

re el ejercicio efectivo del derecho, sí constituye una vulneración a dicho derecho. Dicho Comité de Libertad Sindical critica las disposiciones de la normativa nacional relativa a los efectos de la votación de la huelga y los requisitos para hacer efectiva la huelga. La legislación chilena prevé que ante la no concurrencia del quórum necesario para aprobar la huelga, o ante la falta de adhesión el día en que deba hacerse efectiva la misma, se entiende aprobada por parte de los trabajadores la última oferta del empleador. Dicha presunción implica la terminación arbitraria del conflicto colectivo, deduciendo la voluntad de los trabajadores en orden a aceptar las condiciones del empleador, aceptación que debe ser en todo caso expresa y voluntaria por parte del grupo negociador.

En otro orden de ideas, las normas internacionales en materia de negociación colectiva permiten que se exceptúen de este derecho (huelga) a los servicios esenciales, entendiendo por tales aquellos cuya paralización pongan en peligro la vida, la salud y la seguridad de la persona en parte o toda población. La OIT ha señalado que la calificación de dichas empresas o servicios dentro de esta categoría, debe ser realizada por las diversas legislaciones en forma excepcional y restrictiva. Al contrario, nuestra legislación en el artículo 384 del Código del Trabajo establece estas excepciones en forma amplia, vaga y extensiva.

En la mayor parte de las legislaciones, incluso en aquellas en que el derecho a huelga es restrictivo, se prohíbe derechamente el reemplazo de trabajadores en huelga, puesto que de lo contrario se le privaría de su real eficacia. La legislación chilena también prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga, salvo que concurren determinadas circunstancias o requisitos establecidos en el artículo 381 del Código del Trabajo. Dichos requisitos no son especialmente gravosos para la empresa, por lo tanto, la excepcionalidad del reemplazo de trabajadores se transforma en regla general, teniendo por esta razón el artículo 381 del Código del Trabajo un vicio de inconstitucionalidad, al afectar en su esencia el derecho a huelga.

El texto reseñado es interesante en su formulación crítica y propositiva, y su estudio se torna imperioso para los estudiosos del Derecho del Trabajo, legisladores, dirigentes sindicales y trabajadores en general. El exhaustivo análisis realizado por los autores ayuda en mucho a determinar un camino a seguir en la extensión, reconocimiento y establecimiento de la libertad sindical en la normativa nacional, en todos los aspectos constitutivos de dicho derecho. Ahora, y más allá del análisis estrictamente jurídico, cabe destacar el esfuerzo intelectual (esfuerzo que debe ser considerado en las futuras modificaciones legales como un imperativo moral), en posicionar a la negociación colectiva y la libertad sindical como vehículos especialmente idóneos para democratizar las relaciones de trabajo.

PATRICIO EDUARDO YÁÑEZ MONJE

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*. Santiago: tercera edición, LegalPublishing, 2008, 92 pp.

La reforma de los procedimientos laborales ha sido aliciente para la publicación de múltiples obras que han tratado de satisfacer la necesidad de los operadores jurídicos por

nueva doctrina. Pero, que no haya equívocos, la profusión de literatura no ha redundado necesariamente en una diversidad de perspectivas sobre la materia; más bien, la dogmática procesal laboral chilena (aunque la denominemos así por antífrasis) se ha entregado, ya, al clásico tratamiento de los procedimientos propios de nuestro medio –sistematización y glosa del articulado legal–, ora, al comentario acompañado de una que otra interpolación dogmática foránea. Tal es el contexto en que se encuadra la obra del profesor Sergio Gamonal, “El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales”, opúsculo que repasa algunos aspectos de este nuevo instituto procesal.

En el primer capítulo –un exordio antes de entrar en materia– se aborda la ciudadanía en la empresa, su significado y alcance jurídico. A partir de esta, se dedica también un apartado a la teoría de la *eficacia horizontal de los derechos fundamentales* –tema de los más manidos en nuestro medio, aunque no por ello carente de interés–, complementándose el tópico con jurisprudencia que ha abonado su reconocimiento en realidades comparadas, a saber, Estados Unidos, Alemania, Argentina.

