

DISCAPACIDAD Y TRABAJO: IMPORTANCIA DE PROMULGAR LA LEY SOBRE INCLUSIÓN LABORAL.

I. CONTEXTO GENERAL

Las personas con discapacidad conforman un numeroso grupo vulnerable al que la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha significado la restricción de sus derechos básicos y libertades, condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como del disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población, y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad.

El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad. Este es el caso en que se encuentran aún hoy mujeres y hombres con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que, o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas, o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos.

La incorporación al mercado laboral de este colectivo es un importante factor para conseguir su plena integración.

El análisis de la situación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ha cobrado especial relevancia en los últimos años, como una parte esencial -si no la más importante- de cualquier intento de aumentar la integración social de este colectivo.

La Organización de Naciones Unidas, señala que en el mundo existen más de mil millones de personas con discapacidad, de las cuales casi el 57% habita en países en vías de desarrollo.

En el año 2011, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial, a través del Informe Mundial sobre la Discapacidad, cifran en un 15% al total de población mundial que vive en esta situación, indicando que la mayoría de ellos se encuentra en situación de vulnerabilidad por ausencia o precariedad de bienes y servicios adecuados a sus necesidades.

En Chile, de acuerdo al Segundo Estudio Nacional de Discapacidad, el 20% de las personas de 18 años, aproximadamente 2,6 millones de personas, se encuentran en situación de discapacidad. Laboralmente, la mayoría está inactiva (57,2%) o desocupada (3,6%), sólo el 39,3% tiene empleo, de los cuales el 73,9% tiene contrato a plazo indefinido, mientras que el 26,1% tiene plazo fijo.

Cabe destacar que en el año 2008 Chile ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la cual obliga al Estado de

Chile a promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad y asegurar que gocen de plena igualdad ante la ley. Además exige adaptar todo el ordenamiento jurídico para que las personas en situación de discapacidad puedan hacer valer sus derechos dentro de un horizonte normativo que garantice y provea de un normal funcionamiento en la vida social. En esta Convención se incluyen ámbitos fundamentales como la accesibilidad universal, la autonomía e independencia, **el empleo**, la salud, la participación, la habilitación y rehabilitación, la igualdad y la no discriminación, entre otros. En este contexto el Estado de Chile debe adoptar medidas destinadas a promover y resguardar estos derechos, así como a generar un proceso de mayor inclusión social, oportunidades y autonomía para las personas en situación de discapacidad. Además, en el año 2010 se publicó la Ley N° 20.422, la que señala que el Estado debe impulsar medidas y acciones positivas para abordar la inclusión social de las personas en situación de discapacidad, en los ámbitos vinculados a la accesibilidad al entorno y comunicaciones, educación, capacitación e inclusión laboral, entre otros.

En ese contexto, en el mes de junio de 2010 ingresó a la Cámara de Diputados el **proyecto de ley que incentiva la inclusión de discapacitados al mundo laboral y modifica la ley N° 20.422 para establecer la reserva legal de empleos para personas con discapacidad**, creando un Sistema de Inclusión Laboral para personas en situación de discapacidad en el sector público y privado.

II. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTO DE LEY.

El proyecto de ley en cuestión, constituye una importante señal en materia de inclusión y un importante avance, pues genera oportunidades laborales con enfoque de derechos para las personas en situación de discapacidad y apunta de manera asertiva a los desafíos de una sociedad más inclusiva. Los aspectos relevantes de este proyecto de ley son los siguientes:

A. CREACIÓN DE UN SISTEMA DE INCLUSIÓN LABORAL:

Este nuevo sistema de inclusión laboral, obliga a los organismos públicos civiles y militares y a medianas y grandes empresas privadas a reservar una cuota mínima de un 1% para personas con discapacidad o que reciban pensión de invalidez. Junto a ello, establece la obligación de registrar los contratos de trabajo de las personas con discapacidad o que sean asignatarios de una pensión de invalidez dentro de los quince días siguientes a su celebración en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, entidad que fiscalizará el cumplimiento de las obligaciones mencionadas.

Este es el avance más importante que presenta este proyecto de ley, ya que es una medida que garantiza de manera efectiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.

B. ESTABLECE EDAD MÍNIMA PARA CELEBRAR CONTRATOS DE APRENDIZAJE:

La ley 20.422 a fin de promover la inclusión laboral, entre otras medidas, establece la posibilidad de **celebrar contratos de aprendizaje** sin limitación de edad, lo cual constituye una excepción respecto de la regla general contenida en el artículo 79 del Código del Trabajo, que limita la celebración de tal tipo de contrato a las personas menores de 21 años de edad. Sin embargo, en la práctica, dicha medida no produjo el avance esperado, ya que permitió que se utilizara dicha figura sólo con el objetivo de obtener los beneficios tributarios que

estos reportan, más que potenciar una verdadera inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.

Es por lo anterior que este proyecto de ley, reemplaza el **artículo 47 de la ley 20.422** en orden a que la celebración del contrato de aprendizaje de las personas con discapacidad sea **hasta los 26 años de edad** y no **“sin limitación de edad”** como se señala en el texto legal vigente. Esta última enmienda asimila la edad límite para suscribir contrato de aprendizaje a la edad de término de la educación especial.

Además, con esta modificación se busca evitar la ocurrencia de prácticas abusivas, toda vez que, mediante el contrato de aprendizaje se pueden afectar los derechos de los trabajadores al ocultar la existencia de una relación laboral indefinida.

C. DA PRIORIDAD EN LAS LICITACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO A LOS POSTULANTES QUE SEAN EMPLEADORES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EXCLUYE DE LAS CONTRATACIONES A QUIENES HAYAN SIDO CONDENADOS POR DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE DISCAPACIDAD

D. CONSAGRA EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO.

Prohíbe explícitamente todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones basadas en motivos de discapacidad.

E. EQUIDAD REMUNERACIONAL.

Los más excluidos del mercado laboral son a menudo los que presentan problemas de salud mental o deficiencia intelectual.

Es por ello que este proyecto de ley deroga el **artículo 16 de la ley N° 18.600**, que establece normas sobre deficientes mentales. Tal disposición señala que en el contrato de trabajo que celebre la persona con discapacidad mental, podrá estipularse una remuneración libremente convenida entre las partes, no aplicándose a este respecto las normas sobre ingreso mínimo. El objetivo de esa norma era favorecer los índices de empleabilidad de las personas que padecen algún tipo de enfermedad mental, sin embargo, estas personas se han insertado a sus labores en igualdad de condiciones y capacidades que el resto de los trabajadores que desempeñan funciones similares, de modo tal que no resulta adecuado mantener una diferenciación en el nivel de remuneraciones que perciben.

III. PRINCIPALES BENEFICIOS DE LA INCLUSIÓN LABORAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LAS EMPRESAS Y LA SOCIEDAD:

A. BENEFICIOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

La inclusión laboral de personas con discapacidad les brinda a estos trabajadores, la posibilidad de mejorar su calidad de vida, desarrollarse y realizarse, lo cual impacta positivamente en el funcionamiento global de los equipos de trabajo. La presencia de trabajadores con discapacidad une, integra e impone desafíos colectivos de productividad, debido a la gran responsabilidad y perseverancia que ellos manifiestan.

Según estudio “Factores para la inclusión laboral de personas con discapacidad” realizado por la OIT, SOFOFA y MUTUAL DE SEGURIDAD durante el año 2013, dentro de los principales beneficios que genera la inclusión laboral en personas con discapacidad son los siguientes el **impacto positivo que se produce tanto en la economía personal como**

familiar, ya que la persona con discapacidad que trabaja se convertiría en un aporte para la economía del hogar, ya sea porque aporta ingresos y/o porque autofinancia sus necesidades. Además genera **mayores grados de autonomía** en ellos, ya que en la medida que las personas con discapacidad ingresan al mundo del trabajo aumentan su capital social y mejoran sus ingresos. Esto disminuiría la precariedad de recursos que suelen enfrentar y la dependencia, al mismo tiempo que incrementarían su autonomía respecto de terceros, como su propia familia o instituciones de apoyo. Además, señala que se produce una **liberación de energía, tiempo y recursos en la familia**, ya que cuando se produce la inclusión laboral de uno de sus integrantes con discapacidad, la familia gana tiempo y recursos que antes destinaba al cuidado o mantención de esa persona. Finalmente, se produce una **mejora en la autovaloración personal**, en la medida que se insertan en un puesto de trabajo y se van adaptando al mismo.

