



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Samantha Morán Tapia

Profesor Guía:

Dr. Iur. Eduardo Caamaño Rojo

Año 2007

INTRODUCCIÓN

Las transformaciones que experimenta el mundo moderno ponen cada día de manifiesto la necesaria evolución de los esquemas y fundamentos sociales. En este contexto, las ciencias jurídicas juegan un papel preponderante, en la medida que son ellas las encargadas de regular la convivencia humana dentro de una sociedad que aspira a la organización plena, con la consecuente característica de desear un progreso constante en materias que beneficien a la ciudadanía.

Así, cada una de las ramas jurídicas pretenden regular distintos aspectos de la convivencia societaria asumiendo las diversas problemáticas que se generan en cada uno de sus ámbitos, generando las regulaciones específicas que permitan mandar, prohibir o permitir las diversas conductas del ser humano en interacción social. Con toda seguridad, una de las más importantes aristas se manifiesta en el mundo laboral, aquella esfera de convivencia social que debe ser regulada bajo los más altos principios de dignidad y ecuanimidad. El derecho del trabajo, desde sus orígenes y hasta nuestros días, pretende regular y sopesar aquella intrínseca situación de desigualdad en la relación que une al trabajador y su empleador, debiendo por tanto, procurar la equidad y, sobre todo, la protección de la parte más débil, el trabajador.

Esta función específica del derecho del trabajo supone cada día mayores complicaciones, toda vez que los intereses particulares se contraponen con mayor medida, dentro de la evolución económica de cada sociedad. Sabemos que el derecho del trabajo es un derecho dinámico que se encuentra en constante movimiento, debido por un lado, a las nuevas figuras que se van generando en el mundo de las relaciones de trabajo, así como por el reconocimiento específico que se ha venido realizando de los derechos fundamentales que hoy se ven aproximados e incorporados a la relación laboral. Estos derechos, involucran la protección de los más altos bienes jurídicos que las regulaciones particulares de cada país así como los tratados internacionales han plasmado como manifestación necesaria de la dignidad humana, existiendo coincidencia universal respecto a su importancia y alcance. Es por ello, que la concepción actual respecto a la prolongación de los derechos fundamentales, como es el derecho a la intimidad, en la relación jurídica laboral, no admite duda alguna.

En este escenario de regulación y protección de los diversos ámbitos que se manifiestan en la relación laboral, es donde cobra importancia la labor del operador jurídico, quien se encuentra en la necesidad y obligación de desarrollar el contenido de los nuevos temas que nacen a la vida práctica del derecho, como es aquel que motiva la elaboración de este trabajo: *"El derecho a la intimidad de los trabajadores"*.

Encontramos por una parte, los intereses del empresario al pleno ejercicio de su legítimo poder de dirección y conducción de su actividad empresarial y, por otra parte, los intereses

del trabajador orientados a ejercer su labor en las mejores condiciones de remuneración y dentro de un ambiente laboral óptimo, atendida su dignidad como persona y el hecho de no constituir un mero elemento productivo. Todo lo anterior, en armonía con la protección de los derechos y garantías que para ambas partes, la propia Constitución Política de la República plasma y extiende a la relación jurídica laboral.

Las máximas en esta materia nos hacen comprender y reconocer la existencia de un trabajador ciudadano que cuando ingresa a prestar labores bajo vínculo de subordinación o dependencia no lo hace desprovisto de los derechos que lo amparan como ciudadano, sino por el contrario, estos se ven manifestados en la relación de trabajo, existiendo actualmente en la mayoría de los sistemas jurídicos comparados, así como en nuestro país, un reconocimiento explícito dentro del ordenamiento laboral al *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

Este tema se manifiesta del todo complejo en la práctica, debido a que por un lado encontramos al trabajador como ciudadano que goza de un sustrato de derechos y obligaciones que rigen la relación laboral y, por otro lado se encuentra el empleador ejerciendo labores de control y dirección empresarial, las cuales en muchos casos podrán extremarse, así como en otros disminuirse, bajo el alero de la sobreprotección laboral.

Como se ha mencionado, nuestro país no se ha encontrado exento del análisis y consagración de los derechos fundamentales del trabajador, en especial del derecho a la intimidad. Recogiendo la necesidad de regular este tema, bajo el importante alero de la labor de interpretación y alcance que ha efectuado la Dirección del Trabajo, generando una gran cantidad de jurisprudencia administrativa respecto a esta temática, se produce la consagración normativa del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, por medio de la dictación de la Ley 19.759 de 2001, en que se incorpora el inciso primero del artículo 5° de nuestro Código del Trabajo, retrasando el legislador la formulación efectiva de mecanismos de protección adecuados para el referido derecho a la Ley 20.087 de 2006.

Ante el mencionado escenario normativo nace la inquietud de generar este trabajo, pretendiendo por medio de él responder innumerables interrogantes que se manifiestan en relación al *derecho a la intimidad de los trabajadores*. Para ello, realizamos un análisis

pormenorizados de las diversas aristas que podemos encontrar respecto a esta temática, iniciamos nuestro estudio en su primer capítulo analizando los cimientos doctrinales que permiten hablar de intimidad, para ello expondremos el estudio de su concepto, para posteriormente conocer el contenido y el fundamento de existencia del referido derecho en su proyección general, como derecho fundamental reconocido a todo ciudadano.

En el segundo capítulo ahondaremos en el derecho a la intimidad en su consagración constitucional, para posteriormente pretender responder la interrogante, del porque de su consagración dentro del ámbito jurídico laboral. Habiendo contestado aquella interrogante analizaremos el *derecho a la intimidad de los trabajadores* en su consagración positiva en nuestro Código del Trabajo, exponiendo conceptos de fundamental importancia doctrinal como son el de ciudadanía en la empresa y los derechos constitucionales laborales inespecíficos, los cuales le entregan fisonomía y soporte al derecho a la intimidad dentro de la regulación del trabajo.

Sobre el firme escenario de los conceptos que sirven de base a nuestro estudio, así como su consagración positiva, nos trasladaremos en el tercer capítulo al mundo práctico, analizando de manera pormenorizada las diversas situaciones que dan origen a la colisión del *derecho a la intimidad de los trabajadores* con el poder de dirección empresarial como manifestación de los derechos fundamentales del empleador, situaciones que van a modo de ejemplo, desde la petición de un test de embarazo como requisito de postulación a un empleo determinado, hasta el manejo de datos personales del trabajador, asumiendo que existen y se seguirán generando una serie de otros puntos de colisión, destacamos que nuestra intención es avocarnos a aquellos de mayor importancia.

Con el fin de obtener un correcto análisis de estos casos prácticos, hemos indagado en las manifestaciones de aquellos en las legislaciones comparadas y en el ámbito nacional destacando dentro de este punto de vista la importante labor de orientación en los conceptos que ha efectuado la Dirección del Trabajo, organismo que por medio de sus dictámenes nos permite esclarecer los puntos de desencuentro y generar soluciones acordes. Lógicamente después de analizar las situaciones en que se ve vulnerado el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, la pregunta que nos surge es saber de que forma este derecho puede ser tutelado. Para responder aquella interrogante, realizamos una introspección en los diversos

mecanismos de protección existentes, encontrándonos con un escenario poco alentador ante la falta de acciones específicas en el ámbito jurídico laboral, es por ello que efectuamos un análisis de los diversos mecanismos que podrían de alguna manera entregar algún medio de protección de este derecho, sea en el ámbito administrativo a través de la acción de la Dirección del Trabajo, así como de aquellos propiamente jurisdiccionales en el área constitucional, como legal.

Este escenario poco alentador, sufrirá una transformación substancial a partir del primero de marzo de! año 2008, fecha en que entrarán en vigencia las últimas reformas laborales introducidas por la Ley 20.087 de 2006, destacando dentro de ellas la inclusión de la denominada acción de tutela laboral, que pretenderá zanjar con sus múltiples imperfecciones, el establecimiento definitivo de un mecanismo laboral de protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, dentro de otros derecho también protegidos. Por ello, nuestro trabajo finaliza con el análisis de dicha reforma laboral, ahondando en el contenido y procedimiento de dicha acción, entregando en último termino pautas de esclarecimiento y análisis, recogidas bajo el principio de la proporcionalidad, con el fin de solucionar los conflictos que se someterán al conocimiento de la justicia laboral toda vez que exista colisión entre el poder empresarial y el *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

Con todo, sabemos que el tema de este trabajo no se agota en lo aquí expuesto, reconociendo que se trata de una temática que encontrará una evolución vertiginosa, como reflejo de las transformaciones de las estructuras sociales y económicas, pero creemos firmemente que la consagración del *derecho a la intimidad de los trabajadores* dentro del ámbito jurídico laboral, así como sus eventuales mecanismos de protección, constituyen un gran avance en el reconocimiento de los principios que inspiran esta rama del derecho, esperando que este estudio sirva de base de análisis de este derecho, principalmente como difusor de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral.

CAPÍTULO I

APROXIMACIONES AL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. GENERALIDADES

Para el estudio que nos convoca resulta de absoluta necesidad desarrollar en primer término el contenido del derecho a la intimidad, como elemento fundante del trabajo que se expondrá, en la medida que este concepto constituye el pilar de la temática que analizaremos, lo anterior, asumiendo que el objetivo de este trabajo no se centra en este derecho en su proyección general, sino en su aplicación concreta en el área jurídico laboral. Es por ello, que a continuación se expondrán los elementos que por su especial relevancia se hacen indispensables para comprender la significación y contenido de la intimidad, en primer lugar como concepto y en segundo lugar lo analizaremos como derecho con un contenido delimitado y con ciertas razones jurídicas que hacen necesario su reconocimiento positivo. Buscando como fin último que los actores de la relación laboral conozcan del real contenido, sentido y alcance de los derechos que actualmente se ejercitan al interior de la fábrica, como es el derecho a la intimidad.

2. CONCEPTO DE INTIMIDAD

Comenzará este primer capítulo con una aproximación al derecho a la intimidad, por medio del desarrollo del concepto de intimidad mirado desde tres aspectos complementarios, primero realizaremos un análisis de la significación etimológica del concepto, para seguidamente revisar las manifestaciones tanto lingüísticas como doctrinales que se han venido sucediendo en busca del exacto contenido del término intimidad.

2.1 Definición Etimológica

En la base del estudio del concepto de intimidad debemos atender en primer término a los orígenes de dicho vocablo, tanto en nuestro lenguaje, como en otros idiomas; sin la intención en este primer punto de generar un estudio estrictamente legal, sino analizarlo desde el punto de vista general del lenguaje, para posteriormente realizar el análisis jurídico estricto.

Es por ello, que en una primera aproximación afirmamos que para poder comprender el verdadero significado o la esencia de un vocablo como es el de intimidad, resulta interesante y necesario conocer antes su origen etimológico. "Intimo" procede del término latino "intimus" que constituye una variación de la expresión "intumus", que a su vez es la forma superlativa del adverbio "intus", que significa dentro"¹. Es celebre la expresión de San Agustín de Hipona refiriéndose a dios, "intimior intimo meo" en sus Confesiones, "Dios es más íntimo que mi propia intimidad"; y que remite a lo más profundo de cada hombre para entender la esencia de la intimidad. Adviértase, después de practicada esta breve indicación etimológica, que con el vocablo intimidad se alude no sólo al carácter oculto o secreto de aquellas circunstancias que rodean la existencia del hombre sino que se refiere sobre todo a circunstancias internas, esenciales del individuo y que este mantiene como núcleo de su personalidad"².

Así, la sola descripción de las raíces lingüísticas del vocablo intimidad pone de manifiesto que dicho concepto reconoce una doble vertiente, la primera manifestada por aquel conjunto de información que el individuo pretende legítimamente sustraer del conocimiento de terceros en base al poder de autodeterminación del que goza por el solo hecho de ser un ente racional. Por lo tanto, podríamos hablar en este primer caso, de la manifestación externa de la intimidad. En segundo lugar, debemos distinguir lo íntimo como aquella característica de la esencialidad del ser, que va más al fondo de cualquier consideración con

¹ Blazques-Fraile, Agustín, Diccionario Latín Español, Barcelona, Sopena, 1967, p. 913.

² Herran Hortiz, Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", Editorial Dickinson, Madrid, España, 1998, p. 2.

respecto a terceros, se trataría de una condición situada en lo más interno de cada persona, diremos que se trata de una de las salas de mayor recogimiento del pensamiento humano, vale decir la proyección interna de la intimidad.

Al amparo de esta postura, las palabras del profesor Humberto Nogueira Alcalá, quien señala que “las acciones privadas internas están constituidas por los comportamientos o conductas íntimas o inmanentes que principian y concluyen en el sujeto que las realiza, no trascendiendo de este, comprendiendo los hechos realizados en absoluta privacidad o de los que nadie puede percatarse. Por su parte las acciones privadas externas son conducta que trascienden al sujeto que las realiza, siendo conocidas por los demás, pero que no afectan ni interesan al orden o a la moral pública (...)”³

2.2 Definiciones Lingüísticas

Tras haber analizado los orígenes del concepto de lo íntimo a la luz de la etimología, resulta indispensable ahondar en la prolongación que ha tenido este vocablo en nuestro idioma, para lograr tal objetivo hemos recurrido a las principales fuentes en esta materia. Para ello pasaremos a revisar la definición entregada por la Real Academia de la Lengua Española, quien define "intimidad" en un doble sentido, primero como aquella "amistad íntima" y en una segunda acepción como la "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia"⁴.

Ciertamente es la segunda acepción de este concepto la que más se ajusta al concepto de intimidad que pretende infundir a este trabajo, pues logra reconocer la esfera de hermetismo que rodea a la esencia de este término, y evoca nuevamente esta idea de la interioridad humana, que se caracteriza principalmente por la reserva, que en cada caso será

³ Nogueira Alcalá Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional”, Revista Ius et Praxis, año 7 N° 2, año 2001, edición electrónica, disponible en www.scielo.cl.

⁴ Real Academia de la Lengua Española, edición 2001, disponible en www.rae.es.

subjetivamente decidida por la persona. Todo lo anterior, sin desatender la falta de corrección en la definición expuesta, en la medida que ésta utiliza el mismo concepto que pretende significar.

Una segunda opinión lingüística la encontramos en el Diccionario Enciclopédico Larousse, donde se define la palabra intimidad en cuatro aspectos:

“1- Calidad de íntimo.

2- Sentimientos, pensamientos o hábitos propios.

3- Relación íntima entre personas.

4- Partes sexuales exteriores del cuerpo humano”⁵.

Una vez más, a partir de la definición situada en el numeral uno se advierte la incorrección de utilizar un vocablo que recurre a la misma idea de la que se pretende entregar una clara conceptualización; situación que nuevamente demuestra la dificultad de la significación de la palabra intimidad. Es así, como necesariamente debemos recurrir al significado de lo íntimo. Este término es definido en el mismo texto de la siguiente forma: "Dícese de lo más interior y profundo"⁶. Esta aclaración es de gran ayuda en la medida que logra esclarecer el término y nos da la razón en cuanto a que el concepto de intimidad se caracteriza por tratarse de un término que encuentra su significado en la interioridad del ser humano, en la esencialidad de cada persona; se trataría de un espacio de recogimiento y reflexión, que posteriormente se manifestará de manera cierta en la vida comunitaria de cada persona, libremente decidida.

La definición entregada por el número dos, arriba citada, vuelve también a la misma idea, refiriéndose a sentimientos, pensamientos o hábitos propios, decididos necesariamente por el ser humano, tras haber realizado un trabajo de introspección y reflexión. Los

⁵ El Pequeño Larousse Ilustrado, Diccionario Enciclopédico, edición 2002, p. 567.

