturaleza laboral con el servicio, que reúna las garantías de idoneidad y eficacia del Procedimiento del Párrafo 6o del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo.

Ninguno de los procedimientos que contempla la ley 19.880, supletoria de la ley 18.834 para los Órganos de la Administración del Estado (art. 1 y 2 ley 19.880), resultan homologables a la acción del Párrafo 6o del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo del Código del Trabajo, oral, contradictoria, pública, con garantía de inmediación, entre otras, siendo en definitiva la Tutela de Derechos que regulan los art. 485 y siguientes del Código del Trabajo una materia o aspecto no regulado en el estatuto especial para proteger contra los actos de injerencia sindical.

NO ESTA REGULADO EL ACCESO AL JUEZ NATURAL RESPECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

6.- Los *estatutos especiales* que rigen a los funcionarios no contienen regulación ni referencia alguna a los restantes aspectos que regula el Código del Trabajo referidos a las materias orgánicas de derecho al Juez Natural y competencia de los Tribunales del Trabajo en materia de prácticas antisindicales, como lo es el procedimiento de Tutela respecto de los actos de vulneración de derechos.

6.1.- COMPETENCIA ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN.

El derecho al Juez lo consagra el Art. 25 de la Convención Americana, como asimismo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Artículo XVIII contempla el Derecho a la Justicia, disposiciones con jerarquía constitucional por mandato del art. 5 inciso II de la Carta Política. Nuestro ordenamiento constitucional lo reconoce directamente en el art. 19 N° 3 inciso IV, disposición que debemos entender armónica y concordante con la asignación de la función jurisdiccional a unos órganos denominados Tribunales, en lo que al poder de ejercer Jurisdicción se refiere en el artículo 76 de la Constitución Política, cuando les asigna la facultad exclusiva y excluyente de conocer conflictos fácticos, resolverlos y hacer ejecutar lo juzgado, que en idénticos términos reitera el art. 1 del Código Orgánico de Tribunales. Como contrapartida, el deber inexcusable del Juez que consagra el art. 76 inciso II de la Carta Magna.

Las hipótesis sostenidas por la doctrina administrativa del Consejo de Defensa del Estado, que ha recogido el Tribunal Constitucional en su fallo, nos enfrenta con una teoría unilateralista estatutaria clásica, superada en el Derecho Comparado desde hace décadas, que se basa en negar o pretender negar el interés y el conflicto real y material individual laboral y colectivo, a través de su desconocimiento jurídico. Sólo existe la voluntad de la ley, no sólo como mandato, sino sinónima de la realidad. Se desconoce cualquier materialidad fáctica que no coincida con la ley. La ficción elaborada supone que la ley es sinónima de realidad, y no es posible que existan realidades distintas, razonamiento que a pesar de un cuadro legal y

constitucional que la contradice en todos sus términos, sigue siendo utilizada en el razonamiento fiscal.

En efecto, conviene tener presente que con la Revolución Francesa se reconocen únicamente dos clases de intereses, el individual, y el interés público o general o de la nación. Se impone el unilateralismo en el sector privado y público.

El unilateralismo en las relaciones laborales privadas se expresa en el Código Civil de Napoleón, cuyas disposiciones se fundan en relaciones de igualdad o de coordinación entre los individuos, que el derecho considera iguales y libres. Surge la formulación de una nueva teoría de los derechos subjetivos como teoría de la voluntad, defendida por los juristas alemanes del siglo XIX Savigny, Windscheid y Puchta, que parte del supuesto filosófico kantiano de la autonomía de la voluntad y se acomoda a los presupuestos liberales, en el que prevalece la iniciativa individual y el mercado libre. Va a ser Savigny quien fortaleció los derechos subjetivos dentro del mayor grado de estructura jurídica dentro de una gran concepción voluntarista de autonomía de la libertad. En este esquema no existen relaciones de trabajo, sino entre individuos libres e iguales, por lo que aquéllas se regulan a través de la figura del arrendamiento de servicios.