B. BENEFICIOS PARA LAS EMPRESAS:

De acuerdo al mismo estudio, se logró determinar que a nivel de empresas, la inclusión laboral de personas con discapacidad también genera importantes beneficios para estas. Se señala que el sólo hecho de incluir a las personas con discapacidad en la empresa genera un **efecto motivador en otros trabajadores**, causa sentimientos de orgullo respecto de la empresa y hace sentir que ésta es un mejor lugar para trabajar.

El clima laboral también cambia, se abren nuevas oportunidades. Dar a los trabajadores la posibilidad de compartir tareas con personas que tienen capacidades distintas, es una experiencia relevante y significativa, lo que genera como resultados a nivel humano, el fomento de la tolerancia y la aceptación de las diversas capacidades.

Por otro lado este proceso mejora la imagen corporativa, el ser una empresa de personas al servicio de las personas, permite llegar a nuevos clientes y mercados, siendo un elemento diferenciador muy importante. Además las empresas inclusivas aumentarían su capital simbólico o reputacional, aumentando el nivel de aprobación que reciben desde el interior de la propia empresa y desde el entorno.

Finalmente, se indica que la participación de personas con discapacidad en su equipo se traduciría en beneficios relacionados con la productividad, ya que estos trabajadores son especialmente hábiles para la ejecución de ciertas tareas y/o especialmente comprometidos con la empresa tras acceder a un puesto de trabajo. Esto redundaría también en la irradiación de un mayor compromiso de los demás trabajadores con sus respectivas labores.

C. BENEFICIOS PARA LA SOCIEDAD:

La inclusión laboral de personas con discapacidad produce en la sociedad importantes beneficios, pues cambia la base emocional de la exclusión (desinformación, miedo, prejuicio, mito); aumenta la valoración social de la diversidad (la diferencia aparece como un activo de las relaciones sociales); y cambia positivamente el modo colectivo de convivir (influye en la disminución del conflicto intercultural entre personas con y sin discapacidad).



**PROGRAMA DE ASESORÍA
LEGISLATIVA
MINUTA LEGISLATIVA**

**PROYECTO DE LEY QUE QUE MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO EN
MATERIA DE CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA O FAENA.
BOLETÍN N° 7.691-13**

INICIATIVA: Moción parlamentaria.

CÁMARA DE ORIGEN: Cámara de Diputados.

INICIO TRAMITACIÓN: 02 de junio de 2011.

ETAPA: Segundo trámite constitucional. Discusión en Sala.

IDEA MATRIZ DEL PROYECTO: Consagrar en el Código del Trabajo el concepto de contrato por obra o faena, confiriendo el derecho a feriado anual y una indemnización equivalente a dos y medio día de remuneración por cada mes trabajado si el contrato hubiere estado vigente por un mes o más.

URGENCIA: Sin urgencia.

ANTECEDENTES:

Nuestro Código del Trabajo contempla cuatro tipos de contratación, a saber; a plazo fijo, , a honorarios, indefinido y por obra o faena. Estos tipos de contratación laboral implican

diferentes obligaciones y derechos para el empleador y el trabajador.

El **contrato por obra o faena** es muy utilizado en la construcción o para contratar personal de reemplazo en oficinas, ya que está destinado a trabajadores que desempeñarán una tarea específica de la que no se conoce su fecha específica de término. Dada su naturaleza, no tiene límite de renovaciones, no tiene duración limitada en el tiempo y finaliza cuando se termina la obra o la tarea que se especificó en el contrato. Los trabajadores contratados bajo modalidad de obra o faena -así también aquellos que han sido contratados por un plazo fijo- se ven privados de gozar de ciertos beneficios que se encuentran reservados a aquellos trabajadores que cuentan con un contrato de trabajo indefinido, como por ejemplo, la indemnización por años de servicio, lo cual ha llevado a que se ejecuten malas prácticas laborales destinadas a disfrazar contratos indefinidos como contratos por obra o faena.

Cabe hacer presente, que en el artículo 159 N°4 existe una presunción legal a propósito del contrato a plazo fijo, por la cual un contrato a plazo puede ser considerado como indefinido. Esta norma señala lo siguiente: *“El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida.”*.

Es por la razón anteriormente esgrimida que con fecha 02 de junio de 2011, un conjunto de diputados, de los cuales destaca el diputado Socialista Osvaldo Andrade, presentaron la presente moción, a fin de introducir una presunción legal similar a la que existe respecto del contrato a plazo fijo, con el objeto de así evitar las posibles malas prácticas de disfrazar un contrato de plazo fijo por uno de obra o faena.

Finalmente, es importante señalar que con fecha 30 de diciembre de 2014, la Corte Suprema marcó un precedente importante en la materia, resolviendo que los contratos por obra o faena pueden mutar a contratos indefinidos, si el trabajador continúa laborando en la misma empresa.

PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CAMARA DE DIPUTADOS

Durante éste trámite, se presentaron indicaciones al texto original en orden a agregar un nuevo inciso final al artículo 159 N°5 y nuevo artículo transitorio.

TEXTO ORIGINAL	TEXTO APROBADO EN PRIMER TRAMITE CONSTITUCIONAL
<u>Artículo Único.-</u> Agrégase, en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, el siguiente inciso final, nuevo:	<u>“Artículo único.-</u> Agrégase, en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, los siguientes incisos, nuevos:
"Se presumirá legalmente que el plazo del	“Se presumirá legalmente que el plazo del

<p>contrato es indefinido cuando el trabajador ha prestado servicios en tres o más obras o faenas específicas, para un mismo empleador, mediando entre cada prestación de servicios un lapso no superior a 60 días."</p>	<p>contrato es indefinido cuando el trabajador ha prestado servicios continuos o discontinuos en diversas obras o faenas específicas para un mismo empleador durante 240 días o más en un lapso de 12 meses, contados desde la primera contratación.”.</p> <p>Con todo, la presunción señalada en el inciso anterior no se aplicará a los trabajadores cuyos contratos se rijan por el Capítulo II del Título II del Libro Primero de este Código.”.</p> <p><u>Artículo Transitorio.</u>- La presunción señalada en el artículo permanente, se podrá invocar solamente en tanto los servicios del trabajador en las obras específicas para un mismo empleador, se hayan prestado en su totalidad a contar de la fecha de vigencia de la presente ley.”.</p>
--	---

En la sesión 82ª celebrada el 12 de septiembre de 2011, la Sala de la Cámara aprobó en general, acogiendo una indicación del diputado Ernesto Silva, la cual luego en su discusión en particular fue rechazada, por 2 votos a favor, 8 en contra y 1 abstención.

Con fecha 3 de abril de 2012 se da aprobación al proyecto en primer trámite legislativo, dándose oficio a la cámara revisora.

SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

Durante este trámite, el Ejecutivo junto a los integrantes presentes de la Comisión de Trabajo y Previsión Social concordaron en una nueva redacción del artículo único. Asimismo, acordaron el texto de un artículo transitorio que reemplaza a la disposición transitoria despachada por la Cámara de Diputados.

Esta nueva redacción se contempla los siguientes temas:

a) **Concepto de contrato por obra o faena:** Incorpora al Código del Trabajo un **artículo 10 bis, nuevo**, que introduce un concepto de contrato de trabajo por obra o faena, estableciendo que se trata de una convención en virtud de la cual un trabajador se obliga con un empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. Asimismo, establece que las diferentes etapas o faenas de una obra no pueden, por sí solas, ser objeto de dos o más de este tipo de contratos en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que es contrato a plazo indefinido. Finalmente, propone que no revestirán dicho carácter aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente que, como tales, no cesan o

concluyen conforme a su naturaleza, lo que deberá determinar, en cada caso, la Inspección del Trabajo respectiva. El propósito de dicha disposición apunta a establecer una consecuencia jurídica ante la suscripción de dos o más de este tipo de contratos en forma sucesiva, consistente en establecer su carácter indefinido.

b) **Feriado anual:** propone que el derecho al feriado anual asistirá al trabajador que hubiere celebrado un contrato por obra o faena que se extendiera por un lapso superior a un año, o prestare servicios al mismo empleador en diferentes obras o faenas que, en conjunto, sobrepasen dicho plazo. La estructura del feriado anual, en la que se enmarca la disposición en análisis, descansa sobre la idea de la continuidad de los servicios o, en este caso, de las obras o faenas. En consecuencia, no es posible concebir que el derecho a feriado anual se generaría ante la realización de servicios discontinuos, habida cuenta del carácter sucesivo de aquéllas.