⁶ Ibidem.

sentimientos, pensamientos y hábitos son fruto del desarrollo humano que de acuerdo a las vivencias personales conformará su propia e individual forma de ser. Así mismo, la definición señala la palabra "propio" entregando de esa forma a este cúmulo de características personales, la virtud de ser decididas en forma personal, en pleno ejercicio de la libertad individual, y por sobre todo generando sobre ellas la propiedad de lo decidido, en ausencia de terceros, que por el hecho de ser propio es lícitamente defendido y sustraído del conocimiento de aquellos que cada quien decida.

Las definiciones de intimidad del Pequeño Larousse Ilustrado situadas en el número tres y cuatro, si bien corresponden a acepciones correctas y frecuentemente utilizadas, no son de directo aporte a la significación del concepto de intimidad que pretende servir de base a este estudio, pues se trataría del concepto de intimidad en otro orden de cosas, es por ello que no serán objeto de análisis en este apartado. Por otra parte, rescatando lógicamente que ambas significaciones siguen haciendo alusión a conceptos que encuentran su equivalente en lo más propio de cada individuo, como podría ser la amistad estrecha con una persona fruto de la más pronunciada confianza, manifestación pura de la individualidad y libertad de cada persona, y por otro lado aquellas partes sexuales del cuerpo, las que lógicamente evocan la idea de privacidad reclamada por las personas, así como la idea del pudor, entendido éste como aquel deseo más profundo del ser humano de que ciertas partes del cuerpo sean mantenidas bajo la mayor reserva.

Con el fin de precisar el concepto antes desarrollado, tomaremos la definición entregada por el profesor Humberto Nogueira Alcalá en torno a delimitar la intimidad como “el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual parece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana”⁷.

Si de provecho ha resultado el conocer las proyecciones del concepto de intimidad en nuestro idioma, será del todo enriquecedor conocer, además, las manifestaciones de este en

⁷ Nogueira Alcalá Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional”, ob. cit.

otros dos idiomas, que sin lugar a dudas se sitúan entre los de mayor importancia en el mundo actual, me refiero al inglés y el francés. Para esta labor nos remitiremos a la obra de Ana Isabel Herrán⁸, quien realizando un estudio sobre la violación de la intimidad en la protección de datos personales, aborda esta temática señalando que "en el mundo anglosajón, igualmente derivado del latín, "Intimity" e "intimacy" fueron en principio los vocablos que acogieron el significado que en nuestro idioma ha adoptado el "término intimidad". Sin embargo, en la actualidad, esas expresiones no se emplean para hacer referencia al ámbito o circunstancias excluidas del conocimiento ajeno, sino que el término que se ha impuesto definitivamente es "privacy", que si bien carece de expresión equivalente en lengua castellana son cada vez más numerosos los autores que la emplean para designar aquella faceta del ser humano que se mantiene alejada del público conocimiento".

Como justificación de lo anteriormente señalado se expondrán los significados de la palabra "privacy"⁹:

1- El estado o condición de estar apartado o retirado de la sociedad, de los otros; o del interés público, aislamiento.

2- Ausencia de difusión pública o exclusión".

Por otro lado, en la lengua francesa será la expresión "intimité"¹⁰, la que encuentra su equivalente en el término intimidad en nuestra lengua, vocablo que en el referido idioma se traduce en las siguientes acepciones:

⁸ Herrán Hortiz, Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", ob. cit., p. 3.

⁹The Oxford English Dictionary, vol.VIII, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 1388, en Herrán Hortiz, Ana Isabel, La violación de la intimidad en la protección de datos personales, ob. cit., p. 3.

1- Carácter íntimo, interior y profundo; lo que es interior.

2- Carácter estrecho y profundo (de un lazo).

3- La vida íntima, privada".

En este orden de cosas, resulta significativamente más desarrollada y completa la definición entregada por la lengua francesa en la medida que recoge ambos aspectos de la definición deseada del concepto de intimidad. Son ambas proyecciones, la manifestación interna (en el número uno) como la externa (en el número tres), las que recoge el concepto francés de intimidad, no remitiéndose solamente, como la hace la lengua anglosajona, al ámbito externo del concepto.

La lengua inglesa se refiere únicamente a aquella proyección de la intimidad en las relaciones con otras personas, en cuanto cada persona decidirá que aspecto de su personalidad y de sus actividades deben ser públicamente conocidos sea por todos como por unos pocos, descuidando la esencialidad del concepto de intimidad cual es constituir aquel espacio más profundo y privado en la interioridad del ser humano, espacio de recogimiento, reflexión y ensimismamiento, el único verdaderamente apto para la toma de decisiones internas.

2.3 Definiciones Doctrinales

Tanto la definición etimológica del concepto intimidad, como sus definiciones lingüísticas han sido del todo enriquecedoras en la búsqueda del exacto contenido y alcance de tal vocablo, tanto desde el punto de vista de su origen como de las distintas significaciones de este concepto en las principales lenguas. No obstante lo anterior, resulta de absoluta necesidad complementar el presente estudio, con las manifestaciones doctrinales que ha tenido el término "intimidad".

¹⁰ Obert, Paul, Dictionnaire alphabétique et analogique de la Langue Française, Paris, Société du Nouveau Littre, pp. 63-64.

Las principales corrientes doctrinales de una u otra forma han encontrado en su camino aquél fenómeno denominado intimidad, que genera en el hombre la necesidad imperiosa de encontrarse consigo mismo, buscando naturalmente para ello aquel espacio privado y profundo que entregue las condiciones adecuadas para lograr este entendimiento con su propia interioridad. Este fenómeno se manifiesta también en la vida societaria, y es así como cada persona estima que existen ciertas parcelas de su vida, pensamientos y actividades que deben permanecer sujetas al más estricto control personal y que sólo en base a su capacidad de autodeterminación podrán ser develadas a aquellos que ella libremente determine.

Para realizar un análisis sobre las diferentes tendencias doctrinales que se han manifestado en torno al concepto de intimidad, resulta del todo acertado, enfocarlo desde la perspectiva de su evolución histórica, pues bien sabemos que todas las corrientes de pensamiento encuentran su causa de origen y desaparición en los distintos acontecimientos históricos que las envuelven.

El desarrollo evolutivo del concepto de intimidad encuentra sus primeros albores ya en la Grecia clásica, caracterizada por aquella particular forma de vida en comunidad, la bien conocida polis griega. La ciudad estado, se caracterizaba por ser autónoma y autárquica, situación que se manifestaba en todos los ordenes de la vida: en el individual, familiar y comunitario, y era la propia polis griega el lugar propicio para el desarrollo del ser humano en todos sus aspectos, esto es, era la propia comunidad griega la que entregaba todas las condiciones suficientes para que cada persona explotara el máximo de sus potencialidades tanto intelectuales como físicas, todo ello en busca del valor supremo, cual era el bien común.

La idea anteriormente señalada, generaba que el concepto de intimidad tal como es entendido en nuestros días no tuviera asidero, pues el valor de la comunidad era tal, que el desarrollo de esferas de intimidad donde pudiera tener lugar la meditación, sólo se correspondía con la búsqueda de una vida interior plena, para de esta forma, alcanzar una relación absoluta con un ser divino, y no con el hecho de generar espacios ciertos de desarrollo interior en busca de fundamentos propios, ni con el hecho de reservar ciertos aspectos de la vida privada de cada persona al público conocimiento. "Es así, como en su

celebre conferencia, pronunciada en 1819 en el Ateneo de Paris y publicada luego con el título "La libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos", decía Benjamín Constant que, mientras los antiguos gozaban del derecho a intervenir en los asuntos públicos pero carecían de libertades en el orden individual, los modernos sin renunciar a las libertades políticas, ponemos todo el acento en las individualidades."Nuestra libertad (decía contundentemente) debe componerse del goce pacífico y de la independencia privada"¹¹.

Esta percepción del concepto de intimidad comienza poco a poco a desaparecer en la medida que avanzamos en su análisis histórico, para dar paso a la civilización romana que, como bien sabemos sienta las bases fundamentales en el origen y desarrollo del derecho, en el cual se reconoce ya más explícitamente la intimidad dentro de su catálogo de derechos, no directamente con este nombre, pero si en sus aspectos fundamentales. "En cierto modo, como recuerda Fariñas Matoni, los romanos admitían un "derecho de propiedad del yo", cuya manifestación principal se traducía en el reconocimiento de un respeto a la persona del prójimo, en cuyo mundo interior sólo se penetraba si la intensa vinculación de su propietario lo hacia aconsejable"¹².

Es justamente en este periodo histórico donde encontramos de forma más definida manifestaciones de reconocimiento jurídico de la intimidad, por ejemplo en cuanto a que la correspondencia y el domicilio eran bienes jurídicos dignos de protección, pero como bien señala Herrán Hortiz¹³, debemos hacer presente que los fundamentos de consagración

¹¹ Constant, Benjamín, "Sobre el espíritu de conquista", Madrid, 1988, Pág.75. Citado por García San Miguel Rodríguez- Arango, Luis, "Estudios sobre el derecho a la intimidad", editorial Tecnos, Madrid, España, 1992, p. 15.

¹² Fariñas Matoni, Luis M^a, "El derecho a la intimidad", Madrid, Trivium, 1983, Págs.288-289, citado por Herran Hortiz, Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", ob. cit., p. 5.

¹³ Herrán Hortiz, Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", ob. cit., p. 6.

jurídica de tales bienes no encuentra su fundamentación en la protección de la intimidad como derecho, sino que más bien se pensaba en la seguridad y el orden público. Asumiendo, no obstante, que el fundamento de protección a tales bienes no es el mismo que hoy, de igual forma resulta provechosa la referencia anterior en cuanto el sólo concepto de propiedad del yo, determina que existiría esta esfera de reserva en torno a la intimidad que tanto interesa delimitar a los estudiosos de todos los tiempos.

Por otra parte no cabe duda que los aportes que realiza la corriente de pensamiento cristiano, influyen contundentemente en la delimitación del concepto de intimidad, toda vez que varía el prisma bajo el cual es observado el fenómeno, sirviendo de base valores distintos, a los que hasta aquí pretendían servir de fundamento a la existencia humana.

"Fue el cristianismo el que sentó las bases de la intimidad, al promocionar la liberación de la persona, perfeccionando los conceptos de libertad y dignidad humana. El derecho a la soledad resulta así compatible con el trato, con las relaciones con los semejantes, siempre y cuando el individuo sepa volver a sí mismo su vida interior, si le interesa hacerlo así"¹⁴. De esta forma, la corriente cristiana pone el acento en la búsqueda de bienes inmateriales de la persona que contribuyan a su estabilidad interior, primando la reflexión y el crecimiento personal sobre la búsqueda de dominio material.

Situados en el mismo escenario histórico, encontramos a Santo Tomás de Aquino, quien reconoce una doble vertiente en cuanto a los bienes de que goza el ser humano, por un lado reconoce la existencia de bienes externos, como podrían ser la libertad, y por otro cree en la existencia de bienes que el denomina internos, y es dentro de este sustrato de derechos donde se sitúa el bien de la intimidad.

Avanzando en la línea de acontecimientos, entramos en la edad moderna, con sus consustanciales características de búsqueda del pleno desarrollo del hombre en todas las facetas de orden intelectual. Es así, como "a los pensadores de la edad moderna les

¹⁴ Romero Coloma, Aurelia María, "Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal", Editorial Colex, España, 1987, p. 31.

corresponde el mérito de superar toda concepción mística y religiosa de la intimidad. Centran sus reflexiones en vincular la necesidad de la vida interior con la "razón", considerada aquel elemento intelectual característico de la persona. Despierta en el hombre moderno un anhelo de afirmación de su intimidad, de reivindicación de su esencialidad individual que conduce a la creencia de que este ámbito de reserva personal debe protegerse de forma más eficaz por los ordenamientos jurídicos. La propia subjetividad del individuo, su naturaleza de ser intelectual se encuentra vinculada al respeto y reserva del mundo exterior de la persona; el conocimiento de si mismo, el disfrute íntimo de las experiencias, sentimientos o pensamientos constituye un bien irrenunciable del ser humano, que le impulsa en sus relaciones sociales, y le proporciona dominio de su esfera interna de actuación y reflexión"¹⁵.

Uno de los autores de mayor importancia en cuanto a los aportes que realizó en torno a la intimidad fue John Locke, quien desarrolla como núcleo de sus trabajos, estudios relativos al estado de naturaleza en que viven los hombres en ausencia de un pacto societario relativo a la creación de un estado de organización, estando a la base de sus trabajos, como concepto fundamental el de la libertad de cada individuo, entendida como proyección del concepto de propiedad, para este autor las razones de la creación y desarrollo de una sociedad civil que saque a los hombres del estado de naturaleza en que se encuentran, se justifica por la inseguridad que genera este estado de desorganización, asumiendo que este paso a la sociedad civil sólo se justifica en el goce pacífico de la libertad¹⁶. "Considera el citado autor que es preciso reconocer al individuo una esfera mínima de libertad personal,

¹⁵Herrán Hortiz Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", ob. cit., p. 6.

¹⁶ Para mayor detalle consultar la obra de John Locke, "Dos ensayos sobre el Gobierno Civil", Edición Joaquín Abellán, traducción Francisco Jiménez García, Editorial Espasa, segunda edición, Madrid, España, año 1997.

que no pueda ser invadida por nadie-"Libertad negativa"-, y de donde se deduce la delimitación de una frontera entre el ámbito de la vida privada y de la actividad pública"¹⁷.

En el avance histórico del concepto de intimidad, es indispensable ahondar en su estudio en los tiempos modernos, para ello debemos referirnos a dos publicaciones que fueron de fundamental importancia, en la medida que se corresponden con las primeras formulaciones jurídicas actuales del concepto de intimidad, la primera de ellas la encontramos en la "Harvard Law Review"¹⁸, y corresponde a una publicación del año 1890, "realizada por dos juristas norteamericanos: Warren y Brandeis, con el título "The right to privacy". Este artículo fue posiblemente el punto de arranque de la discusión teórica en torno a la intimidad, en cuyo desarrollo ulterior tuvo una gran influencia"¹⁹. Influencia que se vio fundamentada en que bajo el título "The right to privacy", se intentó indicar la existencia y desarrollo del concepto del "derecho a estar sólo", "to be let alone", el derecho a la soledad. "Sin embargo esta definición no parece cubrir todo lo que actualmente consideramos incluido en el ámbito de aquel derecho. Pensamos que nuestra intimidad viene agredida por escuchas telefónicas, fotos tomadas a distancia con teleobjetivos y uso indebido de datos informáticos, pese a que nada de ello comporta la presencia física de otras personas. Es decir, que aunque en muchos casos estemos literalmente solos, nuestra intimidad puede resultar dañada por manejos que se emprenden a distancia y, a menudo, sin que el interesado se entere de los mismos.

¹⁷ Herrán Hortiz Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", ob, cit, p. 8.

¹⁸ Brandeis y Warren, "The Righ to Privacy", en Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5, 1890, citado por Cerda Silva, Alberto, "Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos", Revista Chilena de Derecho informático, No. 3 Diciembre 2003, pp. 47-75, disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl.

¹⁹ García San Miguel Rodríguez Arango, Luis. "Estudios sobre el derecho a la intimidad", ob. cit., p. 16.

Por ello, algunos autores propusieron definiciones diferentes. Fried, en un trabajo de 1979 que lleva por título "*An anatomy of values*" define la intimidad como "control sobre la información que nos concierne", y Parker, en otro trabajo de 1974, con el título "*A definition of Privacy*", la define como "control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona"²⁰.

