

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2007

PONENCIAS EN
SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

No creo necesario criticar el subjetivismo implícito en la actividad de ponderación, porque ese problema puede ser resuelto en base a algún criterio de racionalidad argumental al que se someta a los jueces.

Sí quiero destacar cómo al estar fundada en una distinción irrelevante, esta teoría del derecho termina entregando aquello que vino a defender: (i) al no existir derechos previos al acto de ponderación, se han vuelto escépticos; y (ii) al entregar la creación del derecho a los jueces, los han transformado, tal como Fernando Atria nos ha advertido, en activistas disfrazados de jueces, aquellos que en lugar de preguntarse si es correcto aplicar la ley al caso que tienen en frente, se preguntan “si la decisión del caso particular, considerando todas las cosas, es substantivamente justa (o protege los derechos de los involucrados, según estos son entendidos por el juez)”⁴⁵. Así, “el juez no está obligado por la ley sino cuando la ley le parece justa (de acuerdo con la constitución y los derechos), lo que quiere decir: el juez no está obligado por la ley”⁴⁶. En otras palabras, esta teoría del derecho que concede un rol preponderante a los principios jurídicos implica entregar a los jueces nuestra capacidad de autogobierno y no sé si hay algo más peligroso que esto para nuestras democracias y el pluralismo, por más débiles que las primeras sean y en desarrollo el último se encuentre.

A modo de conclusión, la distinción entre reglas y principios no sólo hizo perder cuarenta años a los positivistas analíticos, sino que de pasada les hizo olvidar los valores por los cuales nació el positivismo como teoría del derecho, y para Dworkin, se transformó en un verdadero boomerang que ahora, cuarenta años después, es la mejor arma de escépticos, que no creen que haya derecho más allá de lo que los tribunales dicen, y para pragmáticos, que ven en los principios jurídicos la mejor forma de intentar asegurar sus fines económicos, políticos o sociales, cualquiera que estos sean.

45. Atria, F.: Independencia y organización judicial, ms.

46. *Ibid.*

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL MOBBING

PILAR ULRIKSEN TORO *

“Tendré una opinión inquebrantable el día que encuentres tres cerebros de acuerdo sobre la aplicación de un principio, y habrá llovido para entonces. No se encuentran en los tribunales tres jueces que tengan la misma opinión sobre un artículo de la ley”.

(Balzac, Papá Goriot)

RESUMEN

El siguiente trabajo, tiene por objeto acercarnos al fenómeno del mobbing, primero desde un análisis estructural en el que estudiaremos, los problemas que se presentan en nuestro ordenamiento, a falta de norma expresa, y cómo establecer la protección de derechos fundamentales, recurriendo al efecto horizontal de éstos; luego, desde una perspectiva funcional, identificar qué función tendría el derecho, ante un caso de mobbing; para finalmente, proponer soluciones respecto al tema.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra Mobbing, proviene del sustantivo “*mob*”, que, en el idioma inglés, significa gentío, mientras que el verbo “*to mob*” describe la acción de ese gentío de asediar o atacar en masa a alguien¹.

* Ayudante del curso de Derecho Penal I y II. Universidad Católica de Temuco.

1. Del mismo modo: VÉLEZ, citado por: MAC DONALD, Fabiana: “*Mobbing: un nuevo fenómeno en el derecho laboral*”/en/ Diario Judicial, Argentina.

El primero en usar el término *mobbing* para designar al acoso psicológico en contextos laborales fue Heinz Leymann —doctor en Psicología del Trabajo y profesor de la Universidad de Estocolmo— en el marco del Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo realizado el año 1990:

Las palabras de Leyman fueron las siguientes; El *mobbing* es una "situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas 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 que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo"².

Podemos decir, entonces, que *mobbing* es hostigar a una persona en el contexto de su desempeño laboral³.

1.2 Características

Tomando en cuenta la diversidad de formas en que se puede manifestar una conducta de acoso, *prima facie*, debemos recurrir a la opinión de especialistas en ciencias del comportamiento humano como la Psicología, Antropología o Sociología para determinar la motivación de una persona, para realizar una conducta que puede constituir *mobbing*⁴; de una manera apriorística podemos afirmar que la motiva-

Disponible en: <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=28389>
Última consulta: 6 de junio de 2006.