c) **Indemnización de dos y medio día de remuneración:** Agrega un **inciso nuevo al artículo 67 del Código del Trabajo**. Apunta a establecer que, tratándose del contrato por obra o faena, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a dos y medio día de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días, cuando el contrato hubiere estado vigente por un año o más, y hubiere invocado la causal relativa a las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Dicha disposición opera incluso respecto de aquellos contratos por obra o faena con una duración inferior a un año, atendido que, en la práctica, dicha relación contractual, por regla general, se extinguen con anterioridad a dicho período. Asimismo mediante la fórmula propuesta, se **evita que, tras la suscripción de sucesivos contratos por obra o faena, pueda impedirse el pago de la indemnización por años de servicio.**

Como se señaló, el texto aprobado en primer trámite constitucional por la H. Cámara de Diputados fue modificado, quedando en el siguiente sentido:

TEXTO APROBADO POR LA H. CÁMARA DE DIPUTADOS	TEXTO APROBADO EN COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN DEL SENADO
<p><u>Artículo único.-</u> Agrégase, en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, los siguientes incisos, nuevos:</p> <p>“Se presumirá legalmente que el plazo del contrato es indefinido cuando el trabajador ha prestado servicios continuos o discontinuos en diversas obras o faenas específicas para un mismo empleador durante 240 días o más en un lapso de 12 meses, contados desde la primera contratación.”.</p> <p>Con todo, la presunción señalada en el inciso anterior no se aplicará a los trabajadores cuyos contratos se rijan por el Capítulo II del Título II del Libro Primero de este Código.”.</p>	<p>“<u>Artículo único.-</u> Modifícase el Código del Trabajo de la siguiente manera:</p> <p>1.- Incorpórase, a continuación del artículo 10, el siguiente artículo 10 bis, nuevo:</p> <p>“Artículo 10 bis.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el número 6 del artículo 10, las partes podrán celebrar un contrato por una obra o faena determinada.</p> <p>El contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya</p>

Artículo Transitorio.- La presunción señalada en el artículo permanente, se podrá invocar solamente en tanto los servicios del trabajador en las obras específicas para un mismo empleador, se hayan prestado en su totalidad a contar de la fecha de vigencia de la presente ley.”.

vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no pueden por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.

No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva.”.

2.- Agrégase, en el artículo 67, el siguiente inciso segundo nuevo, pasando los actuales incisos segundo y tercero, a ser tercero y cuarto, respectivamente:

“Igual derecho asistirá al trabajador que prestare servicios continuos al mismo empleador en virtud de dos o más contratos celebrados por obra o faena determinada y que sobrepasen el año. Con todo, y sólo para estos efectos, el trabajador podrá optar para que el pago de su feriado proporcional se difiera al momento de hacerlo efectivo en las condiciones señaladas en este inciso, debiendo dejar constancia expresa de ello en el respectivo finiquito. En caso que los contratos no sobrepasen el año y el trabajador hubiere diferido el pago de los feriados conforme lo señala este inciso, el empleador deberá pagar en el último finiquito la totalidad de los feriados adeudados.”.

3.- Incorpóranse en el inciso segundo del artículo 163, las siguientes oraciones finales: “Si el contrato celebrado para una obra o faena determinada, hubiere estado vigente por un mes o más, el empleador deberá pagar al trabajador al momento de su terminación, una indemnización equivalente a dos y medio día de remuneración por cada mes trabajado y

	<p>fracción superior a quince días, calculada en conformidad a lo dispuesto en el artículo 172, siendo aplicable a ésta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 19.728. No corresponderá el pago de la prestación antes señalada, si se pusiere término al contrato por alguno de los casos contemplados en el artículo 159, en los números 2 y 3 o el empleador le pusiere término por alguna de las causales señaladas en el artículo 160.”.</p> <p><u>Artículo transitorio.-</u> Las normas de esta ley comenzarán a regir el primer día del mes siguiente al de su publicación, salvo la contenida en el numeral 3 que modifica el artículo 163 del Código del Trabajo, la cual será aplicable a los contratos por obra o faena determinada que se celebren a partir de los 90 días contados desde la publicación de la presente ley.”.</p>
--	--

OBSERVACIONES FINALES

En la actualidad, cerca del 24% de los trabajadores presta servicios en conformidad a un contrato por obra o faena, respecto de los cuales existe una escasa regulación que garantice el ejercicio de los derechos que emanan de su condición de trabajador. El Código del Trabajo regula el contrato de obra o faena únicamente a propósito de las causales de terminación de la relación laboral, en los términos contenidos en el número 5) de su artículo 159, que prescribe que aquélla podrá terminar por la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.

Si bien, como se señaló, la Corte Suprema asentó un importante precedente en la materia, sumado a los criterios emanados de la demás jurisprudencia judicial y administrativa para determinar los elementos que configuran dicha figura contractual, ello no es suficiente, de manera que su incorporación por vía legislativa impediría una serie de prácticas abusivas, tales como la confusión que, en la práctica, existe entre el concepto de obra o faena con aquellas tareas específicas que se encomiendan a un trabajador en el contexto de un contrato de trabajo indefinido.

En razón de lo anterior, es posible señalar que éste proyecto de ley viene a dar solución a una problemática que aqueja a una gran cantidad de trabajadores, que por el hecho de no encontrarse regulados los marcos específicos de este tipo de relación contractual se han visto vulnerados en sus derechos. Además, esta iniciativa legislativa provee una herramienta que permite mejorar los estándares de fiscalización de la Inspección del Trabajo toda vez que la calificación de contrato por obra o faena se realiza, en la práctica, careciendo de estándares normativos que permitan reconocer dicha figura.

Fuentes:

www.senado.cl

www.camara.cl

<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/01/08/corte-suprema-determina-que-contratos-por-obra-y-faena-pueden-pasar-a-ser-indefinidos/>

www.pjud.cl

**PROGRAMA DE ASESORÍA
LEGISLATIVA
MINUTA LEGISLATIVA**

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO PARA
ESTABLECER MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN SITUACIONES DE
EMERGENCIA O DE FALTA DE SEGURIDAD LABORAL.**
BOLETINES: 7547-13 Y 9385-13 REFUNDIDOS.

INICIATIVA: Moción parlamentaria.

CÁMARA DE ORIGEN: Cámara de Diputados.

INICIO TRAMITACIÓN: 23 de marzo de 2011.

ETAPA: Segundo trámite constitucional. Discusión en Sala.

IDEA MATRIZ DEL PROYECTO: Establecer la obligación del empleador, en caso de sobrevenir en el lugar de trabajo un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, de informar a éstos sobre tal riesgo y adoptar las medidas para la evacuación y suspensión inmediata de las faenas. Además busca asegurar el derecho de todo trabajador para interrumpir y abandonar sus labores cuando razonablemente considere que continuar en ellas signifique un riesgo grave e inminente para su vida o salud.

URGENCIA: Sin urgencia.

ANTECEDENTES:

No es novedad que Chile además de ser un país sísmico, ha sido objeto de múltiples catástrofes naturales que han llevado a que se impartan políticas públicas de prevención y de educación en cómo debemos actuar ante dichas situaciones. Es por ello, que tanto a nivel nacional, como regional, se han implementado planes de emergencia y de evacuación frente a la ocurrencia de terremotos, tsunamis, derrumbes, incendios, entre otros, tanto en colegios como en empresas, con el objeto de resguardar la vida y salud de quienes puedan estar en ellos durante alguna catástrofe.

No obstante lo anterior, se ha evidenciado en la práctica, a través de denuncias públicas, que tanto en las alertas de tsunami del 11 de marzo de 2011 por terremoto ocurrido en Japón, como en el terremoto del 27F, varias empresas pese a recibir la alarma de tsunami y la orden de evacuación, irracionalmente dispusieron la continuidad de los turnos de sus trabajadores, no obstante el potencial riesgo a su integridad. En estas situaciones, al requerirse la intervención de la Inspección del Trabajo, ésta se excusó de actuar por falta de atribuciones

en la materia.

Si bien, los inspectores del trabajo están habilitados para ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio, constituyen peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores (D.F.L N° 2 de 1967), y así lo reitera el artículo 191 del Código del Trabajo, al facultar a la Dirección del Trabajo para resguardar el cumplimiento de las medidas básicas exigibles, su operatividad exige una precisión, pues resulta indispensable interpretar el carácter imperativo de tales medidas incluso referido a circunstancias externas como lo sería esta situación de emergencia.