El segundo hito decisivo lo encontramos en una sentencia del Tribunal Supremo americano en el caso *New York Times contra Sullivan* en el año 1964. La materia principal de este litigio se centró en la difamación, generando una amplia discusión en torno a los elementos que deben ser considerados como no aptos para el público conocimiento, sentando de esta forma las bases en torno a este tema, proyectándose tales reflexiones en todo Estados Unidos, así como en el derecho occidental.

Sin lugar a dudas, el análisis evolutivo del concepto que sirve de base a este estudio encuentra sus primeras raíces en la doctrina comparada, infundiendo en todas sus formas nuestro ordenamiento. Podemos decir que "no existe en la actualidad polémica acerca de la definición de intimidad. Normalmente se la define a secas, sin por lo tanto una connotación jurídica, como aquella parte o ámbito de la vida de una persona que reviste el carácter de personalísima, y que esta persona desea mantener de su exclusivo conocimiento, o el de ciertas personas. La función de la intimidad es, por lo tanto, permitir a la persona reservar un ámbito de su vida para sí mismo -ser dejado tranquilo- con el fin de vivir de una manera grata, disfrutar de la vida, libre de perturbaciones o injerencias de terceros sobre sus hábitos

²⁰ El trabajo de Parker. *A definition of Privacy*, fue recogido y publicado por Burton M. Leiser. *Values in conflict, Liberty and the rule of Law*. Mac Millan, New York, 1981. La definición de Fried viene recogida por el propio Parker en aquel trabajo. Citado por García San miguel Rodríguez Arango, Luis. "Estudios sobre el derecho a la intimidad", ob. cit., p. 17.

y costumbres, sus actividades cotidianas, su reposo, su propio cuerpo, su imagen, en fin, sobre su persona toda"²¹.

Podemos decir, a modo de conclusión, que un concepto de intimidad que se ajuste de mejor manera a los nuevos tiempos, no solo puede referirse a aquello que los demás no puedan conocer, sino también a lo que pudiendo ser conocido, no deba ser divulgado indiscretamente. “Se trataría de un concepto capaz de proporcionar una tutela eficaz a las personas frente a los actos divulgatorios de cuanto les concierne, realizados abusivamente por otro individuo, siempre que lo revelado tenga carácter confidencial o se refiera a la intimidad de la vida privada”²².

De esta forma, hemos logrado ahondar en el fenómeno de la intimidad a lo largo de su evolución histórica, asumiendo lógicamente que son numerosos los hitos que no han sido desarrollados en este análisis, no por su falta de importancia, sino muy por el contrario entendiendo, que cada acontecimiento y evolución en una línea de pensamiento es reflejo de una situación histórica, en que cada uno de los exponentes pretende manifestar su visión respecto a un fenómeno. Se ha tratado de sistematizar de forma ejemplarizadora las principales corrientes evolutivas de tal concepto, sin pretender lograr una definición de la intimidad como fenómeno alejado de sus proyecciones jurídicas, hecho no menor, en la medida que las principales discusiones que se han venido sucediendo en torno a la conceptualización de la intimidad, han venido de la mano de la reflexión jurídico filosófica.

Cabe destacar en último término que si bien hemos recorrido una senda en la cual nos hemos encontrado con diversas conceptualizaciones del término intimidad, no debemos dejar de mencionar el hecho de que se trata de un concepto en constante evolución, debido

²¹ Ríos Labbé, Sebastian, “La Protección civil del derecho a la intimidad”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, año 2000, p. 3.

²² De Cupis., “I diritti della personalità” en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por Cicu, Vol. IV, editorial Giuffrè, Milán, 1959, p. 311.

fundamentalmente a que las injerencias que se produzcan en la vida privada de las personas pueden provenir de diverso ámbitos, situación que influye en el desarrollo conceptual. Hoy en día, sin lugar a dudas, las investigaciones relativas al tema han proliferado, teniendo como razón de fondo el avance del mundo moderno, fundamentalmente en el ámbito de la tecnología, el cual influye substancialmente en el área de las relaciones interpersonales, lo que ha generado nuevas formas de análisis ante las injerencias que se pudieren producir en la esfera de intimidad de cada quién, pues al parecer hoy la exposición de nuestras conductas privadas se encuentra altamente vulnerada, es por ello que debemos concluir que no existe un concepto estático referido al tema, sino más bien se trataría de un concepto en constante evolución, el cual se ira redefiniendo conforme al avance social.

3. DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad como es concebido en nuestros días se caracteriza por ser un derecho moderno, que encuentra sus raíces en la legislación anglosajona, y en concreto en la particular forma de distinción entre lo público y lo privado. Históricamente el derecho a la intimidad, encuentra sus primeras manifestaciones en los albores del siglo XIX, basado en una concepción puramente individualista y patrimonial, esto es, "un objeto más del goce pacífico entre las posesiones dominicales", lo que se conoció bajo el nombre de "Privacy-Property Right", por la pertenencia de la vida privada a su titular y consiguientemente, "la facultad de hacer públicas manifestaciones de esa esfera cuando aquél lo estime oportuno"²³. Se trataba ciertamente el derecho a la intimidad como una manifestación más del derecho de propiedad, se consideraba por lo tanto, que la vida privada de una persona era parte de aquel sustrato de bienes que se encuentran bajo el alero de su dominio particular, y en base a esta concepción, sería cada persona dueña de decidir que parte de su vida podía ser develada a otros en razón solamente de su pertenencia.

²³ Morales P, Fermín. "La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática", Editorial Destino S.A, España, 1984, p.18. Citado por Aravena Selman, Antonio y Concha Matus, Alejandro, "El derecho a la intimidad de las personas", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1995, p. 41.

"Esta idea de la "Privacy- Property Right" va a sufrir en la mitad del siglo XIX, una importante mutación. La generalización de la burguesía y su consolidación como clase social, van a hacer que la concepción de intimidad varíe, "extendiendo las condiciones e intereses de ésta a toda la sociedad, lo que en el terreno jurídico lleva a formulaciones con una vocación de universalidad. Se separa entonces propiedad de intimidad, fundamentándola en la propia calidad humana, en la propia personalidad de la persona". Bajo estas ideas el significado de la intimidad tiene necesariamente que variar; "ya no puede considerarse como algo perteneciente a una determinada clase social ni con un sentido patrimonial, sino que es algo inherente a la propia condición humana, el derecho que todos tienen de verse libres de ingerencias e intrusiones en su esfera privada"²⁴.

Será el propio desarrollo jurídico el que nos lleve a realizar necesariamente su inclusión dentro del catálogo de los derechos fundamentales, entendiendo por tales aquellos derechos "que el hombre tiene por su propia condición de hombre, son despliegue de su naturaleza, derivados de ella y por consiguiente anteriores al Estado. El derecho positivo solo se limita a reconocerlos, a reglamentarlos y a garantizarlos"²⁵.

Es así, como el derecho a la intimidad actualmente, "forma parte de nuestro derecho común, desde el momento en que podemos comprobar que ha sido reconocido universalmente como inherente al ser humano, tanto en el ámbito internacional, a través de los convenios aprobados y con vigencia actual en numerosos países, como en el interno de cada país, a través de su inserción en las Constituciones democráticas"²⁶. Debemos agregar

²⁴ Gomez Pavón, Pilar. "La intimidad como objeto de protección penal", Editorial Akal S.A, Madrid, 1989, Pág. 13. Citado por Aravena Selman, Antonio y Concha Matus, Alejandro, "El derecho a la intimidad de las personas", ob. cit., p. 42.

²⁵ Cruz Coke, Carlos. Manual de Educación Cívica, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago 2005, p. 98.

²⁶ Ortuzar Villarroel, Maria Carolina. "El nuevo concepto del derecho a la intimidad y su protección en la era tecnológica. Análisis crítico del proyecto chileno sobre protección a la

a su característica de ser un derecho fundamental, el tratarse de un derecho de la personalidad y como consecuencia de ello originario, esencial e inherente a todo individuo, posible de ejercitarlo erga homines, imprescriptible, extrapatrimonial e irrenunciable.

Tras haber analizado la inclusión y reconocimiento del derecho a la intimidad, el paso siguiente en la elaboración doctrinal ha sido entregar una clara delimitación en cuanto al concepto y contenido de este, constituyendo desde sus inicios para los juristas una dificultad en su elaboración. La primera formulación en este sentido es la que encontramos a cargo del juez Cooley quien definió el derecho a la intimidad como, "the right to be let alone", lo que podría traducirse literalmente como el derecho a ser dejado solo y tranquilo. "Conjuntamente con esta idea de aislamiento encontramos en la mayoría de las definiciones una referencia al derecho de exclusión, es decir, definir el concepto por oposición a aquello que los demás pueden legítimamente o no conocer sobre la persona"²⁷. Así para el francés Roger Nerson el derecho a la intimidad "es el derecho a tener un sector personal reservado, mediante el que es inaccesible al público sin la voluntad del interesado, lo que constituye lo esencial de su personalidad"²⁸.

"Piénsese que el derecho a la intimidad hace referencia al individuo como tal, en su más estricta individualidad frente al resto de las personas; se define como un derecho social por que defiende el ser interno del individuo, su esencia lo que le es más próximo. La consideración del derecho a la intimidad como derecho del individuo a decidir por sí mismo

vida privada", Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 1996, p. 10.

²⁷ Aravena Selman, Antonio y Concha Matus, Alejandro. "El derecho a la intimidad de las personas", ob. cit., p. 48.

²⁸ Nerson, Royer. "La protección de l'intimité", Journal des Tribunaux, 1959, pág 713, y en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1971. Citada por Aravena Selman, Antonio y Concha Matus, Alejandro, ob. cit., p. 48.

en que medida quiere compartir con otros sus pensamientos, sentimientos y los hechos de su vida personal, se presenta como consecuencia obligada de las afirmaciones anteriores"²⁹.

Ciertamente, esta latente la dificultad de una definición acertada y vasta sobre el derecho a la intimidad, sobre todo por la relatividad del concepto, variando su significación y contenido de acuerdo a los acontecimientos que rodean su desarrollo, así como la mentalidad de las personas que ejercitan tal derecho, por ello como medio de aportar nuevos antecedentes a esta labor es que a continuación ahondaremos en el contenido de este, así como en la razones que justifican su existencia y consagración positiva.

3.1. Fundamento o Justificación del Derecho

Cada vez que realizamos una reflexión jurídica en torno a un derecho, tratamos de comprender las razones que generan su reconocimiento normativo. Ciertamente se trata de un razonamiento que debemos realizar, observando y analizando la sociedad en su conjunto y la forma como se desarrolla dentro de ella, cada uno de sus componentes, generando la necesidad de entregar protección eficaz a un bien jurídico determinado. "Diremos por tanto que un derecho (como las normas que lo reconocen) se justifica por su utilidad, o, dicho de otro modo, por su capacidad para promover ciertos bienes básicos para los ciudadanos: la libertad, la igualdad, la seguridad y otros semejantes. Desde esta perspectiva, pudiera justificarse la intimidad como un medio para promover la libertad individual, aquello que Benjamín Constant llamó "El goce pacífico y la independencia privada". A eso mismo se refirió J. Stuart Mill, en *On Liberty*, cuando escribió que la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera"³⁰.

²⁹ Herrán Hortiz, Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", ob. cit, p. 28.

³⁰ García San Miguel Rodríguez Arango, Luis. Estudios sobre el derecho a la intimidad, ob. cit., pág. 18.

"La necesidad de intimidad es inherente a la persona humana ya que para que el hombre se desarrolle y gesticione su propia personalidad e identidad es menester que goce de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de la intromisión de extraños. Así pues, debemos entender que todos los seres humanos tenemos una vida "privada" conformada por aquella esfera que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y en donde en principio los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan, no son de su incumbencia, ni les afectan.

La necesidad de intimidad, podemos decir que es inherente a la persona humana y que el respeto a su vida privada, manteniendo alejadas injerencias no deseables e indiscreciones abusivas, permitirá que la personalidad del hombre se desarrolle libremente. De esta forma la protección a la vida privada se constituye en un criterio de carácter democrático de toda sociedad. Sin duda alguna, el respeto a la vida privada y a la intimidad, tanto personal como familiar se constituye en un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación así como para intentar subsanar los daños ocasionados"³¹.

Del análisis hasta aquí realizado, hemos constatado claramente que el derecho a la intimidad manifiesta marcados fundamentos valóricos, pues se trata de un derecho que encuentra su razón de ser en la dignidad humana. Y es desde esta perspectiva donde cobra su mayor importancia, pues cualquier estudio que se desarrolle en torno al tema debe profundizar en cual es la realidad actual que está viviendo este derecho, cuales son sus proyecciones más recientes, y de que forma es posible tutelar este derecho frente a las formas de agresión que experimente. Por ello creemos que la respuesta a las razones que justifican el reconocimiento de un derecho debemos buscarlas no solo en el origen del derecho en particular, sino también a la luz de sus actuales manifestaciones. Asumiendo la diversidad de aristas que proyecta el derecho objeto de este estudio, se considerará el

³¹ Cuauhtémoc M. De Dienhein Barriquete, "El derecho a la intimidad, al honor, y a la propia imagen". Disponible en www.tribunalmmm.gob.mx.

derecho a la intimidad dentro de un área específica que demandó su reconocimiento, cual es, el área jurídica laboral.

3.2. Contenido del derecho a la intimidad

Grandes dificultades se han ido materializando a lo largo de la evolución conceptual de la noción de intimidad, es por ello que la reflexión jurídica en torno a este derecho no sólo se ha centrado en entregar una clara definición respecto al concepto de intimidad, sino también ha ido siempre aparejada al intento por desarrollar claramente aquello que debe estar comprendido dentro de tal derecho.

Bien sabemos, que todo derecho goza de un contenido delimitado, lo cierto es que siempre han existido intentos por fijar límites conocidos y aplicables bajo criterios de igualdad, y cuando se trata de derechos humanos consagrados constitucionalmente esta tarea de delimitación del contenido esencial de un derecho adquiere un matiz de mayor complejidad. Lo anterior, en la medida que se trata de derechos que van más allá de consideraciones materiales, se trata de derechos que encuentran su sustento en la dignidad humana, por ello debemos ser en extremo precavidos a la hora de fijar sus límites toda vez que en muchas ocasiones estos deberán verse enfrentados ante otros derechos constitucionales que se manifiestan en el mismo escenario, siendo labor del interprete en este caso velar por la correcta aplicación del espíritu de los derechos que entran en pugna.

Muchos han sido los sistemas que se han tratado de adoptar para determinar el contenido del derecho a la intimidad. En los primeros intentos tradicionales de determinación de tal contenido, encontramos las clásicas teorías que parten de la base de fijar polos de distinción, estos polos serían el individuo por una parte y, por otra la sociedad, trazándose un tejido de ondas que giran en torno a un centro, con un cierto radio de extensión. Un buen expositor de esta corriente de teorías es Henrich Henkel quien distingue tres esferas: "la esfera privada en sentido estricto, esfera de la intimidad confidencial y la esfera del secreto. La primera sería la comprensiva de aquellos datos o noticias que su titular quiere que sean conocidas, de dominio público. La segunda estaría constituida por aquellas noticias de las que su titular hace partícipes a unos pocos de particular confianza (...).La tercera y última,

es aquella, en que se sitúan los eventos o noticias de los que se excluye a la totalidad de los individuos, ajenos a la titularidad de los mismos"³².