2. LEYMANN, Heinz: "Discurso en Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1990". Disponible en <http://contenidos.universia.es/especiales/mobbing/concepto/index.htm> Última consulta: 28 de mayo de 2006.

3. En el plano laboral podemos decir que corresponde a conductas abusivas reiteradas dentro de una empresa, sea de los mismos compañeros, sea de los jefes, las que se manifiestan mediante comportamientos, palabras, actos intimidatorios, gestos, o maneras de organizar el trabajo, que tengan por objeto dañar la personalidad, la dignidad o la integridad síquica de un trabajador en el desempeño de sus funciones y que pone en peligro su empleo, pues se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo; con el objeto de excluirlo o hacer que renuncie.

4. Consecuencias derivadas de este tipo de conducta podemos encontrar muchas, a grosso modo: de carácter económicas, debido que un trabajador que

ción para la realización de estas conductas puede ser variada, pudiendo tener su origen en celos, sentimientos racistas, envidia al éxito, entre otras muchas causas posibles⁵.

Sin embargo, podemos decir que la conducta será constitutiva de *mobbing* si sistemáticamente a través del tiempo busca provocar la autoeliminación del trabajador ya sea por su voluntario abandono del trabajo o por el retiro del mismo por razones médicas⁶.

En general, el *mobbing* se producirá entonces, "en lugares de trabajo fuertemente jerarquizados donde se producen irregularidades; y también en ambientes donde existe una competición devastadora con una organización caótica y donde no están bien definidas las jerarquías"⁷.

Habitualmente, los agentes activo y pasivo de las conductas de *mobbing* son denominados acosador y acosado, respectivamente. Lo cual ha traído problemas terminológicos en orden a diferenciar las conductas de *mobbing* del acoso sexual⁸.

no se encuentra bien anímicamente o presenta desmotivación en el trabajo, va a traer aparejado una baja en su producción; esto es posible relacionarlo con las buenas prácticas laborales, que permite que los trabajadores tengan una mejor calidad en las relaciones de entre pares y empleadores, lo que permite además, una mejor calidad de nuestra sociedad; por otra parte, un tema no menor, son las consecuencias que recaen directamente sobre los trabajadores, específicamente en su salud, ya que los tratos denigrantes o humillantes, menoscaban su integridad síquica y su honra. En el mismo sentido, GUEVARA L., citado por VIDAL, María del Carmen: "El *Mobbing* en el trabajo. Su problemática"/en/ Revista General de Derecho, España.

Disponible en: http://www.rgid.com/pages/articnov/cvc_emeetsp.htm Última consulta: 6 de junio de 2006.

5. En el mismo sentido: LORENZ, Honrad, citado por ARÁNGUIZ, Tita: "Mobbing, nueva forma de despido", Revista Laboral Chilena, número 121, noviembre 2003, página 73.

6. Para que así no se trate sólo de una conducta o comportamiento aislado, así lo estima el mismo Leymann.

7. VIDAL, María del Carmen: "El acoso moral en el trabajo. Una revisión de las decisiones judiciales"/en/ Revista General de Derecho, España.

Disponible en: <http://www.rgid.com/pages/articnov/acoso.htm> Última consulta: 24 de mayo de 2006.

8. Si las conductas son realizadas entre compañeros de trabajo, con un mismo status, el cual puede denominarse Acoso Horizontal. Por otra parte, cuando se produce entre un jefe o una persona jerárquicamente superior, y su dependiente, estamos hablando de un Acoso Vertical. También denominado *Bossin* o *Bullying*.

2. LAS PROBLEMÁTICAS

2.1. ¿Estamos en presencia de una laguna?

En nuestro ordenamiento, el fenómeno del *mobbing* tal como lo hemos descrito carece de una regulación explícita. Podemos afirmar que estamos frente a una laguna normativa⁹, pero el juez está llamado a llenarla, ya que la ausencia de una norma expresa no significa que ante un caso de *mobbing* no encontremos soluciones aplicables, pues ante un caso determinado el ordenamiento jurídico sí tiene soluciones posibles, recurriendo a otras fuentes del derecho, o por medio de formas de integración.