Es por ésta razón que con fecha 23 de marzo de 2011 nace la moción que busca establecer la obligación inmediata de suspensión de las labores en los casos que la autoridad competente así lo determina mediante la alarma, ante situaciones de emergencia, desastres, catástrofes u otro evento potencialmente destructivo. De esta manera resultan aplicables las facultades de fiscalización de la Dirección del Trabajo en esta materia.

Además, y en ese mismo orden de ideas, el 10 de junio del 2014 se presentó el proyecto de ley que busca alterar la carga probatoria (explicitando el derecho del trabajador a suspender la prestación de servicios) en caso de peligro inminente para la salud de los trabajadores. Lo anterior debido a que hoy día, si un trabajador frente a una emergencia, y velando por su seguridad abandona sus labores, ésta acción se asocia a la aplicación de una causal de despido, cual es el **abandono intempestivo de las faenas sin causa justificada**, debiendo el trabajador probar que si suspende sus servicios lo fue por causas justificadas derivadas de las condiciones de seguridad de la empresa. Con este proyecto se cambia la carga de la prueba, trasladándose al empleador, de manera que, para hacer valer la causal de despido anteriormente mencionada frente al abandono de las labores por parte de un trabajador, deberá probar que las condiciones de seguridad eran suficientes y que cumplía con la normativa legal al respecto.

Con fecha 3 de julio del año 2014, la Sala de la Cámara accedió a una petición de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social tendiente a refundir los proyectos de ley de que se mencionan, en consideración a que ambas iniciativas incidían en modificaciones al Código del Trabajo con el objeto de establecer mecanismos de protección a favor de los trabajadores en situaciones de emergencia o de falta de seguridad laboral.

PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CAMARA DE DIPUTADOS

Durante la discusión en general de las mociones refundidas, asistió la entonces, Subsecretaria de Previsión Social, doña Julia Urquieta, y el Director del Trabajo, don Christian Melis, quienes hicieron sus observaciones a ambas iniciativas legales.

En dicha ocasión, la **Subsecretaria** indicó que el proyecto de ley en los términos en que se encontraba redactado, excluía tanto las situaciones no declaradas como emergencia por la

autoridad, como las situaciones de peligro surgidas al interior de las empresas. Además indicó que el proyecto de ley no contempla la opción de reintegrar al trabajador en caso que se pruebe la hipótesis de emergencia, considerando que la reintegración es una situación excepcional para el caso de fuero y nulidad del despido en materia de tutela de derechos fundamentales. Finalmente indicó que no innova en materia de carga probatoria, toda vez que en todas las hipótesis de despido del artículo 160 del Código del Trabajo, incluyendo la del numeral 4 (abandono del trabajo), es el empleador quien debe probar la causal.

Por su parte el **Director del Trabajo** señaló que el proyecto de ley no aclara lo que sucede con las remuneraciones durante el periodo en que se paralizan las faenas, siendo el ideal que éstas se resguarden y no sea considerada dicha situación como “caso fortuito o fuerza mayor”, liberando al empleador del pago de estas durante dicho periodo.

Con fecha 9 de agosto de 2016, los diputados Pascal, Barros, Boric, Campos, De Mussy, Jiménez, y Monckeberg, presentaron indicación con el objeto de sustituir el texto de las mociones refundidas (Boletines 7.547-13 y 9.385-13). Dicha indicación recoge las sugerencias esgrimidas en dicha comisión por las autoridades invitadas, a fin de perfeccionar el texto e incluirlo al Código del Trabajo como **artículo 184 bis**.

TEXTO ORIGINAL DE LAS MOCIONES Boletines 7.547-13 y 9.385-13	TEXTO APROBADO POR LA H. CÁMARA DE DIPUTADOS
<p>BOLETÍN 7.547-13: “Artículo Único.- Para agregar un nuevo art. 190 bis en el Código del Trabajo del siguiente tenor: Art. 190 bis.- “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes la suspensión de las faenas procederá siempre tratándose de alertas decretadas por la Oficina Nacional de Emergencia en el caso de desastres, catástrofes u otro evento potencial”.</p> <p>BOLETÍN 9.385-13: “Artículo Único.- Modificase el Código del Trabajo de la siguiente forma: Para agregar un inciso segundo al número 4 del artículo 160, del siguiente tenor: "Si las conductas señaladas en los literales anteriores son motivadas por la falta de seguridad para desempeñar las faenas convenidas en el contrato, será el empleador quien deberá acreditar que dichas condiciones son adecuadas y que ha dado cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 184 y en la Ley 16.744. Con todo, el trabajador siempre tendrá derecho a abandonar el establecimiento o las faenas en casos de</p>	<p>“Artículo único.- Agregase en el Código del Trabajo el siguiente artículo 184 bis nuevo:</p> <p>Artículo 184 bis.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cuando en el lugar de trabajo sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador deberá:</p> <p>a) Informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo, así como las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo. b) Adoptar medidas, en caso que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar, para la suspensión inmediata de las faenas afectadas y la evacuación de los trabajadores.</p> <p>Con todo, el trabajador tendrá el derecho a interrumpir sus labores y abandonar el lugar de trabajo, de ser necesario, cuando considere, por motivos razonables, que continuar con dicha labor, implique un riesgo grave e inminente para su vida o salud. El trabajador</p>

<p>evacuación frente a una emergencia decretada por la autoridad pública, no siendo aplicable en estos casos, la causal de despido señalada en el presente numeral."</p>	<p>que interrumpa sus labores deberá siempre dentro del más breve plazo, dar cuenta de ese hecho al empleador, el que deberá informar de la suspensión de las labores a la Inspección del Trabajo respectiva.</p> <p>Los trabajadores no podrán sufrir perjuicio o menoscabo alguno, derivado de la adopción de las medidas señaladas en este artículo pudiendo siempre ejercer la acción contenida en el Párrafo VI del Capítulo II, Libro V del Código del Trabajo.</p> <p>En caso que la autoridad competente ordene la evacuación de los lugares afectados por una emergencia, catástrofe o desastre, el empleador deberá suspender las labores de forma inmediata y proceder a la evacuación de los trabajadores. La reanudación de las labores, solo podrá efectuarse cuando se garanticen condiciones seguras y adecuadas para la prestación de los servicios.</p> <p>Corresponderá a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo."</p>
--	--

Dicha norma fue aprobada por unanimidad (68 votos) de los diputados presentes.

SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

En comisión de Trabajo y Previsión Social sólo se hicieron dos modificaciones de carácter formal a la norma aprobada por la H. Cámara de Diputados, las que dicen relación con sustituir, en el inciso segundo del artículo 184 bis, la expresión "**dicha labor**" por "**ellas**" y la palabra "**labores**", la última vez que aparece por el vocablo "**mismas**". En esos términos fue aprobada tanto en general como en particular, despachándose a la Sala.

OBSERVACIONES FINALES

Este proyecto de ley significa un importante avance en materia de derechos fundamentales de los trabajadores, toda vez que les garantiza el derecho de hacer abandono del trabajo cuando estén ante un riesgo grave e inminente, sin que puedan sufrir algún menoscabo por ello. Por tanto, **se recomienda su aprobación** en los términos establecidos, toda vez que protege a la parte jurídicamente más débil de la relación laboral en circunstancias excepcionales que ponen en riesgo su vida o su salud.

En cuanto a la tramitación misma, cabe hacer presente que, las enmiendas realizadas por el Senado fueron meramente formales y no cambian el sentido de éste, por lo que no dan lugar

a un tercer trámite constitucional.

3

**PROGRAMA DE ASESORÍA
LEGISLATIVA
MINUTA LEGISLATIVA**

**PROYECTO DE LEY QUE FACILITA LA ENTREGA DE PROPINAS EN
ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO.
BOLETÍN: 10.329-13.**

INICIATIVA: Moción parlamentaria.

CÁMARA DE ORIGEN: Senado

INICIO TRAMITACIÓN: 07 de octubre de 2015.

ETAPA: Tercer trámite constitucional. Discusión en Sala.

IDEA MATRIZ DEL PROYECTO: Posibilitar en las estaciones de expendio de combustibles u otros establecimientos en que habitualmente se deje propina el que ésta se pueda hacer efectiva también mediante los servicios electrónicos de pago.

URGENCIA: Simple.