Por el contrario, para Novoa Monreal³³ no es de importancia la distinción entre esfera privada e íntima, pues él es partidario de considerarlo como sinónimo. "Lo que él sostiene es que este derecho comprendería dos aspectos diversos: uno, el de tener momentos de soledad, recogimiento o tranquilidad que no deben ser turbados por extraños (por ejemplo la persona puede buscar aislamiento o soledad para meditar, por descanso, para elaboración intelectual, etc.). Es según el propio autor el equivalente a la famosa definición del juez Cooley "*El derecho a ser dejado tranquilo*". El otro aspecto es el de mantener fuera del conocimiento de los demás o del público en general ciertos aspectos de su vida personal. Mientras el primero se le ataca mediante ruidos, hostigamientos, etc.; al segundo, por observación directa o cualquier otro método para conseguir la información de manera irregular"³⁴. Avanzando en el trabajo que han realizado los juristas en torno al contenido de el derecho a la intimidad, son tres los sistemas que se han venido desarrollando contemporáneamente que a juicio de García San Miguel Rodríguez Arango³⁵ podrían denominarse subjetivo, espacial y objetivo. El sistema subjetivo atiende a la calidad de las personas, distinguiendo entre cargo público, persona pública y persona privada. El primero es el servidor del estado, que ocupa un puesto político o trata de ocuparlo, la persona pública podría definirse como aquella persona que goza de notoriedad pública y como

³² Henkel, por Morales Prats, citado por Aravena Selman, Antonio y Concha Matus, Alejandro, "El derecho a la intimidad de las personas", ob. cit., p. 53.

³³ Novoa Monreal, Eduardo "La vida privada como bien jurídicamente protegido", citado por Aravena Selman, Antonio y Concha Matus, Alejandro, "El derecho a la intimidad de las personas", ob. cit., p. 54.

³⁴ Ibidem.

³⁵ García San Miguel Rodríguez Arango, Luis, Estudios sobre el derecho a la intimidad, ob. cit., p. 22.

consecuencia de ello sus actos son de público conocimiento e interés. Esta calidad puede ser permanente como ocasional, ejemplo de esta última es la persona que gana un juego de azar masivo, y por ello se vuelve circunstancialmente conocida. Por último la persona privada será aquella que sus pensamientos y acciones no gozan de interés público y por consiguiente manifiestan un carácter de mayor reserva.

Una propuesta para regular el derecho a la intimidad de cada una de estas categorías podría ser adoptar la consigna "el hombre público no tiene vida privada y el hombre privado no tiene vida pública". Ahora bien la idea de que el hombre público no tenga vida privada resulta inaceptable."Nos llevaría a admitir que todos los actos de su vida podrían ser conocidos y que, pongamos por cada caso, cualquiera podría entrar libremente en su vivienda cuando quisiera. Por otra parte, parece igualmente exagerado sentar el principio de que el ciudadano privado no tiene vida pública; lo que, por ejemplo, impediría informar acerca de como el profesor, el médico o el dentista realizan su trabajo. Por ello difícilmente nadie mantendrá principios tan radicales. Por otra parte, desde el momento en que reconocemos que el hombre público tiene vida privada (aunque sea poca) y que la persona privada tiene algún grado de vida pública, estamos poniendo en cuestión la distinción entre estos dos tipos de personas, pues habrá que concluir que todos somos, en cierto sentido, personas públicas y en otro, personas privadas"³⁶.

El segundo criterio denominado espacial hace coincidir los límites de la intimidad con los de la propiedad o control de espacios u objetos. Vale decir, aquellas acciones que se desarrollan dentro del hogar o en lugares reservados, serán de exclusivo dominio del individuo que las desarrolla y cualquier intromisión de terceros en aquellos lugares vulneraría el derecho y por el contrario, todas aquellas acciones que se realizan en sitios de libre acceso al público o de uso común carecerían del carácter de privado, y por lo tanto toda persona tendría la capacidad de conocer aspectos relevantes de tales conductas.

El tercer criterio es denominado objetivo, teniendo como característica fundamental la distinción entre conductas. "Conducta pública, sería según esto, la que la persona realiza al

³⁶ Ibidem.

servicio de los demás (tenga o no éxito en ello). Pública sería la actividad del ministro, en el ejercicio de su cargo y también la del banquero, el obispo, el profesor y el portero de la finca. Privado sería todo aquello que la persona realiza para satisfacer las necesidades propias, por tanto la comida, el vestido, el aseo, la relación entre amigos y con la pareja, etc. El criterio está en que la actividad realizada satisfaga necesidades propias o ajenas"³⁷.

Claro está que cualquier distinción o fijación de contenido que pretendamos realizar en relación el derecho a la intimidad en términos teóricos ya resulta del todo dificultoso, situación que se manifiesta con mayores luces cuando entramos al terreno de lo práctico, ya que en la mayoría de las ocasiones los contenidos teóricos y doctrinales ceden ante la aplicación concreta de las normas en la vida práctica jurídica. No podemos pretender pensar ni actuar de forma tajante ante derechos como el que nos convoca, pues tal como afirma Rodríguez Arango, todos en cierto modo somos personas públicas y privadas, que realizamos conductas que gozan de ambas características. Pero, sin lugar a dudas, debemos pretender establecer una cierta base sobre la cual comience la discusión en torno a lo que debe considerarse como íntimo. No toda conducta o pensamiento debe ser objeto de la discusión, asumiendo que el derecho a la intimidad goza de una doble vertiente, una primera, manifestada por su proyección interna, constituida por aquellos pensamientos deseos y reflexiones que se sitúan y desarrollan en lo más interno de cada ser. Debiera ser ésta vertiente la que no admita discusión en torno a su intromisión, pues cualquier atisbo de injerencia no consentida en este ámbito, sería ya una agresión a la intimidad, entendiendo que esta reflexión quizás no tendrá más aplicación que en el plano ético y moral, (sin desconocer su absoluta relevancia, en la medida que somos seres societarios y desde ese punto de vista la ética y la moral deben estar a la base de cualquier consideración).

Lo anterior, obedece a que el derecho no puede pretender regular pensamientos, sino que, como bien sabemos el derecho debe concentrarse en conductas que se materialicen externamente, por lo tanto, será en el aspecto externo de la intimidad, donde cobra mayor importancia el contenido del derecho a ésta, regulando aquellas conductas que se

³⁷ García San Miguel Rodríguez Arango, Luis. "Estudios sobre el derecho a la intimidad", ob. cit., p. 25.

manifiestan en la vida societaria que son efectiva y subjetivamente vulnerables; subjetivamente en la medida que cada persona es la que libremente debe decidir que aspectos de su vida podrán ser de público conocimiento y de que forma. Y es justamente aquí donde cobra importancia la labor del operador jurídico, analizando y determinando pautas para definir y regular aquel punto de tensión entre el derecho a la intimidad y otros derechos que entren en pugna con éste.

Todo lo anterior, nos lleva una vez más a comprender que se trata de reflexiones jurídicas cargadas de subjetividades, y por sobre todo, complejas que deberán ser analizadas a la luz de las circunstancias y el escenario en que se sitúen. Lo cierto, es que las sociedades y sus condiciones de desarrollo avanzan vertiginosamente, debiendo hacer constantemente frente a nuevas situaciones que ponen en jaque los parámetros y fundamentos tradicionales de análisis de los derechos que consagra cada ordenamiento, sobre todo, porque pareciera que muchas circunstancias a medida que avanzan los años se relativizan, ya sea por la falta de crítica ante las nuevas situaciones que se manifiestan, o porque los férreos modos de pensar y de valorar las circunstancias ceden ante intereses que parecen ser superiores.

Es por ello, que es de absoluta necesidad analizar una de las recientes proyecciones que ha manifestado el derecho a la intimidad en el ordenamiento nacional cual es el área laboral, para lo cual se analizará este derecho a la luz de un nuevo escenario, infundido por otros principios y por nuevas realidades, que nos permitirá someter a un estudio pormenorizado, sobre la base de lo ya analizado, *el derecho a la intimidad de los trabajadores*.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO JURÍDICO NACIONAL

1. GENERALIDADES

Tras haber analizado en el primer capítulo, los conceptos que sirven de base al tema central de este estudio, resulta menester orientar tales contenidos al objetivo que concretamente buscamos, su aplicación y reconocimiento positivo en el ámbito jurídico nacional y, más específicamente, en el área del derecho del trabajo.

Bien sabemos que el derecho se organiza jerárquicamente de forma piramidal, es por ello que el segundo capítulo lo iniciaremos desde la cúspide de nuestro sistema normativo; nuestra carta fundamental, exponiendo y analizando el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad, para posteriormente manifestar las razones que generan un reconocimiento específico del mencionado derecho en el ámbito jurídico laboral. Posteriormente, descenderemos en la pirámide normativa, llegando al estudio pormenorizado de la norma que en concreto consagra el *derecho a la intimidad de los trabajadores* en el Código del Trabajo.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad, supone como consecuencia lógica la elevación de este derecho a la más alta cúspide en la pirámide normativa jurídica de un país, lo que claramente encuentra su fundamento en la calificación del derecho a la intimidad en la categoría de derechos fundamentales. En general, los derechos fundamentales, podemos definirlos como aquel conjunto de derechos y libertades

inherentes al ser humano que han sido garantizados constitucionalmente a los ciudadanos en cuanto miembros de una sociedad organizada; estos derechos y libertades gozan de tal importancia debido a la coincidencia universal en torno a que ellos deben ser amparados y reconocidos a todo individuo sobre la base de su dignidad humana y en su calidad de parte integrante de un sistema universal de desarrollo social³⁸.

En este sentido, hacemos nuestra la opinión de María Carolina Ortuzar Villarroel³⁹, quien manifiesta que el derecho a la intimidad en nuestros días, ineludiblemente, forma parte de nuestro derecho común, en la medida que ha sido reconocido como inherente al ser humano, reconocimiento que se plasma de manera local por medio de la inserción de este derecho en las cartas fundamentales de la mayoría de los países del mundo, así como en el ámbito internacional, por medio de la discusión, análisis, y ratificación de diversos convenios y tratados internacionales en este sentido, a modo de ejemplo cabe mencionar La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

Teniendo como sustento la preocupación universal por la protección y promoción del derecho a la intimidad, comenzaremos el análisis de su consagración en nuestra Constitución Política de la República, no sin antes realizar una precisión que nos inquieta. Hasta aquí hemos venido refiriéndonos en términos explícitos al derecho a la intimidad, tal cual como lo consagra hoy en favor de los trabajadores nuestro Código del Trabajo. Lo cierto es que en el intento de recopilar información al respecto, nos hemos encontrado con

³⁸ Véase una panorámica general en Pérez Luño, Antonio, “Los derechos fundamentales”, Editorial Tecnos, Madrid, año 1986.

³⁹ Ortúzar Villarroel, María Carolina, “El Nuevo Concepto del Derecho a la Intimidad y su Protección en la Era Tecnológica”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 1995, p. 8.

que la mayoría de los estudiosos, a modo de ejemplo Enrique Evans de La Cuadra⁴⁰, denomina al artículo 19 número 4 de nuestra Constitución Política de la República, como "Derecho a la Privacidad". Como bien plantea Corral Talciani⁴¹, "se utiliza la expresión *privacidad*, por parecer más amplia que la palabra intimidad utilizada mayoritariamente por el ordenamiento jurídico español, aún cuando reconoce que el vocablo privacidad se trataría de un anglicismo poco ortodoxo".

Aceptaremos, por lo tanto, el referirnos al derecho a la privacidad, al realizar el análisis normativo constitucional, en la medida que comprendemos que en el ámbito jurídico laboral existe suficiente uniformidad de opiniones en cuanto a la similitud de significado de ambas denominaciones- dígase intimidad versus privacidad-. En este mismo sentido, el profesor Américo Plá Rodríguez⁴², en el marco de la realización del Tercer Congreso Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 1995, asevera que "Dentro de esa equivalencia, la mayoría de los países latinoamericanos prefieren la expresión derecho a la intimidad, mientras que otros dos países -Canadá y Estados Unidos- se inclinan por la palabra privacidad. Señalando en esta misma oportunidad, que cabe destacar el caso de Chile donde se usa mayoritariamente el término privacidad. En el único país latinoamericano donde parece adquirir cierta importancia la distinción entre ambas palabras es en el Brasil, ya que la Constitución de 1988 incluye sucesivamente los dos vocablos en una enumeración de derechos, lo que lleva a pensar que el constituyente

⁴⁰ Evans de la Cuadra, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", Editorial Jurídica, año 1999.

⁴¹ Véase una panorámica general en Corral Talciani, Hernán, "Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y fundamentos", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, año 2000 N°1, pp. 51-79 y "Configuración Jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, año 2000 N°2, pp. 331-355.

⁴² Plá Rodríguez, Américo, "Protección de la intimidad del trabajador: La situación en las Américas", Revista Internacional del Trabajo, 1995, vol. 114, núm 3, pp. 338.

mencionó ambas palabras como si fueran dos derechos distintos. Esto ha generado una polémica entre los autores de este país. Salvo esta última situación, debemos señalar que el tema terminológico no es importante, porque en todos los países se la da una significación similar".

2.1. Artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República.

Después de haber realizado esta precisión, en cuanto a la equivalencia en términos normativos de los vocablos intimidad y privacidad, expondremos el texto que consagra positivamente el derecho a la intimidad en nuestra carta fundamental:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N°4. El respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.

2.2. Análisis del Artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República.

Con el fin de referirnos al artículo 19 N° 4 en su tenor actual, es importante referirnos a las opiniones del profesor Alejandro Silva Bascuñan⁴³, quien jugó un rol preponderante en la formulación del precepto en comento. Es por ello que iniciaremos el análisis del articulado citando las palabras pronunciadas por él, en el seno de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución. Dice Silva que: "La sociedad influye enormemente y determina en muchos aspectos al individuo; todo lo cual hace que sea muy importante que ese proceso de penetración de la sociedad sobre el hombre tenga un límite que le permita a éste formar, consolidar y desarrollar su propia personalidad. (...) Si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo de progreso, algo de perfeccionamiento a la sociedad entera".

⁴³ Silva Bascuñan, Alejandro, Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 129, 12 de junio 1975.

Con el fin de generar un análisis del articulado, a continuación expondremos los diversos debates y conclusiones a que la doctrina a arribado, en el intento de realizar su correcta interpretación.

"El respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia."

"El respeto y la protección...":

El estudio pormenorizado de los derechos y garantías consagradas constitucionalmente, coincide en el sistema de abordar cada uno de ellos desde la perspectiva de su contenido y de la protección que pretende dispensar cada precepto. En el caso del derecho que nos convoca, resulta esta tarea con algún grado de complejidad, debido a que el panorama en cuanto a su redacción, contenido y alcance no es del todo claro. En primer lugar, encontramos en su redacción los términos respeto y protección, que a primera vista podrían parecer una redundancia, situación que no se repite en otro numeral del articulado.

Dentro de este marco, entendemos que ambos conceptos pretenden realizar funciones disímiles. Al hablar de *respeto*, nos referimos a una conducta u omisión no lesiva de tal derecho, que debe ser acatada y ejercitada por toda la sociedad. En cambio, si hablamos de deber de *protección* tanto de la vida privada, como de la honra de la persona afectada y de su familia, se trata de un deber impuesto al Estado, y será este como ente organizado quien deberá dispensar los mecanismos necesarios que hagan real y efectiva la protección de este derecho, generando los mecanismos administrativos y judiciales que lleven a cabo esta labor de amparo⁴⁴.

b) "...a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia."

⁴⁴ En este mismo sentido se manifiesta José Luis Cea Egaña y Hernán Corral Talciani, ver en Corral Talciani, Hernán, "El respeto y protección de la vida privada", trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación Fondecyt N°1.980.066 de 1998, sobre "El respeto a la vida privada ante el Derecho Civil".