El unilateralismo en el empleo público, rechaza la posibilidad siquiera de existencia de un interés profesional o laboral del empleado público frente al *interés nacional o público*, del que aquél es un *servidor*, al que más que subordinado se encuentra sometido, subsistiendo los principios del antiguo régimen de la devoción al servicio, de lealtad y obediencia incondicional –que tiene un antecedente religioso feudal-, pero en razón del *interés nacional o público*, concepción que excluye toda hipótesis de conflicto entre el

interés profesional del empleado y el *interés general* expresado por la administración.

El andamiaje de los principios revolucionarios estaría protegido por una nueva rama del Derecho: el Derecho Público, separado de manera rígida y absoluta del Derecho Privado. Se entiende por ello que el Derecho Público es autárquico, en el sentido que tiene sus propias reglas y regulaciones, sin que las normas del Derecho Privado puedan penetrarlas. Además de una primacía de sus normas por sobre las de Derecho Privado en razón del *interés general* o *interés público*.

Uniformemente declaró la doctrina que las relaciones que consideramos estaban regidas por el Derecho Administrativo, desde cuyo nacimiento trató de limitar la actuación del poder ejecutivo "*hacia fuera*" coherente con el reconocimiento de la libertad individual, dejando sin embargo en sus manos amplias facultades para organizarse "*hacia adentro*".

En esta concepción el empleado ingresa a la administración y se incorpora a un régimen legal autárquico impenetrable. Estas regulaciones específicas explican la relación funcional como relación estatutaria de origen legal, pero susceptible ser modificada unilateralmente por la Administración y el entendimiento, en todo caso, de los derechos y obligaciones de los funcionarios en función de las *necesidades del servicio*.

La paradoja está, como acierta García de Enterría, que el Derecho Administrativo se nos aparece como el *precio de la disidencia*, como un árbitro con que la Revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su propia doctrina efectuaron los mismos poderes revolucionarios.

De tal como que tanto el Consejo de Defensa como el Tribunal Constitucional razonan en base a paradigmas unilateralistas, la autarquía de las normas de Derecho Público, y la separación absoluta de éste con el Derecho Privado, que los lleva a concluir contrariando el tenor de la Constitución y las leyes, incluso de las reglas de la lógica, la negación del acceso a la garantía fundamental de acceso al Juez en estas materias.

Esta tesis se basa en la negación de los hechos, de las realidades materiales de las personas que prestan servicios en la administración, bajo la ficción que la realidad y la ley son lo mismo, porque la realidad no podría ser contraria a la ley y que, por tanto, si la realidad material es distinta, se la rechaza y niega en razón que la norma señala otra cosa.

Se niega competencia a la Jurisdicción, como poder jurídico constitucional, para conocer conflictos en las relaciones laborales de los funcionarios o de colectivos de ellos, pues de la esencia de la competencia orgánica y funcional de aquélla es el conocimiento y resolución de contiendas fácticas (art. 7 y 76 Carta Política) y si el conflicto se niega o rechaza siquiera como posibilidad de existencia, entonces carecería de sentido que un Tribunal resuelva lo que simplemente para aquella doctrina no existe ni podría siquiera existir.

Por lo mismo defiende los recursos administrativos ante la Contraloría General de la República pues, precisamente, ésta no resuelve conflictos. La conclusión se desenvuelve dentro de la lógica de la autarquía de las normas administrativas, esto es, que son autosuficientes, siendo impenetrables para el control de un poder externo.

Esta visión está desbordada frente a la realidad histórica y normativa, pero sigue vigente en el razonamiento administrativo para resistirse a las funciones jurisdiccionales, que en reciente fallo del Tribunal Constitucional acerca de la acción de Tutela de Derechos de los art. 485.

Además de no tener facultad alguna para determinar la competencia de los poderes constitucionales, como el Jurisdiccional, cuya es exclusiva facultad del Constituyente, al revisar dicha sentencia nos preguntamos dónde está el quiebre lógico y normativo: citan profusamente las normas legales que rigen la materia, para luego agregar ,concluir –y aquí el salto lógico- que como la materia está regulada en las normas administrativas que citaron, entonces no se aplicarían las normas de la Tutela porque están contenidas en el Código del Trabajo.