ANTECEDENTES:

Hasta 1976, nuestro ordenamiento jurídico establecía el derecho de todo trabajador que se desempeñaba en la atención de público en locales como restaurantes, clubs, bares y similares, a recibir como propina, a lo menos el 10% del consumo total por parte del cliente. A estos efectos, la respectiva cuenta contenía la desagregación del importe de consumo y el monto correspondiente a este beneficio.

Desde ese año, la propina dejó de ser obligatoria y pasó a ser de carácter eminentemente voluntaria para el cliente, manteniéndose en general, la conciencia de que un buen servicio debía ser retribuido con una cantidad cercana o similar a la que antiguamente era de tipo obligatorio.

A fin de mejorar la fluidez del cálculo y recaudación de las propinas para los trabajadores que atienden público, la ley N° 20.729, institucionalizó una práctica que se ha desarrollado

en forma cada vez más frecuente, esta es, la incorporación del cálculo de los monto correspondientes a una propina equivalente al 10% del consumo en la cuenta al cliente, manteniendo dicho desembolso por el cliente, el marco jurídico de carácter voluntario.

Con fecha 30 de mayo de 2016 se dictó la ley N° 20.918 que “Adapta normas laborales al rubro del turismo”, la que se refiere exclusivamente a los trabajadores que se desempeñan como garzones en establecimientos que atiendan público, tales como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares, toda vez que su ámbito de aplicación se encuentra establecido en el inciso primero del artículo 64 del Código del Trabajo, que dicha ley no modifica. En consecuencia, quedan excluidos de las normas de protección a la propina, como derecho de los trabajadores, quienes prestan servicios en otras áreas en que existe esta práctica, como es el caso de las estaciones de servicio o bombas de bencina. Por tanto, a fin de incluir a estos trabajadores, se da origen a este proyecto de ley.

El presente proyecto cuenta de un artículo único, el que ha sido objeto de varias modificaciones.

PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

El texto original del proyecto de ley agregaba un inciso segundo al artículo 64 de la ley, cuyo texto señalaba que “... cualquier otro establecimiento de comercio que cuente con medios electrónicos de pago, deberá permitirse al cliente hacer efectiva la propina a través de dichos medios.” Sin embargo, durante la discusión de la norma en comisión de Trabajo y Previsión Social se acordó modificar el texto inicial, señalándose que hablar de cualquier otro establecimiento de comercio obligaría a muchos locales, cuya finalidad no se ajusta a la entrega de propinas, a abrir una cuenta de Transbank con la posibilidad de desagregar la propina que va en una línea separada.

Por tanto, en dicho trámite se modificó la redacción de la norma haciendo aplicable las normas contenidas en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 64 del Código del Trabajo, en lo que corresponda, a los establecimientos de atención de público en los que **habitualmente** se deja propina como ocurre en las estaciones de expendio de combustibles u otros.

SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CÁMARA DE DIPUTADOS

Durante la tramitación en segundo trámite constitucional, se discutió sobre la conveniencia de eliminar la expresión “habitualmente” del texto aprobado por el Senado, en atención a que dicho vocablo restringía el ámbito de aplicación de dicho precepto, puesto que podían existir otro tipo de establecimiento comerciales en que no existiera la habitualidad, pero en el cual se entregaran propinas ocasionalmente como podría ser el caso de las peluquerías.

Del mismo modo, durante su discusión se estimó necesario dotar al trabajador de la facultad

de elegir el medio de pago con el cual el empleador le hará entrega de las propinas devengadas por los clientes.

Producto de lo anterior, el diputado Andrade presentó dos indicaciones que modificaban el texto aprobado en primer trámite constitucional, recogiendo ambas inquietudes, las que fueron aprobadas. Dichas enmiendas, dieron lugar al TERCER TRÁMITE CONSTITUCIONAL.

OBSERVACIONES FINALES

De acuerdo a lo señalado, y en atención a que el espíritu inicial del proyecto de ley es corregir la exclusión que hace la ley 20.918 de otros trabajadores que se desempeñen en áreas que pueda darse la práctica del pago de propina, es que **se recomienda aprobar las enmiendas realizadas por la Cámara de Diputados**, en orden a eliminar el vocablo “habitualmente”, toda vez que es contrario al objetivo mismo del proyecto, ya que restringe el ámbito de aplicación de la norma, pudiendo quedar fuera de ésta, otros trabajadores que reciben propina, pero no de manera habitual.

Además resulta razonable que deba ser el trabajador quien deba elegir el medio de pago con el cual el empleador le entregue sus propinas.

CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA EXCMA. CORTE SUPREMA

El contralor general de la República, señor Jorge Bermúdez, el miércoles 28 de diciembre de 2016 interpuso una contienda de competencia con la Corte Suprema, la cual deberá resolver el Senado, para definir si es la Contraloría o los Tribunales de Justicia los que decidan el sistema previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica civil (DGAC). El presente informe justifica las razones por las cuales debe ser rechazada la contienda, declarando que son los tribunales de justicia y, en particular, la Excma. Corte Suprema la que debe resolver el asunto que un grupo de funcionarios de la DGAC sometió a su decisión.

Regulación de la Contienda de Competencia promovida ante el Senado

De acuerdo al numeral 3° del artículo 53 de la Constitución Política, una de las atribuciones exclusivas del Senado es la de “conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia”, es decir, será la Cámara Alta la facultada para conocer de las contiendas de competencias promovidas entre las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema con autoridades políticas (funciones de mando y de gobierno) y administrativas, como ocurre con la Contraloría General de la República. En los demás casos (por ejemplo, si la contienda se promoviera respecto de un tribunal de primera instancia) el órgano constitucionalmente autorizado para conocer y resolver este asunto será el Tribunal Constitucional (numeral 12 del artículo 93 de la Constitución).

Respecto al procedimiento hay que tener en cuenta que no existe en la Constitución, ni la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, ni tampoco en el Reglamento del Senado norma alguna que lo regule. Por lo tanto, deberá estarse a la propuesta de procedimiento de la mesa del Senado.

Antecedentes de la controversia

Actualmente, y como detalla el escrito en que se promueve la contienda de competencia, se encuentra en conocimiento de la Excma. Corte Suprema un recurso de casación en el fondo (rol N°76325-2016) deducido contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol N°4049-2016), que revocó el fallo de primera instancia dictado por el 29° Juzgado Civil de Santiago (rol N°4017-2012) y que rechazó la acción declarativa de mera certeza impetrada en contra del Fisco de Chile por 1.331 funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante “DGAC”).

En definitiva, dichos funcionarios pretenden que el tribunal resuelva el régimen previsional que les corresponde asegurando que este debe ser la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (Capredena) y no las AFP, como sostiene la jurisprudencia de la Contraloría General de la

República.

Adicionalmente, hay que tener presente que el Contralor General de la República ya promovió otra cuestión de competencia, esta vez, contra el mismo 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, ante el Tribunal Constitucional. En otras palabras, el organismo contralor ha promovido dos contiendas de competencia -una contra la Corte Suprema y otra contra el Juzgado referido-, relativas al mismo tema, el sistema previsional aplicable a los funcionarios de la DGAC.

Ahora bien, respecto a la contienda de competencia promovida contra el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, es preciso señalar que, con fecha 12 de octubre de 2016, el Sr. Héctor Rodríguez Mendoza, en representación de 869 funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil, interpuso una acción declarativa de mera certeza en contra del Fisco de Chile, la Dirección General de Aeronáutica Civil y la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA), con el objeto de "poner término a la situación de incertidumbre jurídica que se ha producido con motivo de un vacío legal" relacionado con el sistema previsional que debe corresponder a los citados funcionarios, solicitando al Juez de Letras determinar, sobre la base de una interpretación de los textos legales pertinentes, cuál es el régimen previsional que corresponde al personal de la aludida Dirección. Con fecha 19 de octubre de 2016, en causa rol C-25213-16, el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago dio curso a la mencionada demanda.

Esta contienda se encuentra radicada ante el Tribunal Constitucional, la que la declaró admisible con fecha 3 de diciembre de 2016 y con fecha 4 de enero de 2017, en votación unánime, falló a favor de la Contraloría.

Argumentos para rechazar la contienda.

1. Inexistencia de Contienda de Competencia

Según el profesor Lautaro Ríos podemos definir la contienda de competencia como la disputa o controversia que se genera entre dos autoridades u órganos del Estado cuando ambos se atribuyen el poder de ejercitar, exclusivamente la misma facultad con respecto a una determinada materia. En tal caso nos encontramos frente a una contienda positiva de competencia.