No es posible ahondar en la ya clásica distinción de la existencia o inexistencia de lagunas; sin embargo, estimamos que sólo pueden existir las lagunas legales y no lagunas en el derecho, pues a falta de norma expresa, como ya señalamos, el juez llamado a juzgar deberá colmar esta laguna, utilizando la equidad o un principio.

Ahora bien, el problema se suscita cuando el afectado acciona con herramientas constitucionales como el recurso de protección para modificar o prevenir la realización de conductas de *mobbing* intentando de este modo prescindir de la dimensión legal del derecho.

Apoyándonos en la ya clásica configuración de los ordenamientos jurídicos como sistemas deductivos de enunciados compuestos por principios y reglas¹⁰, podemos decir que los casos de *mobbing* pueden ser

9. Las lagunas constituyen la carencia de cualquier solución normativa, respecto de un caso específico. "Un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando este sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta". NINO Carlos, citando a ALCHOURRÓN y BULYGIN en "Introducción al análisis del Derecho", Segunda Edición, 7ª Reimpresión Editorial Astrea, 1995, página 281.

Además de este tipo de lagunas, encontramos las lagunas axiológicas o valorativas, las que a diferencia de las anteriores, sí poseen una solución en el ordenamiento, pero en el caso hay una circunstancia que es irrelevante, que hace que el juez considere que la solución es injusta, por lo que el juez prefiere no aplicarla.

10. DWORKIN, Ronald: Los derechos en serio y ALEXI, Robert: Teoría de los derechos fundamentales.

resueltos en atención a las normas del código del trabajo relativas a tomar las medidas necesarias, para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores y, a la ley de enfermedades profesionales que trata los casos de daño a la salud¹¹. Incluso podríamos obtener el cese de las conductas a través de un recurso de protección. Lo que pasamos a estudiar.

2.2. ¿Es posible argumentar que los derechos fundamentales obligan a particulares unidos en el marco de una relación laboral?

2.2.1. Efecto horizontal de los derechos fundamentales

La pregunta se vincula en un sentido fuerte con la idea del *efecto horizontal de los derechos fundamentales*, es decir, con la tesis que postula que los derechos consagrados en la Constitución tienen fuerza prescriptiva más allá del mero control al poder político, para regir las relaciones entre particulares.

A nuestro juicio y siguiendo el criterio del profesor Díaz, hoy en Chile no es un verdadero problema determinar si los derechos fundamentales vinculan a los particulares, porque nuestro ordenamiento jurídico ya ha dado muestras de incluir leyes que expresan normas iusfundamentalmente necesarias, esto es, prescripciones de jerarquía legal cuya vulneración importa la infracción de una norma iusfundamental¹².

Entonces, lo verdaderamente problemático es determinar un criterio que nos permita saber con precisión cuál es la extensión de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.

11. Tenemos los artículos 184 y 171, ambos del Código del Trabajo; a su vez, encontramos en la ley N° 16.744, sobre enfermedades profesionales, protección de orden patrimonial, en los artículos 5° y 29, además de una reparación integral como dispone el artículo 69, de dicha ley, la que debe ser relacionada con las normas relativas a la indemnización de perjuicios, del derecho común.

12. No discriminación laboral y la ley del consumidor son ejemplos de estas normas.

La doctrina ha elaborado 4 criterios para determinar la extensión de los derechos fundamentales;

a) Un **criterio normativo constitucional** según el cual los derechos fundamentales irradiarían todos sus efectos sobre los particulares en sus relaciones recíprocas, pero no con la misma intensidad con que lo hacen para con el Estado¹³. El problema de éste criterio es que no permite establecer cuán atenuada es la intensidad de los derechos fundamentales, peligrando de este modo la libertad de los sujetos pues el Estado podría convertirse en un gran policía ejecutando permanentemente labores de control de constitucionalidad de las acciones de los particulares.

b) Un criterio de la **dignidad de la persona**, el cual postula que los derechos fundamentales debieran operar cada vez que se lesione la dignidad de las personas frente a la actuación de un particular. Donde, el problema es que el criterio no dice nada sobre cómo establecer la vigencia y protección de la dignidad humana, sino que tan sólo hace patente la necesidad de su tutela, de esta forma, el criterio no nos deja más remedio que la solución puramente particularista de los problemas.