Lo dicho equivale a decir que por la sola circunstancia que la ley garantice derechos, entonces la ley se cumple, en consecuencia, la Jurisdicción sería un poder innecesario, bastaría el legislador.

Es una ficción que descansa sobre la base de negar la voluntad humana, sólo existe la voluntad de la ley.

Es por ello que la teoría unilateralista estatutaria clásica tiene un marcado sesgo autoritario y antidemocrático, de conformidad al art. 4 de la Carta Política, porque implica inevitablemente que se niega las competencias a uno de los tres poderes del Estado –Jurisdiccional- el conocimiento y resolución de conflictos que le corresponde constitucionalmente cuando es la administración la involucrada, lo que de paso constituye una negación de los poderes constitucionales que el art. 76 de la Ley Primera le entrega, máxime en materia de derechos

humanos contra los propios poderes estatales, respecto de lo cual el Sistema Interamericano ha manifestado especial preocupación en el acceso a tutela judicial efectiva, cuando el involucrado sea otro poder estatal.

Cabe prevenir que no debe confundirse esta argumentación con la presunción de legalidad del art. 3 de la ley 19.880, que también en un razonamiento ficto, es utilizada como cobertura, de modo que los hechos de la litis se niegan no porque no hubieren ocurrido, sino porque *no podrían* haber ocurrido, lo que constituyen una abstracción jurídica general, frente a la que no se realiza el ejercicio siguiente, cual es confrontarla con el hecho concreto, comparar la hipótesis fáctica con la hipótesis jurídica, de modo tal que al momento de la defensa de fondo, una vez más, se ingresa a las argumentaciones de legalidad, en vez de abordar la controversia fáctica.

Se traduce en afirmaciones de justificación en base a la constatación general y abstracta de *necesidades del servicio* o el *ejercicio de potestades discrecionales* de autoridad que autoriza la ley general, desconectándose del paso siguiente hacia los hechos.

Sin embargo, conforme el art. 3 de la ley 19.880 dicha presunción de legalidad, ampara la actuación estatal *pre-jurisdiccional*, en tanto permite gobernar al poder público y evitar que los gobernados desconozcan su autoridad, pero puede ser desvirtuada ante el Juez "*conociendo por la vía jurisdiccional*", como lo indica la propia norma en su inciso final, y el Juez resuelve conflictos fácticos, aplica el Derecho a hechos.

Por tanto, una vez trabada la litis, resulta insostenible argumentar que el Juez no puede pronunciarse sobre el conflicto fáctico sometido

a su conocimiento sosteniendo que los hechos están amparados por la presunción de legalidad de los actos administrativos pues, precisamente, se ha recurrido al Tribunal para que conozca el *factum* del juicio, y dicha presunción es oponible a los gobernados, no a los restantes poderes estatales para justificar limitar su poder constitucional.

En definitiva , la garantía del derecho al juzgador independiente e imparcial es un pilar del sistema democrático al que se refiere el art. 4 de la Constitución, que no admite cuestionamiento frente al Art. 25 de la Convención Americana y Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disposiciones con jerarquía constitucional por mandato del art. 5 inciso II de la Carta Política, concordante en nuestro ordenamiento interno con el art. 19 N° 3 inciso IV de la misma, y con la asignación de la función jurisdiccional a unos órganos denominados Tribunales, en lo que al poder de ejercer Jurisdicción se refiere en el artículo 76 de la Constitución Política, cuando les asigna la facultad exclusiva y excluyente de conocer conflictos fácticos, resolverlos y hacer ejecutar lo juzgado, que en idénticos términos reitera el art. 1 del Código Orgánico de Tribunales. Como contrapartida, el deber inexcusable del Juez que consagran el art. 76 inciso II de la Carta Magna y 10 inciso II del compendio orgánico, máxime desde que cualquier cuestionamiento quedó zanjado por el literal del art. 38 inciso II de la Constitución que establece el derecho a recurrir ante un Tribunal contra los actos de los órganos del Estado que lesionen derechos de las personas, en la modificación estatuida plebiscitariamente el año 1989: "*....si bien es posible discernir la existencia de arbitrios administrativos útiles para reclamar es palmario que aquellos no ocupan el mismo lugar ni preponderancia que los judiciales en la garantía de los derechos de las*

personas. Esto es algo que reconoce la Constitución Política de la Republica, al garantizar en su artículo 38 que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado pueda reclamar ante los tribunales que determine la ley". (Considerando Séptimo, sentencia unificación 52.918- 2016, Excelentísima Corte Suprema).