Ciertamente al leer esta frase del precepto, la primera inquietud que surge es saber si nos encontramos ante un solo derecho protegido, o por el contrario si se trata de varios derechos tutelados y acumulados en una misma norma. De la simple lectura notamos claramente que nos encontramos ante un precepto que contiene a lo menos dos derechos perfectamente distinguibles, aunque en extremo relacionado. A saber, en primer lugar, el derecho al respeto y protección de la vida privada y en segundo lugar, el derecho al respeto y la protección de la honra.

Se trata de dos derechos estrechamente ligados, pero que a lo menos encuentran matices distintos en su aplicación. Al referirnos al concepto de vida privada, lo vinculamos directamente al término que se ha venido desarrollando en este trabajo, cual es el de "intimidad". A lo largo de este estudio hemos hecho símil el concepto de vida privada, con aquel ámbito interior del ser humano, así como también sus relaciones de mayor afecto y cercanía, vale decir familia inmediata y amigos íntimos. Desde esta perspectiva la regulación constitucional estaría encaminada en este sentido a la protección y al respeto de un íntimo espacio de recogimiento y reflexión de las personas, así como a sus vínculos afectuosos más cercanos.

Por otra parte, la protección a la honra parece estar situada en este numeral por su estrecha relación con la vida íntima de las personas, pues generalmente cualquier atentado a la vida privada de las personas, importa también un menoscabo a la honra de ellas, no obstante lo anterior, el constituyente hace gala en este precepto de una deficiente sistematización, pues reúne en un mismo número del artículo 19 dos garantías que son absolutamente diferentes y que por consiguiente sus espectros de aplicación, así como sus fundamentos, son del todo disímiles.

Al finalizar el inciso primero de este numeral, las dudas se plantean en torno a determinar si la protección que se extiende a la familia, se encuentra establecida en atención solo a la honra o del mismo modo debemos hacerla extensiva a la protección de la vida privada de ella. Lo cierto es que existen antecedentes explícitos en uno y otro sentido, pero en nuestra opinión los derechos y garantías constitucionales deben ser interpretados lo más extensivamente posible, en la medida que sus fines últimos están en la protección de la

dignidad humana y desde este punto de vista la frase "*de la persona y de su familia*", debiese ser complemento de los dos derechos que pretende respetar y proteger la norma.

En amparo de tal postura, podemos mencionar el documento denominado "Proposiciones e ideas precisas" redactados por la Comisión Constituyente⁴⁵, donde se lee lo siguiente: "La vida privada del ser, su vida familiar e íntima debe ser respetada por los demás. Toda injerencia que lesione este derecho debe ser sancionada. En los considerandos del Acta Constitucional N° 3, de 11 de septiembre de 1976, se habla del respeto a la vida privada de las personas y de sus familias, sin que ello sea óbice para que el texto de la garantía sea del mismo tenor que la disposición vigente. Finalmente a mayor abundamiento, en el informe del Consejo de Estado⁴⁶, aún cuando la redacción de dicho texto concuerda con el que resulto ser el definitivo, se invierten ambos términos en comento, garantizándose el derecho al honor y a la vida privada de la persona y de su familia.

De lo anteriormente expuesto, queda de absoluto manifiesto que la intención de la norma es hacer extensiva la protección a la familia tanto desde el punto de vista de la honra, como de la vida privada de la persona, sin establecer en ningún caso restricciones a algunos de los dos ámbitos de protección que la norma pretende tutelar⁴⁷.

⁴⁵ Revista Chilena de Derecho, Vol. 8, 1981, p. 189.

⁴⁶ Revista Chilena de Derecho, Vol. 8, 1981, ob. cit., p. 392.

⁴⁷ Resulta necesario destacar que la norma en comento fue modificada por medio de la Ley 20.050 Artículo 1 Número 10 letra b, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de agosto de 2005, dicha modificación alcanzó dos aspectos substanciales: El primero de ellos la eliminación de la noción "protección de la vida pública", que como se señaló durante la tramitación de dicha reforma constitucional, su exclusión se debe a que no resultaban claros sus alcances e interpretación por no tener parangón en el derecho constitucional comparado, ni en el derecho internacional de los derechos humanos, ni por ser una norma que manifieste alguna utilidad. En segundo lugar se elimina el inciso segundo de este articulado, el cual contemplaba la situación de que el atentado al derecho a la vida privada,

3. JUSTIFICACIÓN DE UN RECONOCIMIENTO ESPECÍFICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO JURÍDICO LABORAL

3.1. Teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

En el punto anterior de este trabajo dimos por establecida la existencia de un denominado derecho a la intimidad (o derecho a la privacidad, aludiendo a la precisión antes señalada), derecho que producto de la decantación histórica ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental, en la medida que ha sido reconocida su existencia y validada su protección, en razón de su importancia en la proyección de la dignidad humana. En este estado del reconocimiento nuestro país, en su desarrollo normativo jurídico ha tomado para sí, como tantas otras naciones, la necesidad de incorporar en su carta fundamental la protección del derecho a la intimidad dentro de las garantías constitucionales contempladas por el artículo 19 de este mismo cuerpo legal, desarrollándose desde entonces un nutrido sistema de estudio y aplicación sobre el particular.

El problema que en este punto se plantea, dice relación con la exigibilidad de las normas consagradas en la Constitución Política de la República, en cuanto a si la protección dispensada por nuestra carta fundamental se sitúa solo en la esfera de reclamación y protección ante actos que pudieran de cualquier forma empañar el libre ejercicio del catálogo de garantías y derechos contemplados, en la medida que estos hechos sean ejecutados por la acción del Estado o por el contrario se harían exigibles también en las relaciones entre privados.

La evolución histórica de este tema nos hace llegar a la conclusión que "el ámbito de acción de los derechos fundamentales, no sólo encuentra en la esfera de lo público su natural

pública o a la honra se ejerciera a través de un medio de comunicación, norma que se encontraba sobrepasada por las nuevas creaciones legales, fundamentalmente en lo que a Ley de Abusos de Publicidad se refiere.

desarrollo sino que se va trasladando al mundo privado, dentro del cual obviamente se encuentra la empresa. Esta idea, nace en el derecho alemán, particularmente en el Tribunal Constitucional, y ha sido conocida como la doctrina "Drittwirkung der Grundrechte" o de la "eficacia horizontal de los derechos fundamentales". "Esta corriente afirma que los derechos fundamentales rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino que en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado"⁴⁸. No será solo la actividad del Estado a través de sus autoridades, la que podrá poner en riesgo el legítimo disfrute de las libertades y garantías individuales, sino que estas podrán ser reclamadas respecto de cualquier persona que las amenace o perturbe, produciéndose de esta manera "una notoria evolución frente a la concepción tradicional del constitucionalismo liberal. Conforme a la cual, los derechos fundamentales son concebidos como medios de defensa frente al poder del Estado, en contraposición a un Estado absoluto, esto es, se entiende a los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes públicos"⁴⁹.

La aplicación concreta de esta teoría en nuestro país se ha recepcionado bajo la denominación de "principio de vinculación directa de la constitución", el que se puede definir como "La sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la constitución, se trataría de derechos de carácter absoluto en la medida que el respeto de ellos puede reclamarse indeterminadamente a cualquier persona o autoridad, o a

⁴⁸ Sáez Carlier, Felipe, "El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales al Interior de la Empresa en las Reformas Laborales", Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, Doctrina, estudios y comentarios, octubre de 2001.

⁴⁹ Caamaño Rojo, Eduardo, "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, Valparaíso, Chile, 2006, Semestre I, pp. 24 – 25.

la comunidad entera"⁵⁰. Esta teoría encuentra su fundamento directo en la Constitución Política de la República, al amparo de los artículos 6 y 20, estableciendo el primero de ellos, que los preceptos contenidos en nuestra carta fundamental obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, los cuales ciertamente deberán someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, así como a toda persona, organización o grupo, estableciendo así mismo que la infracción de esta norma genera las sanciones y responsabilidades que determine la ley, generando por su parte el artículo 20 el mecanismo procesal más relevante en materia de protección y reestablecimiento de los derechos y garantías constitucionales, como es el Recurso de Protección, sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante otras autoridades administrativas o tribunales que correspondan.

Es así, como podemos concluir que el derecho a la intimidad por tratarse de un derecho contemplado en nuestra carta fundamental, cada vez que se vea vulnerado, sin importar quien sea el agresor, podríamos reclamar ante los tribunales de justicia a fin de solicitar la reparación del daño causado o lograr su restablecimiento, en la medida que las normas contenidas en la Constitución Política de la República se encuentra amparada por el principio de vinculación directa de esta, por lo tanto, su exigibilidad no se verá en ningún caso condicionada a diferenciar quien ejerce la acción tendiente a la afectación del derecho. Nos constituiremos como sujeto de derecho protegido por la norma sea que la acción que vulnera nuestro derecho a la intimidad este siendo ejercida por agentes del Estado, como por particulares.

3.2. Derechos constitucionales laborales inespecíficos

Una vez sentada la existencia y validez en nuestro país de la denominada teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, afirmando que esta es perfectamente aplicable a la relación laboral, la pregunta siguiente es saber cuales derechos fundamentales son posibles de ejecutar al interior de la relación laboral, si se trata del catálogo antiguo de

⁵⁰ Véase una panorámica general en Verdugo, Derecho constitucional. Editorial Jurídica, 1997.

derechos propios de la relación laboral, o por el contrario encontramos la inclusión de otros derechos distintos a los reconocidos tradicionalmente.

Todo estudioso de la materia que pretenda referirse a los derechos constitucionales y su categorización en el ámbito laboral, debe necesariamente remitirse a la obra del profesor Manuel Carlos Palomeque López⁵¹, quien en su manual sobre Derecho del Trabajo sentó las bases sobre la teoría de los derechos constitucionales laborales inespecíficos. Es así como la propia Dirección del Trabajo en los dictámenes ordinarios que se han dictado sobre el tema, no deja de referirse a la teoría de Palomeque, a saber los dictámenes 2856/162 de 30 de agosto de 2002 y 2328/0130, de 19 de julio de 2002, ambos se fundan tanto en los conceptos de ciudadanía en la empresa, como en la teoría en comento.

"Lo primero que hay que decir es que en el ámbito general y en particular en el laboral, como bien recuerda el profesor Valdés Dal-Ré, "el reconocimiento por un texto normativo, preferentemente constitucional, de los derechos vinculados a la persona del trabajador, es desde luego, la condición necesaria para el disfrute de los mismos en el concreto ámbito de la empresa"⁵². Al respecto, en el caso de nuestro país, independientemente de si el constituyente hizo bien o mal su tarea o de su carga ideológica o de su legitimidad o de su insuficiencia –por cierto, que ello no quiere decir que se renuncie a la convicción de la necesidad de una adaptación y configuración del texto constitucional a un verdadero modelo democrático en lo que a las relaciones laborales se refiere"⁵³.

Lo cierto, es que la postura del profesor Palomeque, ante los derechos laborales de corte constitucional, es distinguir entre derechos constitucionales laborales específicos e

⁵¹ Palomeque López, Manuel Carlos. "Derecho del Trabajo". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., España, Año 1998.

⁵² Valdés Dal- Re, Fernando, "Poderes del empresario y poderes de la persona del trabajador", citado por Melis Valencia, Christian. "En torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales (Parte II)",ob., cit.

⁵³ Ibidem.

inespecíficos. Al referirse a derechos laborales de carácter específicos hablamos de aquellos que tienen su razón de ser exclusivamente en el ámbito de las relaciones laborales, de tal forma que no es posible ejercerlos en otro ámbito que no sea el de la relación de trabajo, por lo tanto se trata de derechos constitucionales específicamente laborales, cuyos titulares necesarios y exclusivos son el trabajador o el empleador (entiéndase también sus representantes), ejemplos de tales derechos en nuestro sistema son el derecho a negociar colectivamente y la libertad sindical.

Al mismo tiempo, existe otra clase de derechos que son los denominados laborales constitucionales inespecíficos, se trata de aquellos derechos de carácter constitucional que aún cuando son de aplicación general, vale decir a cualquier relación de derecho, son ejercidos no obstante, a ello, por los sujetos de la relación de trabajo, adquiriendo una dimensión especial de aplicación e interpretación⁵⁴.

Se produce por lo tanto, "una *impregnación laboral* de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios), a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos laborales constitucionales inespecíficos(...). Son derechos del ciudadano trabajador, a fin de cuentas que ejerce como trabajador ciudadano"⁵⁵.

⁵⁴ En el mismo sentido Ugarte Cataldo, José Luis, "El nuevo Derecho del Trabajo", Editorial Universitaria, año 2004, p. 114; Caamaño Rojo, Eduardo, "El derecho a la no discriminación en el empleo", Editorial Lexis Nexis, año 2005, p. 8; Walter Díaz, Rodolfo y Lanata Fuenzalida Gabriela, "Régimen legal del nuevo procedimiento laboral chileno", Editorial Lexis Nexis, año 2007, pp.159-160.

⁵⁵ Palomeque López, Manuel Carlos, "Derecho del Trabajo", ob. cit. pp. 140 y 141.

En el caso de nuestro país los derechos constitucionales laborales inespecíficos que se ejercen de manera habitual en las relaciones al interior de la empresa y que han dado origen al reconocimiento legislativo en el Código del Trabajo son los siguientes: libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N° 6), el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); derecho de igualdad y de no-discriminación (19 N° 2 y 16), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 N° 12), derecho de reunión (artículo 19 N° 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N°s. 21 y 22), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N° 4). Por lo tanto, dejamos de hablar solo de la existencia de derechos constitucionales de corte estrictamente laboral, comenzando a reconocer la inclusión de derechos fundamentales anteriores a la relación de trabajo, de los cuales el trabajador no se ve despojado cuando ingresa a prestar labores bajo vínculo de subordinación o dependencia, sino que por el contrario lo amparan en sus relaciones laborales.

3.3. Ciudadanía en la empresa

Como manifestación del reconocimiento de la existencia de derechos fundamentales de que goza el trabajador, como proyección necesaria de su dignidad, se ha venido poco a poco materializando el reconocimiento de la plena vigencia de estos derechos en la empresa, situación que se ha denominado como "ciudadanía en la empresa"⁵⁶, principio que ha servido de rector a la hora de interpretar y aplicar la normativa laboral⁵⁷.

⁵⁶ Ocuparemos este concepto, por ser el más frecuentemente utilizado en la doctrina laboral chilena, para explicar el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante a ello precisamos que existen autores como Ugarte Cataldo, que prefieren no utilizar el concepto de "ciudadanía en la empresa", pues explican que este podría inducir a errores, debido a que la teoría contemporánea de la ciudadanía distingue entre los derechos del hombre (de la persona) y los derechos del ciudadano, relacionándose estos últimos con los derechos de participación política, por lo tanto si los derechos del hombre, son universales, los derechos del ciudadano son particulares, por lo menos, mientras no se

Tradicionalmente, el derecho del trabajo estudiaba y regulaba la relación laboral excluyendo cualquier consideración de carácter constitucional, se venía manteniendo una posición de independencia respecto de la carta fundamental. La tendencia era creer que la empresa se constituía, "en un lugar diferenciado, una zona franca y segregada de la sociedad civil y, por lo tanto, con actitudes y pautas de comportamiento propias, un mundo jurídico completo y autogenerado, y, por lo tanto, sólo medibles y sancionables al interior de ella misma. Como sostiene Romagnoli, "La empresa, se sostiene en un minúsculo ordenamiento auto-concluso, es una institución con un legislador propio, propia leyes, todo un conjunto coordinado de autoridades y engranajes administrativos". Cuando el trabajador cruza la puerta de la fábrica, se somete a una ley particular, en cuanto en casa de su patrón le son impuestas normas de comportamiento vinculantes y respecto de las cuales no puede negarse a riesgo de incurrir en incumplimientos reprochables y eventualmente sancionables"⁵⁸. Lo anterior se explica, siguiendo las orientaciones del profesor José Luis Ugarte Cataldo⁵⁹, por la distinción entre derecho público y privado que tanto importaba a la ciencia jurídica, ubicando al contrato de trabajo en el área de lo privado, dejando por lo tanto de lado concepciones de fundamental importancia en la aplicación del derecho laboral, como son aquellas derivadas de la normativa pública constitucional, y dentro de ella justamente el tema de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

establezca una ciudadanía universal, perteneciendo estos al hombre solo en su calidad de miembro de una civita determinada, no siendo atribuibles a las personas en cuanto tales. Ugarte Cataldo, José Luis, "El nuevo derecho del trabajo", ob. cit., p. 116.