c) El tercer criterio utilizado es el de **asimetría de poder**, en cuya virtud los derechos fundamentales deberán intervenir en las relaciones entre privados cada vez que sus posiciones relativas de poder impidan el efectivo ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Así, la parte débil, el trabajador acosado con mobbing por ejemplo, podrá oponer a la más fuerte, el empleador, los derechos fundamentales como límite a las posibilidades de acción de este último. Sin embargo, el criterio igualmente resulta defectuoso, pues debemos determinar en qué casos se produciría la asimetría de poder suficiente para justificar la invocación de los derechos fundamentales. Además, deberíamos ser capaces de establecer en qué casos la asimetría es de tal entidad al punto de admitir la aplicación del sistema constitucional.

13. MENDOZA, Mijail; citado por DÍAZ, Iván, *El efecto horizontal de los derechos humanos*, /en/ Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, número 5, 2004, páginas 215 y siguientes.

d) Finalmente, el cuarto criterio es el de **efecto indirecto** de los derechos, para el cual éstos constituirían principios de interpretación entre privados. Su rango sería el de principios —antes que reglas— que irradiarían a las relaciones gobernadas por el derecho privado a través de las “*cláusulas generales*” (...) permitiéndose de ese modo un desarrollo armónico y consistente de éste con dichas ordenaciones sociales. Se reconocen dos problemas en este criterio. Primero, la actividad de interpretar es desarrollada por un órgano estatal y, por tanto, sometido en forma directa (y no indirecta) a los derechos fundamentales. Segundo, hay una línea muy delgada entre interpretar una norma y crear, modificar o derogar una disposición, con lo que dicha interpretación podría traducirse en el desconocimiento de la norma infraconstitucional que regula la relación entre privados¹⁴. Criterio, que a pesar de las dificultades que pueda presentar, es el que consideramos el más adecuado.

Nuestra doctrina constitucional acepta la eficacia horizontal de la Constitución de manera bastante especial; fundándose en el artículo 6º de la Constitución, y los principios de Supremacía Constitucional y de vinculación directa a la Constitución.

No existiendo texto explícito, parte de nuestra doctrina acepta la idea del efecto horizontal como parte de la obligación general de obedecer a la Carta Fundamental. Sin embargo las consecuencias de la aplicación, en un sentido fuerte, del efecto horizontal son bastante mayores a los efectos de la Supremacía Constitucional y a la Vinculación Directa a la Constitución.

14. Sin embargo, cabe agregar que, por una parte, este criterio no se hace cargo de aquellos casos en que los derechos fundamentales tienen como destinatario pasivo precisamente a los particulares. Por otra parte, impide la aplicación de los derechos fundamentales en aquellos casos en que las normas que regulan una determinada relación entre particulares carece de disposiciones abiertas o generales, o cuyo contenido parece contrario al posible sentido de las normas iusfundamentales, o en los casos de ausencia de desarrollo legislativo de éstos derechos.

2.2.2. ¿El recurso de protección es un medio legítimo para operativizar el efecto horizontal?

El recurso de protección es, el instrumento de aplicación de derechos fundamentales más relevante en la práctica constitucional chilena, desde una comprensión determinada totalmente por los intereses privados que ha utilizado dicho procedimiento para dar una solución rápida a sus asuntos que tienen un procedimiento expresamente señalado en la ley.

Sin ahondar en la naturaleza y causales del recurso, diremos que es una verdadera medida que protege de la ilegalidad o la arbitrariedad consagrada constitucionalmente. Ello se sigue de que las únicas consecuencias de su aceptación son la adopción de medidas para “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” pues la intervención de éste procedimiento es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Con lo dicho, y si se piensa en la aplicación de tal acción precautoria, se puede pensar que es una acción precautoria de procedencia general. Sin embargo, se establece un requisito adicional a la ilegalidad o arbitrariedad. Dicha actuación debe producir una afectación (privación, perturbación o amenaza) de un derecho fundamental.

Tal como es especial respecto a la competencia para su conocimiento, la protección debe ser entendida como una acción precautoria especial respecto a su procedencia.