6.2.- COMPETENCIA DEL JUEZ NATURAL DEL TRABAJO.

A su vez, para negar la específica competencia de la Jurisdicción del Trabajo, es la teoría unilateralista estatutaria clásica la que se utiliza para justificar que los *funcionarios públicos* no son *trabajadores*.

Según se sostiene, los empleados del Estado no serían *trabajadores* porque son *funcionarios* (art. 3 letra a ley 18.834), como si se tratara de conceptos contradictorios o incompatibles entre sí. Agregan que los empleados no realizan un *trabajo* sino que cumplen una *función pública* (art 3 letra b ley 18.834).

El asunto, como se viene advirtiendo, es mucho más que un tema semántico, sino conceptual, pues es la negación de la laboralidad individual y colectiva del funcionario público, lo que lleva a concluir a dicha tesis que la Jurisdicción Laboral es incompetente.

Para salvar el literal de los incisos I y II del art. 1 del Código del Trabajo que los contraría, vuelven a argumentar la separación absoluta entre el Derecho Público y el Derecho Privado. y la primacía y autarquía de aquél por sobre éste, paradigmas unilateralistas sin

amparo legal ni constitucional, como si el ordenamiento jurídico no fuere uno solo.

Bajo el dogma unilateralista estatutario clásico, sin fundamento alguno normativo, le desconocen todo valor a las normas del Código del Trabajo que entrega competencia a la Jurisdicción del Trabajo de manera literal, lo que sólo encuentra su origen en la interpretación dogmática y autárquica de las normas administrativas, en circunstancias que la relación se define por la asimetría de poder en el intercambio de servicios materiales, por lo que no sólo tienen derecho al Juez para la defensa de sus intereses laborales individuales y colectivos, sino que ese Juez, es el del Trabajo.

Por ello, no tiene cabida la teoría civilista de los *actos propios* argüida por el Consejo de Defensa del Estado de contrario en esta clase de litigios, puesto que supone una igualdad de partes que no es ni real, ni conforme a la regulación legal. Es precisamente la desigualdad real como legal de poderes, la que justifica la concurrencia a la justicia especializada de los Tribunales del Trabajo.

Se confirma el derecho al Juez Natural Laboral y desvirtúa la autarquía y supremacía de las de Derecho Público por sobre las de Derecho Privado, porque el legislador ha establecido explícitamente otra cosa, regulando una relación de interdependencia recíproca entre los estatutos especiales de Derecho Público y el Código del Trabajo de carácter Privado en determinadas materias sustantivas que rigen la relación subordinada y dependiente de los trabajadores, que confirman se tratan todas de relaciones laborales, aunque en estatutos distintos, y por lo mismo, con pleno derecho al acceso a la Jurisdicción Laboral, no Civil, pues no se puede excluir a una clase de trabajadores del derecho al Juez Natural del Trabajo, en circunstancias que el

propio legislador no hace distinción al regular explícitamente sus vinculaciones interdependientes en determinadas materias y sujetarlos a todos a la reglas generales orgánicas y procesales a través del art. 1 del Código del Trabajo, razonamiento que del mismo modo es extensible a las organizaciones del sindicales.