La contienda negativa se suscita cuando dos o más órganos de poder se niegan o rehúyen ejercitar una atribución que estiman que no les corresponde, provocando así un vacío u omisión en que el ejercicio de una actividad necesaria; aunque éste no es el caso.

Por su parte, el célebre profesor Alejandro Silva Bascuñan, señala que una contienda de competencia es la disputa que se promueve entre dos autoridades o tribunales en razón de que ambos sostienen disponer o carecer de atribuciones para pronunciarse sobre determinado asunto. En el primer caso tiene carácter positivo; en el segundo, negativo.

El autor citado agrega que, la causa que coloca a dos entes públicos en situación de trabarse en esta especie de conflicto puede ser de variada naturaleza y, a falta de toda especificación del texto que lo limite, habrá de entenderse que la atribución senatorial podrá ejercerse cualquiera sea el motivo o causa de la discrepancia.

Ahora bien, para el profesor Silva Bascuñan, tienen cabalmente el carácter de contiendas de "jurisdicción" las disputas que se traben entre el Contralor General de la República y la magistratura judicial, en cualquiera oportunidad que a una o a otra toque ejercer sus facultades propias, porque se produce en esa disputa un enfrentamiento entre poderes fundamentales de raíz constitucional y no cabe, por tanto, llegar a esclarecerse por

determinación exclusiva de uno de ellos. Tanto la magistratura judicial como la Contraloría tienen, en efecto, el mismo status constitucional y, por lo tanto, una desinteligencia entre ambas no puede definirse exclusivamente por el criterio de uno u otro órgano. Ambos están obligados a someterse en este caso al fallo del Senado porque es a éste al que la Carta le ha confiado superar la emergencia.

Ahora bien, siguiendo la intervención del profesor Francisco Zuñiga sobre esta materia, la contienda promovida por la Contraloría no es una contienda de competencia en los términos explicados más arriba, debido a que para ello se requiere un conflicto atributivo de potestad de la misma naturaleza formal y/o material. En la especie tenemos, por una parte, una atribución de fuente legal (potestad dictaminante de la Contraloría) y una potestad de fuente constitucional y legal de la Corte Suprema, abierta vía casación en el fondo sobre un conflicto de derecho objetivo (encasillamiento).

Por su parte, la determinación del sistema previsional de los trabajadores del sector público es una materia de dominio legal básico por disposición del artículo 64 N°14 y del artículo 65 N°6, inciso 6° de la Constitución Política y de competencia del legislador de quórum calificado, en virtud del artículo 19 N°18 y artículo 66 de la Constitución.

Por lo tanto, ni los tribunales de justicia que integran el poder judicial ni la Contraloría General de la República poseen competencia legislativa; por lo que ni en sede judicial ni en sede administrativa se pueden establecer o fijar normas generales, abstractas, ciertas y obligatorias sobre un “sistema previsional”; caracteres materiales propias de la ley, y que le son exigibles constitucionalmente cuando se trata de relaciones jurídicas en que la técnica de los derechos fundamentales asegura intereses y voluntades colectivo-prestacionales como en la especie el derecho a la seguridad social.

En consecuencia, ni la decisión judicial ni la potestad dictaminante pueden suplir o reemplazar a la potestad legislativa; debido a que la potestad dictaminante es sub lege y de naturaleza administrativa y la judicial sub constitutione y sub lege; no siendo de recibo el principio de inexcusabilidad en razón de la naturaleza pública del conflicto.

Por lo tanto, como ni la Excma. Corte Suprema ni la Contraloría General de la República son competentes para fijar el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC malamente podría existir contienda de dicha competencia entre ambos.

Adicionalmente, según el profesor Luis Cordero, aunque se trata de recursos de distinta índole — ya que actualmente lo que busca la Contraloría es limitar la revisión judicial de sus dictámenes—, desde 1993 en adelante este organismo ha planteado ante el Senado ocho contiendas de competencia respecto de recursos de protección interpuestos contra la toma de razón efectuada por ella o contra la abstención de dicho acto. Estas evidenciaron dos formas de enfrentar los medios de control de la Administración: la institucional y la judicial.

Lo que demostraron estas contiendas es la ironía de que su utilización buscó ser un instrumento de protección de competencias constitucionales, más que una genuina resolución de distribución de competencias.

2. Asunto Litigioso

Entre las funciones de la Contraloría General de la República, detalladas en el artículo 98 de la Constitución Política, se destaca la de emitir dictámenes que, consiste en informar sobre ciertas materias específicas y, en general, sobre 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. A esta atribución se la denomina “potestad dictaminante”.

Por su parte, el artículo 5º, inciso tercero, prescribe que “en los casos en que el contralor informe a petición de parte o de jefaturas de servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”.

Don Patricio Aylwin definió al dictamen (producto o consecuencia del ejercicio de la potestad dictaminante) como un “acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la Contraloría General de la República o un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la administración y siempre que las situaciones que los afecten importen una violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar al organismo contralor”

Ahora bien, de acuerdo al artículo 6º de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, la potestad dictaminante se encuentra limitada en dos casos, cuales son: a) los asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos; y, b) aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia. En estos dos supuestos la Contraloría no puede intervenir ni informar, es decir, cuando la naturaleza del asunto determine su litigiosidad (límite material), que deberá, en el futuro someterse al conocimiento de los tribunales y cuando la materia esté sometida al conocimiento de los tribunales.

Por lo tanto, es la ley la que determina una delimitación de competencias, sin que se pueda entender excluido el recurso jurisdiccional a las personas afectadas, en favor de privilegiar el pronunciamiento de la autoridad. Esta determinación guarda plena armonía y concordancia con el hecho que es el Estado, y en este caso la Contraloría, quien está al servicio de la persona; son los ciudadanos los mandantes y la autoridad el mandatario, por lo que este último no puede obstaculizar el ejercicio de los derechos de los primeros. Es el legislador quien opta, permitiendo que las personas puedan recurrir en procura de la clarificación de sus derechos y, conforme al sistema institucional actual, ello se produce recurriendo a tribunales.

Por lo tanto, la Contraloría legalmente no puede ejercer su potestad dictaminadora si dicho asunto se ha “judicializado” como, efectivamente, sucede en la especie.

De entenderse de otra forma, se infringiría abiertamente lo dispuesto, en primer lugar, en el inciso primero del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, que señala que la Constitución asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; y, en segundo lugar, en el inciso final del artículo 38 del texto constitucional que establece que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado daño. Así, la doctrina y la jurisprudencia señalan que la primera norma consagra el derecho a la tutela judicial y la segunda el principio de revisión judicial de los actos de la Administración.

En conclusión, el órgano de control debió abstenerse de cualquier actuación que infringiera el mandato legal del artículo 6º de la Ley Orgánica de la Contraloría, debido a que este asunto se encuentra sometido, actualmente, al conocimiento de los tribunales de justicia.

Prevención General

Al Senado le corresponde únicamente pronunciarse respecto de acoger o rechazar la contienda de competencia promovida por el Contralor General de la República contra la Excma. Corte Suprema sobre la base de las facultades y/o competencias legales y constitucionales de cada uno. Por lo mismo, no es posible que la Corporación se pronuncie

respecto a los hechos que dan lugar a la contienda. En otras palabras, no es posible que mediante la contienda el Senado se pronuncie respecto al recurso de casación en el fondo (rol N°76325-2016) deducido contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol N°4049-2016), que revocó el fallo de primera instancia dictado por el 29° Juzgado Civil de Santiago (rol N°4017-2012) y que rechazó la acción declarativa de mera certeza impetrada en contra del Fisco de Chile por 1.331 funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Lo contrario significaría infringir abiertamente el artículo el artículo 76 de la Constitución, que reza:

“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. **Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno,** ejercer funciones judiciales, **avocarse causas pendientes,** revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.”

PROGRAMA DE ASESORÍA LEGISLATIVA SENADO

MINUTA: Proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los códigos Penal y Procesal Penal.