⁵⁷Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 2.856/162, de fecha 30/08/2002.

⁵⁸ Romagnoli, Humberto, "Estructura de la empresa" en AA.VV, Los Trabajadores y la Constitución, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980, pág 78, citado por Melis Valencia, Christian, "En torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales (Parte II)", Boletín Dirección del Trabajo, junio de 200, p. 5.

⁵⁹ Ugarte Cataldo, José Luis, "El nuevo derecho del trabajo", Editorial Lexis Nexis, año 2007, p. 119.

Sirviendo como segundo punto explicativo, la gran distancia que existía entre los sujetos de la relación laboral, teniendo por un lado al obrero industrial y por otro al empresario burgués liberal, protegido de la invasión estatal.

.Paulatinamente a partir del año 1960 y solo en la medida en que se fueron mitigando los obstáculos mencionados, la visión que se tenía sobre la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa comienza a modificarse, los legisladores de los distintos países debieron abrir sus horizontes y poner su mirada en la nueva realidad laboral que se estaba viviendo, se abandona la concepción del poder empresarial autoritario y carente de sentido social, ya no se ve la empresa como un medio para lograr el fin productivo económico sin atender a los modos arbitrarios que pudiesen desarrollar en pos de conseguirlos. Nace así la nueva concepción del trabajador ciudadano dentro de la fábrica, y se comienza a concebir la empresa como un conjunto de esfuerzos humanos y materiales en busca de un objetivo concreto, cuyo principal factor de desarrollo es este ciudadano que ha ingresado a la fábrica⁶⁰ sin despojarse del cúmulo de derechos fundamentales que lo resguardan en su vida en sociedad, y por ende dentro de la empresa.

De esta manera, entonces, se comenzaron a dictar leyes que protegían efectivamente los derechos fundamentales de los trabajadores, garantizando una eficacia concreta de los mismos, En este contexto se destaca la labor de Italia que por medio de la dictación en el año 1970 del denominado *Statuto dei lavoratori*, materializa la idea de introducir la Constitución en la fábrica; seguidamente en el año 1980 esta temática hace su aparición concreta en la regulación de España con el *Estatuto de los Trabajadores*. Por su parte,

⁶⁰ “En Estados Unidos, esta idea ha sido conocida como “workplace democracy”, en el sentido de que una sociedad democrática es aquella que respeta los principios esenciales de la libertad, igualdad y de la dignidad humana no sólo en el ámbito público, sino también en el ámbito de las relaciones sociales, especialmente cuando se trata de un punto esencial de la sociedad contemporánea, como es el puesto de trabajo”. Rodríguez-Zapata J, “Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo”, en AAVV Estudio a veinte años del Estatuto de los Trabajadores, REDT N° 100, TI, 2000, España, Pág 531, citado por Ugarte Cataldo, José Luis, “El nuevo derecho del trabajo”, ob. cit., p. 118.

Francia desarrolla su teoría en orden a relacionar los conceptos de "autoridad" y "democracia" en el marco de la empresa, ellos creen que esta es la única forma de involucrarse en el tema de la "ciudadanía en la empresa".

"Es decir, se va generando paulatinamente, fundamentalmente a partir de las experiencias italianas y francesas de las décadas de los 70' y 80', respectivamente, sendos movimientos que tienen por objeto conformar, al decir de Romagnoli, "un nuevo modo de estar en la fábrica", una visión distinta y democrática de las relaciones laborales, en la que los derechos de los trabajadores sean considerados derechos análogos a los del ciudadano"⁶¹.

Ante la situación mundial imperante, nuestro país no se queda atrás, Chile comenzó a paso lento a incursionar en el ámbito de la ciudadanía en la empresa como manifestación última de los derechos fundamentales de los trabajadores dentro de la fábrica. Se dicta el artículo 2 del Código del Trabajo, que desarrolla el principio de la no-discriminación en materia laboral, posteriormente, con la modificación del artículo 194, este principio se hace aplicable a un ámbito específico como es el de la no-discriminación de la mujer embarazada, en el mismo sentido la ley N°19.739 que prohíbe las distinciones fundadas en la edad y el estado civil, y por supuesto la modificación del artículo 5° del actual Código del Trabajo, que viene ha establecer manifiesta y concretamente el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa e incluso fuera de ella en su calidad de trabajador- ciudadano, en especial resguardando tal como lo destaca el articulado la intimidad, la vida privada y la honra de los mismos.

Es así como "en esta concepción moderna de las relaciones laborales, los trabajadores o, si se quiere, los ciudadanos productivos, mantienen y pueden ejercer, tanto dentro como fuera de la empresa, la totalidad de sus derechos civiles y políticos. Este modelo, asimismo, requiere de la decidida participación de los empleadores: para respetarlos; y del Estado: para promoverlos. La empresa es de propiedad del empleador, como consecuencia de esto la ley laboral le otorga una serie de facultades de carácter indelegable para dirigirla y

⁶¹ Ugarte C, José Luis, "Los derechos fundamentales después de la Reforma Laboral", ob. cit.

administrarla, sin embargo estas prerrogativas, por amplias que sean en caso alguno se pueden ejercer violando los derechos constitucionales del trabajador, toda vez que éste, por efecto de su contrato de trabajo, ha enajenado su talento y su tiempo en pos de la actividad productiva de la empresa, pero no su persona"⁶².

4. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL TRABAJADOR Y EL EMPLEADOR

Es en este nivel del razonamiento es donde surge la interrogante fundamental referida a por qué es necesario ejercer una consagración específica del derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales, siendo que los particulares ya se encuentran protegidos constitucionalmente, frente a las posibles lesiones a este derecho, tanto la conducta lesiva sea ejercida por el estado como por otro particular, en base al principio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Por lo tanto, si se produce trasgresión al derecho a la intimidad de un trabajador sería perfectamente posible aplicar la normativa general en lo que ha derechos fundamentales se refiere, pues ya conocemos de la existencia de derechos constitucionales estrictamente laborales, así como de la inclusión de otros derechos que no han sido considerados tradicionalmente como laborales, pero que actualmente es reconocido su ejercicio al interior de la relación laboral. Por lo tanto, en este punto explicitaremos aquellas características que hacen distinguible la relación entre el trabajador y su empleador, de cualquier otra relación entre particulares

4.1. El vínculo de subordinación o dependencia.

Las partes de la relación laboral están constituidas por el empleador, vale decir aquella persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo (artículo 3 letra a del Código del Trabajo), y el trabajador, persona natural que presta servicios personales sea intelectuales o materiales,

⁶² Sáez Carlier, Felipe, “El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales al Interior de la Empresa en las Reformas Laborales”, ob. cit.

bajo dependencia o subordinación y en virtud de un contrato de trabajo (artículo 3 letra b del Código del Trabajo). Nos estamos refiriendo por lo tanto a dos entes particulares que interactúan y que probablemente podrán afectar sus derechos fundamentales en la medida que se relacionen, por ello es lícito preguntarse el por qué de la especial regulación, si en términos claros esta relación ya se encuentra legalmente consagrada y protegida por la Constitución Política de la República, ante las eventuales vulneraciones que pudiesen producirse.

De la definición entregada por nuestro propio Código del Trabajo obtenemos la respuesta, como ya se señaló, los servicios intelectuales o materiales que presta el trabajador a su empleador, los ejecuta bajo el llamado *vínculo de subordinación o dependencia*, siendo esta la característica dominante de la relación laboral que la hace distinguible de cualquier otra relación entre individuos que se manifieste en el ámbito social. El concepto de *subordinación o dependencia* esta definido doctrinalmente como "el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones en razón de su contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de otra persona, en orden al mayor rendimiento de la producción, y al mejor beneficio de la empresa"⁶³, vale decir se trata de aquella sumisión a la orden del empleador quien en pro de sus fines económicos organiza sus recursos humanos y materiales, sometiendo el trabajador a este poder de dirección en razón de un salario.

Cabe señalar así mismo que: "El legislador no ha definido expresamente lo que ha de entenderse por vínculo de dependencia y subordinación. En vista de lo anterior, los tribunales de justicia y la Dirección del Trabajo, han establecido las manifestaciones concretas de este vínculo. Los jueces del trabajo, por ejemplo, ponderan como una

⁶³ Gamonal Contreras Sergio, Introducción al Derecho del Trabajo, Editorial Conosur, año 1998, pp. 15-16.

circunstancia indiciaria de relación laboral que una persona haya emitido boletas de honorarios por cantidades fijas y sin solución de continuidad a un cliente único⁶⁴.

Es así como en el afán de determinar el significado legal del vínculo de subordinación o dependencia, la Dirección del Trabajo nos aporta en el sentido de establecer cuales son los elementos fácticos que constituyen dicho vínculo, estos son, entre otros, los siguientes (dictamen N° 5.848/386 de 26 de noviembre de 1998):

a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.

b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.

c) Durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de sumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.

d) El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.

Por último, las labores, permanencia y vida en el establecimiento, durante la jornada de trabajo, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.

Resulta evidente, por lo tanto, la peligrosa situación de tensión que se produce en esta especial relación como es la laboral, pues a lo menos debemos entender que el hecho de tratarse de una relación entre particulares en posiciones jerárquicamente disímiles, nos sitúa

⁶⁴ Lizama Portal, Luis, Manual Derecho del Trabajo, Edición Electrónica, Disponible en www.lexisnexis.cl.

en un escenario poco deseado, cual es aquel en que ambas partes de la relación pretenderán ejercer sus derechos fundamentales planteándose la problemática de los límites sobre los cuales estos derechos y garantías deben ser ejercidos.

Es esta por tanto, la razón fundamental y de fondo del por que de la preocupación del reconocimiento específico en el ámbito laboral de la denominada protección de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la relación laboral, pues tal como se ha descrito la sola existencia del vínculo de subordinación o dependencia genera un área especial de peligro constante, y que ciertamente la hace distinguible de cualquier otra relación entre particulares. Es justamente este elemento, el que genera la existencia y validación por parte del sistema jurídico de un poder que se ejerce sobre otro particular, denominado sugestivamente como lo manifiesta el profesor José Luis Ugarte Cataldo⁶⁵, potestad jurídica de mando, encontrando este su correlato jurídico en la denominación no menos sugerente de deber de obediencia del trabajador.

"Dicho de otro modo, la plena inserción de los derechos fundamentales, en este caso de la intimidad, en la relación laboral se construye en un escenario de tensión bastante evidente: por una parte, un soporte normativo jurídico constitucional, constituido por una nueva concepción del ciudadano como portador de derechos fundamentales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral por otro lado, construida sobre un modelo de obediencia y fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular"⁶⁶.

Nos encontramos con un trabajador consciente de la existencia de derechos fundamentales que lo amparan durante el desarrollo de la relación laboral como es el caso del derecho a la intimidad, frente a su empleador, al cual debe rendir el mayor respeto y obediencia en el

⁶⁵ Ugarte Cataldo, José Luis, "La intimidad y el trabajo: en búsqueda de un delicado equilibrio", Revista Laboral Chilena, Diciembre de 1999, p. 76.

⁶⁶ Lizama, Luis y Ugarte, José Luis. "Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa", editorial Conosur, 1998, p. 167.

desempeño de la tarea para la cual fue contratado. Pero ante todo, debemos tener presente que la relación de trabajo se torna aún más compleja, en el sentido de que ambas partes de esta no solo ejercen sus atribuciones y deberes en razón de intereses personales, sino que unido a esto se encuentra ciertamente el elemento económico, ambos están en búsqueda de un interés monetario, lo que nos lleva a pensar que en muchos casos los derechos fundamentales mirados desde la perspectiva del trabajador, podrían verse cubiertos bajo el manto de las necesidades de subsistencia al interior de la empresa, pues su salario significa el medio de manutención de su familia, casos en los cuales la tensión será evidenciada con mayor magnitud, pues podría dar paso a actuaciones arbitrarias y abusivas constitutivas de transgresiones al *derecho a la intimidad del trabajador*, sin ser estas denunciadas ni menos sancionadas en la forma que corresponde, y con esto queremos decir que además de dictarse leyes que generen un reconocimiento específico de temas como este, debemos además crear conciencia del desarrollo de la dignidad del ciudadano-trabajador, pues solo en esta medida podremos equilibrar el escenario en que se encuentran, estableciendo los límites que correspondan para ambas partes de la relación laboral, en pro de un desarrollo de la actividad laboral en un ambiente de respeto y sujeción a las normas jurídico laborales.

4.2. El poder de dirección del empleador y su relación con el derecho a la intimidad de los trabajadores

Manifestada ya la especial característica de la relación laboral, cual es la existencia del vínculo de subordinación o dependencia, estudiaremos el tema desde el punto de vista constitucional; sabemos ya de la existencia de derechos fundamentales que amparan y protegen a todo ciudadano, reconocidos positivamente en el artículo 19 de nuestra carta fundamental, los que serán por tanto aplicables al empleador y al trabajador en cualquier relación de trabajo, por el solo hecho de que estos antes de ser sujetos de una relación laboral, son personas que gozan de dignidad reconocida tanto por la ley natural como positiva y en esta calidad, integrantes de una sociedad que aspira a la organización plena.

Lo cierto, es que el empleador en el ejercicio de las labores propias de su calidad de ente organizador de una actividad económica, goza de una serie de prerrogativas en orden a cumplir el fin empresarial que se ha propuesto, estas facultades se traducen por ejemplo en

la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adecuarse a las necesidades del mercado, controlar la ejecución y cumplimiento de las tareas encomendadas a los trabajadores y sancionar faltas o incumplimientos contractuales. Todas estas facultades además de aquellas necesarias de ejercer para la buena marcha y funcionamiento de la empresa son denominadas doctrinariamente "*poder de dirección o poder empresarial*".

El poder de dirección o empresarial reconoce su fundamento último en las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Constitución Política de la República, numerales que consagran el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, en respeto de las normas legales que lo regulen y el derecho de propiedad, respectivamente. Ahora, si bien estos derechos y garantías establecidas a favor del empleador, encuentran como se dijo su fundamentación última en el texto constitucional, estas facultades se concretizan en el contrato de trabajo, los referidos poderes ciertamente no podrán extenderse más allá de la relación laboral, debiendo agregar además el límite contenido en la ley, pues el legislador será el encargado de crear limitaciones específicas al poder empresarial en pro de los otros derechos fundamentales en juego.

Esta doctrina del poder empresarial con relación a los derechos fundamentales del trabajador, ha sido ampliamente desarrollada en nuestro país por la Dirección del Trabajo, pronunciándose esta latamente en el sentido de establecer a modo de conclusión que "la confirmación de este poder empresarial, ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto de las garantías fundamentales que la propia constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. En efecto como se ha señalado los poderes empresariales no pueden suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, este es el que actúa como freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no solo tiene una connotación contractual - modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices de la organización empresarial-, tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su

categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicomprendivo de su personalidad toda."⁶⁷

Por lo tanto, este poder empresarial manifestación del poder directivo y de organización del empleador, necesariamente se verá mermado por los derechos fundamentales del trabajador, en especial por el derecho que nos convoca cual es el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, el problema que se plantea ahora es que, sentada la existencia de dos derechos fundamentales en pugna, cabe preguntarse como podemos por lo menos en términos doctrinales resolver la eventual colisión de tales derechos, siendo que ambos gozan de la misma jerarquía normativa.