Sólo procederá cuando se afecten los derechos fundamentales por una actuación ilegal o arbitraria, y cuando, no haya otra acción cautelar que sea aplicable al caso y, además que exista una relación de especialidad respecto al recurso de protección.

Este último requisito lo consideramos pues entendemos que el constituyente ha propuesto una medida precautoria o preventiva en la legislación, sólo para los casos donde es necesario un remedio provisional eficaz.

Consideramos entonces, a la acción de protección como subsidiaria y exclusivamente operativa para casos de afectación de derechos fundamentales.

Otra consideración que debemos fundar, en contra de la práctica prevaleciente, es que el recurso de protección no procede contra los actos provenientes de particulares, pues éstos no pueden afectar derechos fundamentales. A nuestro juicio, la afectación directa de derechos fundamentales sólo puede ser realizada por la actuación de los órganos del Estado.

Contra esta idea hablan los argumentos señalados anteriormente, como fundamento del efecto horizontal, esto es, el artículo 6° inciso 2° y el supuesto abierto del artículo 20 de la Constitución.

Sin embargo, consideramos que el efecto horizontal no puede ser aplicado en sede jurisdiccional ordinaria pues, la regla general es que dichos tribunales se eximan de aplicar directamente la Constitución en materias de derecho privado, lo que no es una argumentación óptima si nos encontramos ante tribunales de la instancia.

2.2.3. Sobre la legitimidad o ilegitimidad de pretender prescindir del rango legal

Aceptada la idea que el criterio indirecto de los derechos fundamentales puede ser el más útil para resolver sobre el problema sobre la aplicabilidad de las normas constitucionales a un caso particular de *mobbing* en el cual el afectado esgrima directamente la infracción a las normas constitucionales intentando prescindir de la dimensión legal del derecho, debemos, necesariamente, pronunciarnos sobre la legitimidad de esta pretensión de “saltarse la ley”.

A nuestro juicio, la tesis ya presentada sobre la eficacia indirecta de los derechos fundamentales, por coherencia nos obliga a postular la idea que la eficacia frente a terceros de los derechos tiene tres aspectos:

- a) Una vinculación de la legislación a los derechos fundamentales.
- b) Una interpretación constitucional del derecho privado y.
- c) Un determinado catálogo de garantías constitucionales¹⁵.

15. MARSHALL, Pablo: *El efecto horizontal de los derechos fundamentales y la primacía del principio de distribución de competencias jurisdiccionales frente al principio de supremacía constitucional* /en/ II Congreso Estudiantil de Derecho y teoría Constitucional.

De esta forma, a nuestro juicio es indispensable la mediación de un texto de rango legal que permita concretar los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, a través de conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales.

Desde otra perspectiva, como complemento a lo ya señalado, debemos decir que se impondrá sobre los jueces la importante obligación de interpretar el derecho privado, laboral en este caso, conforme a la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el fallo Lüth *"Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta"*¹⁶.

Por último considérese el problema del recurso de protección que se había dejado planteado más atrás.

Se señaló que del enunciado del artículo 20 y del artículo 6° inciso 2° se desprenderían las razones para comprender al recurso de protección como procedente frente a *todo* tipo de perturbaciones, privaciones o amenazas a los derechos fundamentales. Sin embargo, ya se he sostenido que el artículo 6°, sólo estatuye la aplicación directa de la Constitución allí donde la propia constitución establezca una competencia especial.

Respecto al enunciado del artículo 20, a nuestro juicio, la sola referencia abierta al sujeto pasivo de una medida precautoria supletoria, no permite sostener en un sentido fuerte, que los derechos fundamentales vinculan a los particulares con tanta intensidad como vinculan al estado. La interpretación más plausible es entonces que de acuerdo, a la tradición constitucional más uniforme que el recurso procede únicamente frente al Estado.

2.3. El nuevo procedimiento a partir de marzo de 2007

La ley N° 20.087, fija en su párrafo 6° el nuevo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, prescribiendo que se aplicará res-

16. Tribunal Constitucional alemán, 7 BVerfGE 198, 1958.

pecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

Más adelante dispone que, interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.