(Boletín n°9.692-07)

Origen: MENSAJE

Cámara de origen: SENADO

Inicio de tramitación: 04 de noviembre de 2014

Urgencia: SIMPLE

Trámite Constitucional: PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL

Idea Matriz: El proyecto de ley tiene por objeto modificar la ley n° 18314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, además de modificar el código penal, al incorporar un nuevo numeral 14° en el artículo 10 del referido cuerpo normativo, que dice relación con las eximentes de responsabilidad criminal. En ese sentido, el proyecto busca liberar de responsabilidad a los agentes encubiertos o reveladores en las circunstancias que se describen. A su vez, el proyecto busca incorporar un nuevo párrafo 4° al Título I del Libro II del Código Procesal Penal, denominado “Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos organizados o complejos”. Por último, el proyecto, aprobado en general en el Senado, busca derogar los artículos 22 a 40 de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

ANTECEDENTES GENERALES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS TERRORISTAS EN CHILE

La Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, más conocida como “Ley antiterrorista”, es una ley que tiene por objeto tipificar conductas o [delitos terroristas](#) y establecer [penas](#) más gravosas que los delitos comunes. Fue aprobada por la [Junta Militar de Gobierno](#) y [promulgada](#) por [Augusto Pinochet](#) el 16 de mayo de [1984](#), siendo [publicada](#) en el [Diario Oficial](#) el 17 de mayo del mismo año. Ha sido objeto de reformas parciales en 1991, 2002, 2003, 2005, 2010, y 2011.

El presente documento tiene por objeto brindar los lineamientos generales del proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los códigos penal y procesal penal (Boletín 9.692-07).

El tratamiento del terrorismo en el ámbito del derecho penal ha sido diverso. Hay quienes consideran que los tipos penales que caben dentro que pudieran denominarse terroristas, merecen un tratamiento como delito común. Otros en tanto, lo consideran un delito sui generis, o bien en algunos casos, como una agravante genérica de responsabilidad penal.

Así mismo, la regulación legal de tales conductas históricamente ha obedecido a

modelos objetivos, donde se hace hincapié en la organización terrorista, a modelos subjetivos, donde se toma más en consideración la finalidad perseguida por la organización o sus integrantes. Así mismo, también se le ha dado un tratamiento mixto, mezclando ambos modelos.

El caso chileno obedece a un modelo subjetivo, pues la actual legislación en la materia, se hace referencia a la finalidad con que se lleven a cabo las conductas.

Corresponde en primer término que nos hagamos cargo de ciertas cuestiones conceptuales sobre el terrorismo.

Un concepto relativamente aceptado de terrorismo, recoge los siguientes elementos: “el terrorismo es tanto una doctrina cuanto una práctica; se da en contextos de represión estatal ilegal, producto de agitación política por parte de actores no estatales y como táctica de guerra irregular empleada por Estados y por actores no estatales; usa la violencia o amenaza con usarla; busca imponer demandas a grupos o gobiernos así como obtener legitimidad frente a determinados grupos; infunde temor entre aquellos que se identifican con las víctimas directas; las víctimas directas suelen ser civiles, no combatientes o personas fuera de combate; se aprovechan los medios de comunicación masiva para difundir el mensaje de temor; los perpetradores pueden ser individuos o grupos organizados; es un fenómeno predominantemente político; la intención es aterrorizar para conseguir fines; las motivaciones son variadas; y las causas del terrorismo son diversas, tales como venganza, castigo, revolución, liberación nacional, causas ideológicas, etc.”.

La académica Myrna Villegas, en tanto, nos entrega los contenidos esenciales que los tipos penales de carácter terrorista reúnen:

a) Es un acto político, en sentido amplio, pues pretende atentar contra la seguridad de los Estados (terrorismo internacional) o contra el orden constitucional de los Estados (terrorismo interno).

b) Finalidad intimidatoria (contra una población o a un sector de ella), la que se presenta en algunas definiciones como el *modus operandi* para alcanzar una finalidad política. En otras definiciones aparece como fin inmediato de la actividad terrorista.

c) Finalidad coactiva (obligar a un gobierno u organización internacional para que haga o deje de hacer algo), la que se presenta alternativamente a la intimidación.

d) Debe tratarse de conductas de cierta gravedad: causar muerte o lesiones graves, o tratándose de ataque a la propiedad, debe causar un daño de grandes proporciones, en propiedades públicas o privadas que cumplen una función social (instalaciones de infraestructura).

e) En la mayoría de las legislaciones se alude a violaciones graves a los derechos fundamentales.

f) Destaca el elemento organizacional, esto es, el terrorismo es llevado a cabo por organizaciones terroristas.

Es así como la idea de terrorismo en cuanto estrategia de dominación ha superado la noción de terrorismo como simple método de acción criminal, reconociéndolo como violencia política ilegítima sistemática, capaz de generar un efecto comunicativo en sus destinatarios mediante el recurso a la intimidación, para alcanzar fines políticos.

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley, cuyo texto ha sido aprobado en general por el Senado, cuenta con un total

de 12 artículos, de los cuales, los primeros 9 se encargan de determinar las conductas terroristas y establecer su penalidad. Su artículo 10, en tanto, establece una modificación al Código Penal, en el sentido de incorporar una nueva circunstancia eximente de responsabilidad criminal (14ª), relativa al actuar de los agentes encubiertos o reveladores. En su artículo 11, en tanto, el proyecto incorpora un nuevo párrafo 4º al Título I del Libro II del Código Procesal Penal, pasando el actual párrafo 4º a ser 5º y el resto a asumir su ordenación ordinal correlativa.

Este nuevo párrafo 4º, denominado “Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos organizados o complejos”, incorpora veintidós artículos nuevos al Código Procesal Penal, que inician con el Artículo 226 A, sucesivamente hasta el Artículo 226 U.

Este nuevo párrafo es el corazón de la reforma que plantea el proyecto, y adecúa la actual legislación de conductas terroristas vertidas en la ley n° 18.314, a la etapa de investigación incluida en el Título I del Libro II del Código Procesal Penal, entre los artículos 166 a 258 incluidos.

Como ya sabemos, la etapa de investigación de un delito corresponde exclusivamente al Ministerio Público.

Es en efecto esa entidad la encargada de investigar la comisión de los hechos que revistan caracteres de delito y la intervención en ellos de determinada persona en calidad de autor, cómplice o encubridor responsable.

Así, el proceso penal contiene una fase de investigación, a cargo del Ministerio Público, con la intervención del Juez de Garantía, y una etapa judicial donde, además del ya mencionado Juzgado de Garantía, también interviene el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Es en la etapa de investigación en donde el mayor flujo de los casos que conoce el sistema se concentra y es donde la mayoría de los mismos deberán encontrar alguna respuesta o salida. Es también en esta etapa donde se definirá buena parte del éxito de los casos que vayan al juicio oral por medio de las investigaciones realizadas por la policía y el Ministerio Público. En fin, es en esta etapa en donde los tribunales deberán ejercer un control intenso para evitar que la actividad policial y del Ministerio Público exceda los marcos admitidos por nuestro sistema legal.

El proyecto de ley, en su contenido más esencial, viene a establecer, en cierta medida, un formato propio para llevar adelante la etapa de investigación en un proceso penal, cuando se trate de hechos que revistan caracteres de conducta terrorista en los términos de la actual legislación.

Este nuevo párrafo 4º incorpora los siguientes tópicos: Señala su ámbito de aplicación; la utilización de medios de prueba; los plazos de investigación; el secreto de la investigación; El registro de declaraciones y actuaciones secretas; la colaboración con el Ministerio Público por parte de los Notarios, Conservadores de Bienes Raíces y Archiveros Judiciales; sobre las medidas intrusivas relativas a las comunicaciones; señala los conceptos de “Agente Encubierto” y “Agente Revelador”, encargándose además de establecer la penalidad por el uso malicioso de esta función, tanto por quienes actúan como tales, como así mismo respecto de los funcionarios públicos que colaboraren en el uso malicioso de estas dos funciones. También se hace cargo el proyecto de la declaración judicial de los agentes encubiertos y reveladores; también se aborda el tema de los exámenes corporales en el control de ingreso al país; sobre las medidas anteriores a la formalización de la investigación sin conocimiento del afectado; del plazo especial de la formalización de la investigación tras la detención; sobre las medidas especiales en prisión preventiva y su revisión especial; sobre la protección de los testigos y peritos por parte del Ministerio Público y sus medidas de protección

adicionales; sobre el derecho de defensa durante el juzgamiento, muy de la mano con la prohibición de métodos ilegales en el curso y desarrollo de las diligencias de investigación; sobre las actuaciones en el extranjero y la cooperación internacional; Por último, el proyecto, en este punto, aborda la temática del desistimiento y cooperación eficaz de quien formara parte de una asociación criminal de carácter terrorista, o de quien actúe conjuntamente con otros, eximiéndole de responsabilidad criminal, o bien constituyéndose como una circunstancia atenuante, según sea el caso.