La solución analizada en un plano general de la normativa imperante, podría ser simple en la medida que debemos considerar que el derecho a la intimidad, en su categoría de derecho fundamental reconocido como tal por la constitución, no puede ser restringido, afectado o limitado en su ejercicio, sino por la existencia de otro derecho de igual rango, o por la ley.

En este último caso, es el propio texto constitucional quien en su artículo 19 N°26, nos entrega una solución al menos en el plano teórico estableciendo que" la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia*, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Ahora, la tarea de determinar la esencia de un derecho puede resultar con algún grado de facilidad en el plano conceptual, pero lo cierto es que encontrándonos frente a la vigencia de dos derechos fundamentales en una relación, como son el derecho a la intimidad y el derecho de propiedad o el de ejercer libremente una actividad económica, no supone simplemente confrontar ambos derechos, establecer la esencia de cada uno de ellos y fijar limitaciones al ejercicio de estos, a fin de no rozar los ámbitos de protección de cada uno. La realidad práctica es mucho más compleja, quedando por resolver el mayor de todos los

⁶⁷ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3.276/11733, de fecha 7/10/2003.

problemas, cual es, de que forma y con que intensidad se va a producir la limitación del poder de dirección del empleador, como manifestación del ejercicio de los derechos fundamentales que lo componen, frente al libre ejercicio del derecho a la intimidad por parte del trabajador, la sola constitución, ni la ley, ni el contrato de trabajo servirá de directriz suficiente para lograr esta limitación, no podemos categorizar el derecho a la intimidad por sobre el derecho de propiedad, no existen criterios válidos para decir que uno goza de mayor importancia que el otro.

A partir del análisis antes efectuado, debemos arribar a la necesaria conclusión, de que la empresa es un lugar donde se deberán conjugar debidamente el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales de ambas partes de la relación laboral, hablaremos del pleno reconocimiento del trabajador-ciudadano, que al entrar a la fábrica, no lo hace desprovisto de los derechos fundamentales que lo amparan en su calidad de persona, y por lo tanto, a partir de la creación de la teoría de la ciudadanía en la empresa, nos referiremos al lugar de trabajo, ya no como aquel campo en el que solo se ejercen poderes fácticos o materiales de dirección de manera indiscriminada, sino que, por el contrario este poder empresarial se verá matizado por los derechos fundamentales de los trabajadores, sirviendo estos como límites a su actuar⁶⁸.

Es así, como frente a la disyuntiva que se plantea en torno a la ponderación de derechos fundamentales en juego en la relación laboral, hace manifiesta su opinión la Dirección del Trabajo⁶⁹, entregando las pautas de análisis ante la aplicación del artículo 5° del Código del Trabajo, que como veremos en el punto siguiente de este estudio es el artículo que materializa la protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores* frente a los poderes

⁶⁸ En este sentido, Caamaño Rojo, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”, ob., cit. p 27; Saez Carlier, Felipe., “El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales al Interior de la Empresa en las Reformas Laborales” Boletín Oficial Dirección del Trabajo, noviembre 2001, p. 5.

⁶⁹ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 2.856/162, de fecha 30/08/2002.

empresariales o de dirección del empleador. El dictamen en comento corresponde al número 2856/162, dictado el 30 de agosto de 2002⁷⁰, por la Dirección del Trabajo, el cual fija el sentido y alcance del artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo, siendo el fin último de este dictamen establecer que los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa han de servir como límites infranqueables ante el ejercicio de los poderes del empleador, asumiendo ciertamente que no se trata de una tarea fácil, pero lo cierto es que este sustrato de derechos irreductibles del trabajador encuentra su principio o valor normativo, en cumplir con una función unificadora de interpretación de la legislación frente a nuestra carta fundamental, de manera que cualquier norma que pretenda ser interpretada, debe ser analizada y ajustarse a la luz del entendimiento del trabajador como un sujeto titular de derechos reconocidos en la Constitución Política de la República.

Ahora bien, en razón del análisis que estamos realizando, debemos partir de la base que los derechos fundamentales no tienen un carácter ilimitado o absoluto, sino por el contrario su ejercicio encuentra ciertos límites fundados tanto en la protección de otros derechos como en otros bienes jurídicamente protegidos. Por ello la Dirección de Trabajo plantea en este dictamen, que existen ciertos requisitos por cumplir toda vez que pretenda limitarse un derecho constitucional, requisitos que se engloban bajo la denominación de "principio de proporcionalidad", el cual a su vez se puede subdividir en otros dos principios, como son el "principio de adecuación" y el "principio de necesidad". El primero de ellos establece que el medio empleado al realizar la limitación del derecho debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, por su parte el principio de necesidad nos indica que la medida que pretende limitar el derecho fundamental debe ser la única capaz de obtener el fin deseado, de manera que no exista otra forma posible o menos gravosa de alcanzar el fin perseguido sin restringir el derecho fundamental⁷¹.

⁷⁰ Documento a texto completo en Anexo N° 1 de este trabajo.

⁷¹ Véase sobre el principio de la proporcionalidad en el Capítulo Cuarto de este estudio, como criterio de solución de conflictos de derechos fundamentales al interior de la relación laboral, con ocasión del análisis de los mecanismos de protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores* y en Caamaño Rojo, Eduardo, "La eficacia de los derechos

Unido a la teoría anterior, debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de nuestra carta fundamental, en orden a establecer que todo derecho goza de un contenido esencial, que no aceptará en ningún caso limitación de ninguna especie, constituyéndose este núcleo según nos indica el profesor Ignacio de Otto Pardo, en su obra *Derechos Fundamentales y Constitución*, en un "límite de los límites".

Por ello como bien señala la Dirección del Trabajo en su dictamen N° 8273/337 de 12 de diciembre de 1995, frente a la consulta por parte de una empresa minera acerca de la legalidad de los exámenes antidrogas, señalo que "la solución del caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa dentro de la empresa, con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la constitución"⁷².

La solución al problema de establecer limitaciones al libre ejercicio del poder de dirección del empleador, importa necesariamente una tarea de ponderación y sopesamiento de los derechos en juego, lo cual analizaremos en extenso en el Cuarto Capítulo de este trabajo.

Es así como, "la consecuencia de esta vigencia relativa o matizada de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, específicamente en la relación laboral, importa la admisión de restricciones o limitaciones adicionales a dichos derechos, que en otros contextos, fuera de dicha relación, serían inadmisibles jurídicamente(...). Un buen caso de una recepción expresa de dicha idea corresponde al Tribunal Constitucional Español, que en la sentencia 120/1983, señaló que la relación laboral genera un complejo conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan, junto a otros también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo

fundamentales en las relaciones laborales", ob. cit., p. 41; Jaime Bassa Mercado, en su artículo "Reglas y principios en las normas de derechos fundamentales", disponible en www.uvm.cl/derecho/articulos.

⁷²Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 8.273/337, de fecha 19/12/1995.

que en contexto son legítimas no tiene por que serlo necesariamente dentro de dicha relación"⁷³.

Por ello el tema sobre establecer límites al poder de dirección del empleador, supone un análisis pormenorizado y caso a caso, de esta manera es como lo ha entendido hasta ahora tanto la Dirección del Trabajo como los Tribunales de Justicia. Nuestro país, en su emergente desarrollo del tema ha logrado establecer ciertas directrices que nos ayudan de sobremanera a evaluar en la práctica la colisión de este derecho con los llamados derechos fundamentales del trabajador

5. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO

Antes de iniciar el análisis en concreto de la situación en que se encuentra actualmente el reconocimiento positivo del *derecho a la intimidad de los trabajadores* en nuestro Código del Trabajo, resulta del todo acertado plantear la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, que se ha manifestado tanto en la doctrina comparada así como nacional.

Como bien lo ha manifestado el profesor José Luis Ugarte⁷⁴, existen tres niveles perfectamente distinguibles en la evolución de la relación entre los derechos fundamentales del trabajador y el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se encuentra el denominado nivel de abstinencia, llamado de esta forma pues el ordenamiento jurídico desconoce la existencia y ejercicio de tales derechos en el seno de la relación laboral, alegando que esta se trata de una relación entre privados y por

⁷³ Ugarte Cataldo, José Luis, "La intimidad y el trabajo: en búsqueda de un delicado equilibrio", ob. cit., p. 77.

⁷⁴ Ugarte Cataldo, José Luis, Los Derechos Fundamentales después de la Reforma Laboral, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, diciembre de 2001.

lo tanto regulada por las normas de derecho privado, donde el principio de la autonomía de la voluntad actúa con su mayor esplendor, estableciéndose como consecuencia lógica por tanto, que el contrato de trabajo constituye ley para las partes, podríamos decir *renunciando* estas al celebrar dicho contrato a las limitaciones generales, supeditándose los actores de la relación laboral estrictamente a lo contenido en el contrato de trabajo, asegurando plenamente el ejercicio por parte del empleador de su llamado poder de dirección.

Esta primera etapa se produce a fines del siglo XIX y principios del XX, a partir del fenómeno histórico de la industrialización, generándose un doble estándar para el trabajador, pues por una parte en su calidad de ciudadano integrante de una sociedad organizada civil y políticamente se produce una expansión de sus derechos fundamentales, se materializa y extiende la concepción del ciudadano portador de derechos y garantías, consagradas constitucionalmente en razón de la dignidad de cada persona, y por otro lado, situamos a este mismo ciudadano consciente de sus derechos entrando a la fábrica a desarrollar su labor como trabajador, debiendo figurativamente despojarse a la entrada del recinto de este cúmulo de derechos y garantías que lo salvaguarda al exterior, para de esta manera ahondarse en su trabajo desprovisto de ellos, todo esto en pro de lograr el máximo de productividad bajo las directrices de su empleador.

La etapa siguiente en la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, se caracteriza por la intervención legislativa, que genera la dictación de normas que recogen los principios y concretizan la protección de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, se trata de normas que van más allá de las contenidas en las cartas fundamentales de los países. Y no se trata de un reconocimiento puramente constitucional, sino que, por el contrario, se trata de normas que profundizan y son dictadas bajo el manto de la legislación laboral, no siendo ya de aplicación general, sino estrictamente particular, es así como nace la concepción del ingreso de los derechos fundamentales en la fábrica, naciendo a la vida jurídica nuevos conceptos como son los de derechos laborales constitucionales inespecíficos y la noción de ciudadanía en la empresa, temas que serán tratados más adelante en este trabajo. Nos encontramos por tanto, frente a un trabajador ciudadano, capaz de ejercer derechos que le son entregados por el sistema jurídico, como manifestación del reconocimiento de su dignidad, derechos que deben ser

respetados, sirviendo de límites ante expresiones abusivas del poder de dirección del empleador.

En el último lugar de la evolución, nos situamos en el escenario de efectiva protección de los derechos fundamentales del trabajador, y cuando nos referimos a efectiva quiere decir que ya la intervención legislativa no está constituida por meras normas de carácter programático, dictadoras de principios carentes de un sentido de ejecución y protección inmediato, esta nueva realidad nos exige la generación de mecanismos procesales concretos de reclamación ante las vulneraciones de los derechos fundamentales en materia laboral, naciendo procedimientos específicos de reclamación, con causales y contenidos determinados, y por sobre todo con sanciones particulares que generen el sentido de coacción propio de la rama que nos convoca.

Sin lugar a dudas la situación en que se encuentra actualmente nuestro país, es una etapa de transición entre la intervención legislativa y la generación de mecanismos procesales específicos de reclamación. Nuestro país ya reconoce la existencia de derechos laborales de carácter constitucional, por medio de la dictación de la ley 19.759 de 2001; a través de ella se concreta el esfuerzo de más de cinco años en torno a la protección de materias fundamentales como son la negociación colectiva y los derechos fundamentales de los trabajadores, quedando por lo tanto pendiente la labor de generar mecanismos especiales de protección, materia que a nuestro juicio ya se encuentra encaminada, según se analizará en el último capítulo de este trabajo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que nuestro país ya se encuentra en el circuito de aquellos en que se reconoce al individuo como portador de derechos fundamentales, protegidos tanto por la Constitución Política de la República, como por las ramas particulares del derecho, como es el caso del ámbito laboral, constituyendo así la ley N°19.759 un gran aporte en la medida que materializa el estudio y discusión que se venía desarrollando en nuestro país hace largos años.

5.1. Origen del reconocimiento: Reforma Laboral en Chile, Ley N°19759 de 2001

Tal como lo indicó el ex Presidente de la República, señor Ricardo Lagos, en el mensaje con que se daba inicio al proyecto de ley sobre Reformas Laborales, se materializaba por medio de este, el proceso de dialogo social, que se venía desarrollando desde hace ya muchos años con la finalidad de lograr los necesarios acuerdos entre los actores del mundo empresarial y trabajador, estableciéndose como fines máximos de la reforma en curso "asegurar progresivamente adecuados niveles de bienestar económico y social, armonizando iniciativas para fomentar el necesario desarrollo económico con grados importantes de equidad social y dignidad para todos sus ciudadanos, especialmente para aquellos más humildes"⁷⁵.

Es así, como dentro del marco de la tarea de Modernización del Estado, se hace necesario poner la mirada en uno de los ámbitos que más ha preocupado a los últimos gobiernos, como es el tema laboral, teniendo estos la plena certeza que el ámbito del trabajo debe analizarse bajo principios renovados, acordes fundamentalmente con las nuevas formas de relaciones laborales que se vienen desarrollando, entendiendo que las relaciones laborales también se han modernizados exigiendo cambios tanto en las estructuras de forma, como de fondo, sabiendo que el mundo avanza a paso vertiginoso y el ámbito laboral no se encuentra exento de estos cambios, es que se plasma en el proyecto de Ley de Reforma Laboral, todas aquellas medidas tendientes al reconocimiento de dichos avances que ya se venían presentando en el plano fáctico.

Se extraen del mensaje del entonces Proyecto de Reforma los siguientes objetivos generales del mismo:

"1. Perfeccionar las normas sobre organizaciones de trabajadores y las relativas a la protección contra las prácticas antisindicales.

⁷⁵ El Trabajo y la Protección Social en Chile 2000-2002, publicado por el Ministerio Del Trabajo y Previsión Social, Editorial Atenas, año 2003, p. 87.

2. Mejorar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa en los siguientes aspectos:

a) Incorporar efectivamente en la legislación interna el Convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre no-discriminación en el empleo.

Modernizar el amparo de los derechos laborales del trabajador.

3. Incorporar nuevas modalidades de contratación, a saber:

a) El tele trabajo.

b) El contrato de trabajo a tiempo parcial.

4. Perfeccionar la protección de los trabajadores agrícolas de temporada.”⁷⁶

Una visión panorámica de los objetivos del entonces proyecto de ley ponía de manifiesto que uno de los intereses fundamentales del ejecutivo dice relación con el tema que nos convoca, vale decir la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, ya sea por la vía del establecimientos de normas tendientes a la no-discriminación, así como un reconocimiento efectivo de derechos concretos como es el derecho a la intimidad y a la honra de los trabajadores.