Podemos estimar que tendremos un procedimiento para tutelar nuestras garantías frente a los empleadores, pero, entre nuestros compañeros de un mismo rango, o superior al nuestro que no sean nuestros empleadores, ¿qué podemos hacer? Más adelante se proponen criterios de solución al problema del mobbing. Primero pasemos a estudiar, someramente, la función del derecho en nuestro ordenamiento.

3. FUNCIÓN DEL DERECHO¹⁷

No se puede concebir al derecho como una ciencia ajena a la problemática de la vida social, sino que colabora a superar obstáculos que se relacionan con determinadas circunstancias inherentes a la vida humana; en el caso del mobbing estas circunstancias consisten en la vulnerabilidad de las personas ante agresiones de otros.

Si bien este tipo de situaciones de abuso se han dado a lo largo de la historia, nos parece interesante que en el último tiempo se esté

17. El dar respuesta a la problemática del mobbing nos trae de vuelta el problema de las funciones del derecho. Partimos de la base de distinguir entre funciones y fines, por lo que sólo analizaremos las funciones del derecho, es decir, la labor de éste.

tratando entregar cierta protección a las personas víctimas de tales abusos.

Ante el fenómeno de mobbing, el derecho está llamado a orientar los comportamientos; a falta de normas expresas, serán los jueces quienes deberán pronunciarse respecto del tema, mediante la utilización de otras fuentes del derecho; también cumple su rol de solucionador de conflictos, por cuanto quien considere que sus derechos han sido vulnerados, puede recurrir ante tribunales para obtener, un cese de estas conductas, y su eventual reparación. No es nuestra intención, analizar cada una de las funciones del derecho, sólo queremos hacer referencia a la función que relaciona derecho con cambio social; ya habíamos señalado que las situaciones de abuso no son una realidad nueva, en cualquier contexto, sin embargo, en nuestro país es poco lo que se ha legislado sobre el acoso psicológico laboral. Actualmente, está en trámite un proyecto de ley, que busca penalizar las conductas de sicoterror laboral, imponiendo multas de carácter fiscal a quienes las realicen, a nuestro juicio, tal como está presentado el proyecto, notamos variables deficiencias, que más que procurar un cambio social, significarían un obstáculo en la legislación.

4. CRITERIOS DE SOLUCIÓN

Cuando invocamos un derecho constitucional para justificar una cierta decisión, estamos recurriendo en última instancia, a principios de moralidad social que convalidan la norma jurídica constitucional que establece el derecho en cuestión¹⁸.

En este caso, estaríamos frente a la convalidación de derechos como la dignidad, integridad psíquica, y honra de las personas, todos los cuales se encuentran estatuidos en nuestra Constitución¹⁹, y no es

18. NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*, Primera edición, 3ª reimpresión, 2005, página 217.

19. El primero de ellos, constituye un principio de las Bases de la Institucionalidad, que como sabemos debe servir de base para la interpretación de toda la Carta Fundamental, los segundos se encuentran consagrados en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo.

extraño saber, que en ésta se establecen las bases y principios esenciales del régimen constitucional vigente.

Respecto de esto último, cabe señalar que los derechos fundamentales, constituyen verdaderos principios jurídicos, los que por su "mandato de optimización que demandan una aplicación gradual y directa. Los principios nos orientan, encaminan en uno u otro sentido una determinada respuesta jurídica a algún problema, nos dan el arranque para intentar alcanzar soluciones de justicia para algún caso, todo lo cual escapa a la acción normativa de las reglas"²⁰.

Por esto, es que estos casos difíciles, no por su complejidad sino por carecer de normas explícitas que los regule, pueden y deben ser resueltos por medio de los principios, los que tienen un alcance más amplio, lo que permitiría una generalización judicial. Resulta coherente, en un Estado Social Democrático de Derecho, la aplicación de éstos en caso de mobbing, ¿o acaso no es ampliamente aceptado, el respeto a los derechos humanos?