Por último, en su artículo 12 el proyecto de ley deroga los artículos 22 a 40 de la Ley 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pues el nuevo párrafo 4º anteriormente descrito hace aplicables todos los tópicos señalados a la legislación en materia de delitos contenidos en la mencionada ley.

OBSERVACIONES Y CONSIDERACIONES AL PROYECTO

El proyecto de ley regula el tema del terrorismo siguiendo un modelo objetivo y subjetivo, combinando elementos estructurales relativos a la organización terrorista, con elementos subjetivos relativos a una determinada finalidad.

En este modelo de tratamiento, podemos ubicar este proyecto de ley que pretende reformar la ley de conductas terroristas en Chile, que cambia por completo el tipo penal pretendiendo emular el modelo de delito de organización. Para lo cual define terrorismo en base a dos elementos, estructural y teleológico. Los concretos delitos que se someten deben ser ejecutados por quienes pertenecen a una organización criminal. Ésta se define en base a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, la división de tareas o funciones, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Se castiga la pertenencia activa, la dirección en la organización, así como a todo aquel que haya tomado parte o ejecutado alguno de los delitos que describe la ley y hubiere adherido positivamente a los propósitos de la organización. La adhesión, puede consistir en “cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita”, y exteriorizarse por cualquier medio: telefónico, electrónico o en redes sociales.

Sugiere entonces que bastaría un “me gusta” en Facebook. Inexplicablemente la propuesta incluye también la figura del “terrorismo individual”, aplicándole la misma pena que para el integrante. Todo lo cual contribuye a banalizar el concepto de terrorismo, a la vez que produce un efecto criminógeno pues si la pena es la misma para el que actúa organizado que para el solitario, el terrorista preferirá organizarse para facilitar la ejecución, incrementándose así el riesgo para el bien jurídico protegido.

En cuanto a la finalidad terrorista, ésta puede consistir indistintamente en socavar o destruir el orden constitucional democrático, alterar el orden público, imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad política, o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de derechos fundamentales. En ese sentido, el tipo penal, contra las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es más amplio que el actual (que se construye solo en base a la finalidad de causar temor), y repite el mismo error al contemplar finalidades que si bien pueden ser un efecto de la actividad terrorista, no permiten respetar el principio de taxatividad y certeza. Se confunde el bien jurídico protegido en un delito de terrorismo, el orden constitucional de un Estado constitucional de derecho, con bienes jurídicos resguardados por otra clase de delitos que dicen relación con el orden y la tranquilidad pública. En este último punto preocupa que cualquier asociación que pudiera convertirse en terrorista por el hecho de atentar contra el orden público, así como la dificultad

para deslindar el terrorismo de la violencia social, o la violencia política no organizada, por cuanto dentro del catálogo están los desórdenes públicos del art. 6 de la Ley n° 12.927 sobre seguridad del Estado. Así, bastaría que un estudiante causara dichos desórdenes con la finalidad de arrancar una decisión a la autoridad política educacional, para que automáticamente pasara a ser considerado un delito de terrorismo.

De todas formas, debe reconocerse un acierto en la inclusión de la figura de apremios ilegítimos cometidos por funcionario público, la desaparición de los delitos de incendio en propiedad privada que no cumple una función social, y la incorporación de una disposición expresa para castigar a la asociación criminal conformada para cometer genocidio o crímenes de Estado.

Por otro lado, considerando las reformas que el proyecto plante a los Códigos Penal, y especialmente Procesal Penal, recogemos lo señalado por Raúl Carnevali, para referirnos al especial tratamiento de las conductas terroristas: “(...) existe el consenso que estos desafíos los podemos enfrentar con las armas del Derecho penal y que éstas pueden ser eficaces. La cuestión es cómo lograr el debido equilibrio a través de la flexibilización de determinadas reglas, sin que, por otro lado, ello suponga exacerbar las medidas preventivas de orden policial o en propuestas puramente asegurativas.”.

La tarea no es sencilla pero es irrenunciable.

**PROGRAMA DE ASESORÍA LEGISLATIVA
SENADO**

PROYECTO DE LEY: Que modifica la Ley General de Telecomunicaciones n° 18.168, con el objeto de establecer a las empresas de servicios de telecomunicaciones la carga de identificación y retiro de redes de conexión en caso de desuso u obsolescencia.

CONSIDERACIONES PREVIAS

1. La gran cantidad de cables en desuso distribuidos a lo largo del país, se ha transformado en una de las principales demandas de los ciudadanos ya que, además de la contaminación visual y el daño estético que produce a la ciudad, en el último tiempo se han generado una serie de situaciones derivadas de éstos como, por ejemplo, siniestros o caídas de postes, afectando directamente a la comunidad.
2. Debido a lo anterior, los municipios se han hecho cargo de la problemática implementado programas de retiro de estos cables, sin embargo, resulta necesario que las empresas que instalan en una primera instancia estos cables sean quienes se hagan cargo de su retiro.
3. Además, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y empresas proveedoras de los servicios de telefonía, TV de pago e Internet durante estos últimos cuatro han llevado a cabo el “Plan de retiro de cables en desuso”, buscando resolver la problemática, sin resultados positivos.
- 4.- Por las razones previamente esgrimidas, resulta fundamental imponer como carga y obligación de las empresas de telecomunicación el hecho de que las redes de conexión se encuentren exhaustivamente diferenciadas de las de tendido eléctrico, además de realizar todas las gestiones necesarias en cuanto a su retiro cuando éstas se hallen en desuso u obsolescencia tecnológica debido a los adelantos en la industria telefónica, o de internet, y de las comunicaciones en general.
5. La Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, en su título III, denominado “De la explotación y funcionamiento de los servicios de Telecomunicaciones y de los Aportes de Financiamiento Reembolsables, establece la normativa general relativa a las labores que, en general, deben desarrollar estas empresas. Sin embargo, dicha normativa no cumple actualmente con el deber informativo y diferenciador que debiera existir respecto del sistema de redes de conexión telefónica, de internet y televisión respecto del tendido eléctrico. Tampoco hace mención alguna al organismo que debe asumir la responsabilidad de su retiro cuando estos ya se encuentran en desuso o se encuentran obsoletos.
Es por eso que vengo en proponer el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones n°18168, en la forma que se señala:

A.- En su artículo 24, letra B), reemplácese la letra “y” después de la palabra “gestión” por una coma “,” incorporándose además la siguiente frase a continuación de la misma y después

de la palabra “mantención” en los siguientes términos: identificación y retiro de redes de conexión en caso de desuso u obsolescencia”.

B.- En su artículo 24 bis, inciso sexto, luego del punto seguido tras la frase “las modificaciones que sean necesarias para conectar a los concesionarios de servicios intermedios de larga distancia internacional que lo soliciten”, y antes de la oración “Las tarifas que podrán cobrar (...)”, incorpórese lo siguiente: “Así mismo, deberá efectuar a su costa, el retiro por desuso u obsolescencia”.

C.- En su artículo 24 bis, inciso octavo, incorpórese después de la coma “,” que sigue a la expresión “servicios de larga distancia internacional” y antes de la frase “en términos no discriminatorios”, la expresión “así como su retiro por desuso u obsolescencia”.

D.- En su artículo 24 B, incorpórese la siguiente frase tras el punto aparte del inciso segundo, que pasa a ser seguido en los siguientes términos: “Estarán obligados, además, en este proceso, a informar del retiro de aquellas redes de conexión que se encuentren en desuso u obsolescencia.

E.- En su artículo 24 H, incorpórese la siguiente letra e): “Deberán además, a cuenta suya, encargarse de la identificación exhaustiva y clara de las redes de conexión y retiro de éstas cuando crucen el tendido público, en caso de desuso u obsolescencia.”.

F.- En su artículo 25, incorpórese el siguiente inciso segundo, pasando el actual a ser tercero en los siguientes términos: “Será obligación y carga de éstos concesionarios permitir la identificación clara y precisa de las redes de conexión de a los suscriptores y usuarios de servicios públicos de telecomunicación.”.

G.- En su artículo 27, incorpórese después del punto aparte del inciso primero, que pasa a ser seguido, la siguiente frase: “Pero tendrán la obligación de retirar, a su cargo, las redes de conexión en caso de desuso u obsolescencia.”.