Luego, en el segundo capítulo, el autor se enfrenta al alcance de las normas sobre protección de los derechos fundamentales de los trabajadores a propósito de la modificación al artículo 5° del Código del Trabajo, sigue con la *horizontalidad de los derechos fundamentales* en el ordenamiento *supralegal*. Para ello se vale de la supremacía constitucional, establecida en el artículo 6° del Código Político, y del límite a la soberanía del artículo 5° referido a la eficacia de los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, concluyendo que esta *eficacia horizontal* tiene un carácter o *vinculación directa*, es decir, desde la propia Constitución sin mediación legal.

A la luz de estos supuestos se analizan las potestades del empleador que tropiezan con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Una especial mención merece el tratamiento de datos personales por parte del empleador en relación con las nuevas tecnologías de la información. La tesis sostenida es que el empleador, en razón de su facultad para calificar la *capacidad o idoneidad personal* del trabajador (Art. 19 N° 16 CPR.), puede acceder a vasta información, por ello este último conserva un derecho o *habeas data laboral* que le protege del uso que pueda hacer el empleador más allá del supuesto constitucional.

Dentro del mismo capítulo, se trata el procedimiento de tutela regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, el estilo es convencional y, en cuanto al fondo, ayuno de cuanto es esperable encontrar en un texto titulado “El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales”. El autor se concentra en la explicación de sus opciones más caras, pero carente de profundidad en lo relativo a la prueba indiciaria o “cargas probatorias dinámicas”, tutela anticipada, el planteamiento de que en nuestro ordenamiento los juicios versan sobre la búsqueda de *algo* llamado *verdad material* y no sobre los intereses de las partes. Cuestiones polémicas que ameritaban un análisis distinto del ofrecido, porque se hace difícil distinguir entre la exposición lacónica y un tratamiento epidérmico.

Sin embargo, esta observación merece algún matiz respecto de la prueba indiciaria, ya que el autor se detiene a desentrañar su *natura et ratio*. Justifica su adopción en virtud

de lo que involucra un *estándar de prueba*, a saber, “a) decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para dar por probado un hecho y, b) implica formular objetivamente el estándar”; hasta aquí parece una razonable constatación de los alcances del asunto, que incluye resolver una cuestión política contingente y otra relativa a la certeza jurídica, pero el problema surge cuando esto se mezcla con la cita de Taruffo: “los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal que se atribuyan a las partes”, y se remata al sostener que el fin puntual del proceso laboral, es mejorar la posición de debilidad del trabajador en relación al empleador, desentrañando la verdad material. Con este postulado el proceso ya no es el medio para resolver el conflicto de las partes o lo es en menor medida.

Más allá de la aceptación que pueda gozar en nuestro medio o en el comparado la tesis del autor, se echa en falta un grado de reflexión mayor, pues el proceso civil –contrario al penal– no es otra cosa que poner un conflicto intersubjetivo de intereses ante un tercero imparcial para que lo resuelva por medio de una decisión que gozará de efecto de cosa juzgada, vale decir, son las partes y sus intereses los protagonistas. Si se pretende otorgar al proceso una finalidad distinta, como la búsqueda de la verdad material o cualquier otra que la imaginación pueda elucubrar, las personas terminan convirtiéndose en instrumentos al servicio de fines o intereses ajenos, en una institución que está ideada justamente para realizar los propios. Así las cosas, el juez tampoco puede ser un tercero imparcial, pues está llamado a promover intereses y/o valores colectivos que exceden el marco dado por las partes. Venga, en consecuencia, la desnaturalización del proceso y la pérdida de la línea que separa el arbitrio judicial del activismo judicial.