Otro criterio posible es la autointegración, ésta "se vale de la analogía jurídica de los principios generales y de la equidad. Ahora bien, se considera que el recurso a la analogía permite llegar a la solución para el caso no previsto por la ley en el marco del propio derecho legislado, esto es, en el marco y dentro de los límites de la propia fuente en que se produce la laguna, puesto que se trata de un tipo de razonamiento que parte de la solución que la ley ha dado para un caso similar, aunque no idéntico, a aquel que no se halla regulado. Por su parte, los principios generales de derecho permiten también llegar a una solución manteniéndose dentro del marco del propio derecho legislado que acusa el vacío o laguna, puesto que tales principios, en la idea más habitual que se tiene de ellos, son posibles de ser inducidos a partir del propio material normativo del derecho legislado. Por último, si la equidad es entendida como correctivo o enderezación de la ley (...) se entenderá que se le considere también como una manera de autointegrar el derecho legislado"²¹.

20. CONTESSE, Jorge. *Reglas y Principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos fundamentales?* /en/ Anuario de Filosofía del derecho, número 20, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2002, páginas 53 y siguientes.

21. SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*, Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, página 484 y siguientes.

La utilización de principios nos permite para decidir acerca del contenido de una norma integrando el derecho vigente y para orientar al legislador, entre otras funciones, debido que podemos considerarlos como criterios de aplicación o de producción de soluciones normativas. En caso de conflicto entre normas y principios, las normas por encontrarse expresamente escritas, son la primera fuente formal a la que recurrir, pero en este caso en que no hay texto expreso, por lo que la utilización de un principio constituye un criterio válido, a nuestro juicio, para resolver.

5. CONCLUSIONES

Podemos entender el Mobbing como un tipo de acoso psicológico, de carácter laboral, asociado al riesgo que implica desempeñar una actividad laboral, en la medida que también requiere que se despliegue una actividad constante por parte del empleador; que vulnera derechos fundamentales como el derecho a la integridad síquica, cuando se realizan actos de hostigamiento, y el derecho al respeto y protección de la honra, cuando se realizan actos denigrantes, contra una persona. Puede tener la modalidad vertical entre un empleador y un dependiente; u horizontal entre empleados de un mismo rango.

Nuestra legislación no tiene un resguardo sistemático ante el tema, lo que no significa que la víctima de Mobbing quede desprotegida ya que el código del trabajo al establecer como límites a la relación laboral, los derechos fundamentales de las personas, nos está remitiendo a la Carta Fundamental, fuente formal de nuestro derecho que se encuentra compuesta de principios de amplia y flexible aplicación, que nos permiten interpretar, corregir y colmar los "vacíos" que presente el ordenamiento. A un juez le puede corresponder fallar sobre un caso de acoso psicológico laboral y al percatarse que no hay norma expresa que permita la protección, deberá acudir a distintos criterios de integración.

MUNDIALIZACIÓN, MONSTRUOS FRÍOS Y REGIONES

CRISTIAN ZAMORANO-GUZMÁN *

Abstract

Los términos de mundialización y soberanía están frecuentemente vinculados sin que se sepa claramente lo que definen. Una precisión resulta necesaria para comprender la problemática que mantienen estos dos conceptos. La mundialización aparece como una mayor interdependencia de los flujos económicos, monetarios y financieros, que tiene también un aspecto pluridimensional como lo destaca el autor Zaki Laïdi.

Las turbulencias que vive el concepto de soberanía no desembocan sin embargo en la aparición de un nuevo orden que se construiría más allá del Estado territorial. Pero este último no puede controlar las tensiones generadas por la mundialización, sino teniendo en cuenta la nueva agenda impuesta por este fenómeno, y la nueva relación que resulta entre lo nacional, lo regional y lo internacional.

* Licenciado en Derecho Internacional, Universidad de Angers, Francia; Magíster en Relaciones Internacionales en el ILERI-ILECI, Paris XVI; Master en Ciencias Políticas Universidad de la Sorbonne-Nouvelle Paris III. Actualmente, Doctorando en Ciencias Políticas en la Universidad de la Sorbonne-Nouvelle Paris III y en el marco de un convenio de cotutela entre esta Universidad y la Universidad Arturo Prat de Iquique, UNAP; tema de la tesis "*Una dinámica regionalista e internacional en el marco de un Estado centralista y soberanista: el caso de la Región de Tarapacá en Chile*"; Profesor ayudante de Derecho Político en la UNAP; Profesor de Derecho comunitario en el INTE, crizamor@unap.cl o cristian_zg@hotmail.com.