Así, la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo establece la supletoriedad del cuerpo laboral en sus art. 89 inciso II, art. 84 letra I), art.104, 151 inciso II. Por su parte, la ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, establece supletoriedad de las disposiciones del Código del Trabajo en los artículos 148 inciso II, 82, letra I), 87, inciso II, 108 bis. A la inversa, y respecto de las normas de la protección de la maternidad, paternidad y vida familiar que son todo un aspecto o materia, el Código del Trabajo las extiende en el art. 194 de manera amplia a todos los trabajadores del país, del sector privado o público, de todos los poderes del Estado, de manera de entregar una cobertura amplia de sus disposiciones. Y el art. 174 del mismo Código establece una acción de desafuero ante el Juez del Trabajo en los supuestos que señala, aplicable a las normas de la protección de la maternidad, forzosa para que el servicio público proceda al despido de una mujer embarazada previa autorización del Juez del Trabajo, en razón de lo dispuesto en el art. 194 ya referido.

Asimismo, los trabajadores sujetos a estatutos especiales pueden recurrir al Juez del Trabajo en materias de *leyes complementarias* (art. 1 inciso I Código del Trabajo), como lo son las referidas de seguridad social, no advirtiéndose razonamiento alguno que les impida acceder al mismo Juez en materias de derechos humanos que afecten la libertad sindical de sus organizaciones representativas, en

circunstancias que el legislador no ha hecho esta distinción.

Sin embargo, bajo el dogma unilateralista estatutario clásico que no consigue escindir la abstracción legal de la realidad, se arguye la incompatibilidad del procedimiento de Tutela respecto de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, fundado en la separación absoluta entre el Derecho Público y Derecho Privado, sosteniendo la supremacía y autarquía de las normas administrativas de Derecho Público por sobre las laborales de Derecho Privado, que las haría incompatibles, lo que contraría el tenor de todas las normas señaladas que dice, precisamente, todo lo contrario, lo que desde ya es suficiente para descartarla, pues que unas normas sean de Derecho Público y otras de Derecho Privado no hace incompatible a la tutela de Derechos, pues si tal fuere, el propio legislador no hubiere establecido la supletoriedad de normas de Derecho Privado respecto de normas de Derecho Público en las condiciones que señala.

No menos relevante es que las normas de la Tutela son de garantía de Derechos Fundamentales y deben interpretarse bajo la norma *Pro Civis*, esto es, la exégesis debe estar precedida en materia constitucional, en orden a extender de la forma más amplia posible la protección a los trabajadores tanto del sector público como del sector privado.

Debe considerarse que el Código del Trabajo contiene: i) Normas orgánicas respecto de la Jurisdicción del Trabajo en el Libro V, Título I, Capítulo I art. 415 a 424 que crea los Juzgados de Letras del Trabajo y los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional; ii) Normas de competencia en el art. 420, cuya letra a) se la asigna a esta jurisdicción para conocer conflictos entre trabajadores y empleadores por aplicación de las normas laborales y la letra e) para conocer

Es el Juez de Letras del Trabajo el competente para conocer la acción de Tutela toda vez que el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo lo habilita para conocer las *"cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales"* y dicha acción de tutela ejercida por quien se invoca como trabajador que denuncia una conducta de su empleador servicio público que afecta sus derechos fundamentales, es precisamente y a la luz de lo preceptuado en el artículo 485 del Código del Trabajo, una de aquellas *"cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales"* que aquella judicatura está llamada a resolver, conforme a la interpretación de la normativa laboral.

En definitiva, la Tutela de Derechos que contempla el Código del Trabajo es un aspecto no regulado ni contrario a la ley 18.834 en materia de derechos fundamentales de trabajadores del sector público chileno con amparo legal, constitucional y supranacional.

Finalmente, no es menor que dar cabida en una acción de Derechos Fundamentales en el empleo público no es sino el cumplimiento de la interpretación convencional de los estándares fijados por el Sistema Interamericano en la materia a partir del fallo *Baena Soares Vs Panamá*.

Por lo tanto, el proyecto adecuado es aquel que interpreta la norma del art. 485, en cuanto permite al parlamento poner énfasis en lo que ya está regulado, y además, dar cumplimiento a los estándares internacionales convencionales fijados por la CIDH.

Es todo lo que puedo informar.

Ana Eugenia Fullerton Castro

ABOGADO

ana@fullertonabogado.cl

+569 78272525