Continúa con la ponderación de los derechos fundamentales que debe hacer el juez dentro del nuevo procedimiento de tutela, se apunta al rol integrador, interpretador y limitativo que cumplen estos derechos contenidos en la Constitución (ya sea expresamente o por vía del artículo 5°). Plantea que “la colisión de reglas implica un problema de validez que puede ser resuelto por medio de criterios de jerarquía (ley superior deroga la inferior), temporalidad (ley posterior deroga la anterior) o de especialidad (la ley especial prima por sobre la general)”, esto resulta cierto solo en los primeros dos casos, pero no tratándose del “criterio de especialidad”, este es un instrumento de interpretación que no se pronuncia ni resta validez –en el sentido propio del término– a la norma preterida.

Para el autor, el principio de proporcionalidad en sus tres manifestaciones o subprincipios de necesidad, adecuación y proporcionalidad propiamente tal, es la forma de resolución de los conflictos de derechos fundamentales, por tanto, se trata de una tarea que ha de hacerse en concreto “caso a caso”, para determinar qué derecho prevalecerá. Aporta al efecto, una interesante jurisprudencia de la Dirección del Trabajo sobre ponderación de derechos fundamentales, cuya utilidad es servir de ilustración, puesto que no se columbra –por su carácter concreto– su aporte doctrinario; en otras palabras, no se puede realizar ejercicio de abstracción alguno en base a ella.

Culmina con un análisis crítico, en que justifica la necesidad de la legislación en comento, el que se convierte en un periplo por varios aspectos de nuestro ordenamiento laboral como su origen en el régimen militar; los avances en materia de derecho individual

no así del colectivo; justificación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en razón de la historia, experiencias comparadas hasta llegar a un fallo del Tribunal Constitucional alemán sobre la anulación de una fianza por vulnerar la libertad contractual de quien la otorgó sin asimilar sus consecuencias, y que permite al autor concluir que en términos prácticos la *eficacia mediata e inmediata* tienen el mismo efecto.

Una obra oportuna, que cumple como introducción al tema de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, pero cuyo núcleo tiende a desvanecerse entre sus aristas; lo que se oculta tras una pluma dogmáticamente conservadora, elocuente en su exposición, solvente en lo bibliográfico.

JORGE MARTÍNEZ RIVERA

MELIS VALENCIA, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago: LegalPublishing, 2009, 154 pp.

El libro del profesor Melis Valencia, como él mismo nos introduce, se divide en cinco capítulos: el primero relativo a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*. Un segundo relativo al proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo y el reconocimiento de la empresa como paradigma del poder privado. Un tercer capítulo, que entra de lleno en los derechos fundamentales del trabajador en el derecho chileno, haciendo especial referencia a la prueba indiciaria y la prueba ilícita. El cuarto capítulo se centra en la estructura de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad como mecanismo de resolución de conflictos entre derechos fundamentales y, finalmente, en el capítulo quinto, Melis propone concebir la interpretación constitucional en la determinación del ámbito protegido de los derechos fundamentales, como un problema de limitación y no de delimitación.

Para la teoría liberal de los derechos fundamentales, estos constituían derechos subjetivos públicos en contra del Estado únicamente, el cual, en un ejercicio de autolimitación de su propio poder, genera derechos a favor del súbdito que puede ejercer en contra de aquel. Sin embargo, existen casos paradigmáticos de entes privados que ejercen poder en relación a otros privados, tan o más gravitantes que el poder ejercido por el Estado en contra del individuo. Esta disparidad negocial es corregida en definitiva por la teoría alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*, al cambiar el paradigma de los derechos públicos subjetivos por los *derechos subjetivos incondicionales en las relaciones iusprivadas* (como postula Melis), que constituye una limitación a la autonomía privada. Se articula una crítica en torno a la idea de eficacia inmediata de la Constitución en las relaciones entre privados, relativa a la legitimidad democrática sobre la determinación del contenido de dichos derechos. Por ello, se ha creado la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales, donde es el legislador el que determina el contorno y los límites de los respectivos derechos fundamentales, y regula su aplicación a las relaciones jurídicas entre particulares. Para el autor, no está en discusión que el modo normal de extender la eficacia de los derechos fundamentales sea la mediación del legislador, pero no existe razón para