En definitiva la reforma pretendía asumir los derechos fundamentales del trabajador al nivel de la empresa. "Esto significa plantear: la protección a través de mecanismos efectivos contra las discriminaciones de todo tipo: de género, de edad, de imagen física, de discapacidad, de estado civil u otras, haciendo efectiva la libertad de contratación sin otra consideración que la aptitud profesional; el resguardo efectivo a los derechos constitucionales de opinión y de asociación al interior de las empresas (fin de las listas negras); la efectiva protección al honor y la intimidad en el trabajo, prohibiendo los

⁷⁶ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343^a Extraordinaria, Sesión N°32^a, en martes 3 de abril de 2001, p. 3903.

sistemas de control que los perturben y; la debida protección de los datos personales y de la vida privada de los trabajadores no atingentes a su trabajo"⁷⁷.

Durante la tramitación de este proyecto de ley, podemos decir que, en términos generales, existió consenso en la necesidad de un reconocimiento específico de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación laboral. El senador Señor Gazmuri expresó durante la discusión general del proyecto que “Hay muchas expresiones en el país en orden a que existen vacíos importantes y ese es el desafío para el Congreso Nacional, a saber, como llegar, a la brevedad, a concretar una serie de enmiendas a la legislación laboral que siendo modernas establezcan, al mismo tiempo, estándares universalmente aceptados en el marco de la protección de los derechos de los trabajadores, ya que ese también es un factor de competitividad"⁷⁸. Corroborando la misma postura, por su parte el Senador señor Boeninger señaló: "Las relaciones laborales, y por consiguiente la normativa laboral, son de decisiva importancia para el funcionamiento de las empresas, tanto en lo que respecta a su capacidad de aumento continuado de la productividad y competitividad, como en cuanto al establecimiento de relaciones armónicas entre empresarios y trabajadores. Eso se traduce en conciliar flexibilidad del mercado, con el mejoramiento de los niveles de protección del trabajador, sin duda el eslabón más débil de la relación laboral"⁷⁹.

Es así, como tras un intenso debate en el parlamento, el día 11 de septiembre de 2001, se aprobó el Proyecto de Reformas Laborales, siendo posteriormente publicado con fecha 5 de octubre del mismo año, bajo la ley N°19.759, entrando en vigencia el 1° de diciembre de dicho año. En esa oportunidad pronunció su discurso el entonces Ministro del Trabajo señor

⁷⁷ Sáez Carlier, Felipe, “El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales al Interior de la Empresa en las Reformas Laborales”, ob. cit.

⁷⁸ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343^a Extraordinaria, Sesión N°32^a, en martes 3 de abril de 2001, p. 3918.

⁷⁹ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343^a Extraordinaria, Sesión N°32^a, en martes 3 de abril de 2001, p. 3924.

Ricardo Solari, señalando con relación a los derechos básicos de los trabajadores, que esta ley incorpora grandes principios ordenadores emanados de la Organización Internacional del Trabajo, respecto fundamentalmente a la no-discriminación en materia laboral, así como el tema objeto de este estudio como es el trato del trabajador al interior de la empresa, todo lo anterior expresa el Ministro”:con la finalidad de hacer efectivo en el escenario laboral el cumplimiento de derechos ciudadanos consagrados constitucionalmente, los que no pueden ser vulnerados por la normativa interna de la empresa. La ley resguarda la dignidad, intimidad y privacidad del trabajador, principalmente respecto de la discriminación en el empleo y a los mecanismos de revisión y control que pueden ser sometidos en el trabajo. Tales procedimientos deben ser llevados a cabo de manera igualitaria, aleatoria, general y resguardando la privacidad de los datos obtenidos. Estas y otras medidas que adopte el empleador deben quedar consignadas expresamente en el reglamento interno de la empresa(...)⁸⁰.

En concreto, las modificaciones introducidas por la Reforma Laboral de 2001, reconocen como fundamento último la dignidad del trabajador, no pudiendo ser esta desmedrada bajo ningún pretexto por la normativa interna de la empresa, pues esta tiene su fundamento no solo en Constitución Política de la República, sino que en las normas básicas de la convivencia en sociedad. La reforma, tal como se ha señalado incluye nuevos artículos al Código del Trabajo, consagrando los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, pretendiendo promover la aplicación y eficacia de tales derechos, naciendo de esta forma el nuevo inciso primero del articulado que sirve de base a este estudio, tal es el artículo 5, complementado con algunas otras normas que analizaremos a continuación.

⁸⁰ Extracto del discurso pronunciado por el ex Ministro del Trabajo y Previsión Social, Ricardo Solari, en la Ceremonia de promulgación de las Reformas Laborales, el 27 de septiembre de 2001, “El Trabajo y la Protección Social en Chile 2000-2002”, publicado por el Ministerio Del Trabajo y Previsión Social, Editorial Atenas, año 2003, p. 168.

5.2. Contenido y alcance del artículo 5° del Código del Trabajo

El mayor aporte realizado por la Ley 19.759, en orden, al reconocimiento específico de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, y en especial del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, viene dado por la inserción del nuevo inciso primero del artículo 5°, el cual versa bajo el siguiente tenor:

"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

En complemento de esta norma se agregaron además las siguientes modificaciones, relacionadas con la regulación del Reglamento Interno de Higiene y Seguridad. El cual en términos generales puede definirse como la legislación interna de la empresa, que emana de esta y que debe ser autorizada por la autoridad administrativa laboral, este reglamento pretende un mejoramiento de las relaciones que se generan entre las partes de la relación de trabajo, entregando mayor precisión e incluso un mejoramiento de las condiciones mínimas que genera el ordenamiento jurídico. Y es en esa perspectiva en que el poder de dirección del empleador adoptara mayor claridad de expresión en cuanto a las reglas y al comportamiento que pretende generar al interior de la empresa.

En cuanto a la obligatoriedad del Reglamento Interno de Higiene y Seguridad el Código del Trabajo establece en su inciso 1° del artículo 153 que: "Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento".

Es así como dentro del marco de las reformas introducidas por la Ley 19.759 de 2001, se incluyeron con relación al Reglamento de Higiene y Seguridad los siguientes artículos:

En primer lugar, se agregó el siguiente inciso final al artículo 154: "Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el N° 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida".

Incorporándose en segundo término el siguiente artículo 154 bis, nuevo: "El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

Ciertamente, ambas modificaciones, vienen a complementar de manera directa la norma que pasaremos a analizar, entregando en definitiva pautas claras de aplicación real de los principios contenidos en el artículo 5° inciso primero, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, constituye un gran mecanismo de ponderación ante las eventuales vulneraciones del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, en la medida que esclarece lo dispuesto por el artículo 5° del Código del Trabajo, estableciendo restricciones y requisitos a cumplir a la hora de efectuar medidas de control de los trabajadores al interior de la empresa, así como aquello que dice relación con el manejo de los datos personales del trabajador, temáticas que serán tratadas en extenso en el próximo capítulo de este trabajo.

Debemos señalar que el análisis en particular del artículo 5° se ha desarrollado en base a las interpretaciones administrativas que se han generado del mismo, reconociendo un rol preponderante en lo que entendimiento de este articulado corresponde la Dirección del Trabajo. Con fecha 30 de agosto de 2002 por medio de su dictamen ordinario N2.856/162, fija el sentido y alcance del artículo en comento, sirviendo esta interpretación de doctrina base y mayoritariamente desarrollada por la jurisprudencia a la hora de aplicar la referida norma.

Según las propias ideas de la Dirección del Trabajo, en el inciso primero del artículo 5° se ha materializado el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la empresa, debiendo servir ello de manera ineludible para la interpretación sistémica de las normas laborales.

Es la propia Constitución Política de la República en su artículo primero la que señala que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", estableciendo el órgano administrativo de interpretación, por medio de su dictamen que "este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que, como persona posee todo trabajador"⁸¹. Sellando de esta forma la perfecta relación entre dignidad y derechos fundamentales, que infunde la materia que estamos analizando. La dignidad humana entendida como factor modelador y fúndante de las relaciones sociales ya se encuentra además ampliamente reconocida en el ámbito internacional, ideas que se encuentran desarrolladas ya a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas en el año 1948, generando que la totalidad de los tratados internacionales tendientes a regular el tema de los derechos humanos se hayan hecho cargo de las concepciones originadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos, realizando cada una de ellas el reconocimiento de la dignidad humana.

Asimismo, la Dirección de Trabajo en el Dictamen en comento ha establecido que: "Los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero *status jurídico*, para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo inoponibles, por tanto, no solo a los poderes públicos, sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional"⁸². De esta forma se hace aplicable el principio contenido en el artículo 26 de nuestra carta fundamental, denominado principio de vinculación directa de la constitución, tema que hemos tratado con anterioridad en este trabajo.

Destacamos por lo tanto, la fundamental importancia que tuvo el establecimiento de inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo, toda vez que los trabajadores conocen de la existencia de derechos que les son propios, como es el derecho a la intimidad, a la vida

⁸¹ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N°2.856/162, de fecha 30/08/2002.

⁸² Ibidem.

privada o a la honra⁸³, y que no deberán ser desprovistos de ellos en el desarrollo de la relación laboral, constituyendo estos un límite a la actuación del empleador. Asimismo creemos necesario destacar, la “ubicación de este precepto, por sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, con lo que queda clara la jerarquía superior y la eficacia de los derechos fundamentales por sobre los derechos estrictamente laborales”⁸⁴.

En resumen, a lo largo de este segundo capítulo hemos logrado ahondar en los fundamentos tanto constitucionales como legales del derecho a la intimidad, entregando los contenidos necesarios para entender el porque de un reconociendo específico de tal derecho fundamental en el ámbito de las relaciones laborales, seguidamente se analizó la relación de subordinación o dependencia a la que se encuentra sometida el trabajador, generándose de esta forma las eventuales colisiones entre el *derecho a la intimidad de los trabajadores* y el llamado poder de dirección del empleador.

Como una necesaria evolución legislativa se introduce el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, naciendo esta norma a la vida jurídica tal como lo ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, con una finalidad limitadora del poder empresarial respecto de los derechos fundamentales del trabajador.

El conjunto de los temas expuestos, nos hace llegar a la conclusión que hoy en día nos encontramos ante un trabajador ciudadano, que se presenta a ejercer su labor asalariada en la "fabrica", pero este trabajador a lo menos en la teoría ya no se presenta simplemente a cambio de una remuneración, sino también en pleno ejercicio de sus capacidades demandando por parte de su empleador el debido respeto en su calidad de persona antes que trabajador, fundado en su dignidad humana, recogiendo así los principios relativos a los

⁸³ A este respecto señalamos que el articulado menciona a modo ejemplarizador el derecho a la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores, lo cual no viene en ningún caso a limitar la aplicación del precepto a otros derechos fundamentales del trabajador.

⁸⁴ Caamaño Rojo, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”, ob., cit. p. 32.

derechos fundamentales que se encuentran plasmados en los tratados y convenciones internacionales, ratificados por nuestro país, así como por la constitución y las leyes laborales.

Bien sabemos los operadores jurídicos que las normas cumplen una función reguladora de la convivencia en sociedad, las normas siempre aspiran a una ordenación máxima de las relaciones entre los sujetos, aspiran asimismo a su cumplimiento por medio de la coacción, pero lo cierto es que en gran parte de los casos estas no son respetadas total o parcialmente, y es aquí donde debe intervenir el ordenamiento jurídico, con mayor razón en materia laboral en la medida en que una de las partes se encuentra en posición desfavorable con respecto de la otra, debiendo alcanzar como fin último la norma laboral un escenario de equilibrio.

Por ello es que el estudio en que nos encontramos, se adentrará en el escenario de las posibles transgresiones al *derecho a la intimidad de los trabajadores*, exponiendo las eventuales colisiones que se han producido entre este derecho y el ejercicio del poder de dirección del empleador y cuales serían las presuntas formulas de solución ante la problemática, apoyándonos para tal labor principalmente en la doctrina comparada y nacional administrativa, entendiendo que en último término lo que buscamos, es la ponderación de los derechos fundamentales en juego, asumiendo que se trata de una labor netamente casuística y de análisis fáctico, que nos llevará en último término a lograr un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales al interior de la empresa.

CAPITULO III

DE LA RELACION ENTRE EL EMPLEADOR Y EL TRABAJADOR Y LAS EVENTUALES VULNERACIONES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

1. PLANTEAMIENTO DE LA TEMATICA

Analizados en los capítulos anteriores los conceptos necesarios para delimitar el entendimiento del tema que nos ocupa, resulta necesario comprender que más allá de concepciones teóricas relativas al *derecho a la intimidad de los trabajadores*, el estudio de este tema se deberá abocar en términos explícitos, a las situaciones en que efectivamente nos encontramos en el escenario de tensión entre el ejercicio de tal derecho por parte del trabajador y el libre desarrollo del poder de dirección del empleador, en plena manifestación de las garantías constitucionales que lo amparan en esta labor, como son el derecho de propiedad y el de desarrollar libremente su actividad económica.

Bien sabemos, que el derecho cumple una labor uniformadora de las situaciones que se desarrollan en el plano práctico y, en último término, recopiladora de los conflictos que en aquel plano se manifiesten, entregando en lo posible las soluciones ante tales conflictos. Lo cierto, es que el tema objeto de este trabajo es incipiente aún en nuestro país, pues ha sido la propia jurisprudencia administrativa a través de la Dirección del Trabajo y sólo algunas sentencias judiciales, las que nos han entregado los principios rectores en esta materia. Es por ello que en el afán de realizar un estudio pormenorizado recurriremos en gran parte de los casos al derecho comparado, el cual ha visto reflejado en su desarrollo, principalmente en Europa, un mayor reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, con la consecuente generación de normativa en este ámbito así como en la creación de

mecanismos procesales concretos de protección, todo lo cual pasaremos a analizar seguidamente.

Según se ha manifestado en el desarrollo de este estudio, la vigencia y protección del derecho a la intimidad de los trabajadores debe ser analizado tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Es precisamente en el plano fáctico donde podemos observar, analizar y consecuentemente corregir las conductas emanadas del empleador, que podrían de alguna forma amenazar, perturbar, o privar al trabajador del libre ejercicio de su derecho a la intimidad.

Con el fin de realizar un ordenado análisis de los posibles puntos de colisión, comenzaremos nuestro estudio con el análisis de aquellas situaciones que se originan con ocasión del nacimiento y desarrollo de la relación laboral (petición de test de embarazo, certificado de antecedentes, medidas de control del trabajador, entre otros), para posteriormente abocarnos a las posibles transgresiones que se pudieran producir con ocasión del término de la relación laboral, en lo que a protección de datos personales se refiere. Sin embargo, quisiéramos comenzar este capítulo señalando que en muchos de los casos que analizaremos existirán puntos compartidos con la temática referida al derecho a la no discriminación, lo que es fácilmente comprensible en la medida que “el principio de no discriminación es utilizado como instrumento de apoyo para el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales, en tanto se constituye como elemento condicionante a la hora de permitir ciertos límites que pudieren imponerse por el empleador en el desarrollo de los poderes empresariales. Específicamente la no discriminación se presenta como requisito de cualquier medida de control, cuestión hoy ya no sólo con reconocimiento jurisprudencia, sino legal a partir de la dictación de la Ley 19.759, al establecer que toda medida de control debe aplicarse de manera general, garantizando la impersonalidad de la medida (inciso final artículo 154 del Código del Trabajo). O, en otros casos, como elemento determinante –configurador del tipo- a la hora de vislumbrar la violación de un derecho fundamental, tal y como sucede en materia de violaciones a la libertad sindical en donde las

conductas discriminatorias conforman y configuran en gran medida el tipo infraccional (conductas antisindicales)⁸⁵.

Habiendo realizado esta precisión, pasaremos a analizar las situaciones de posible colisión del *derecho a la intimidad de los trabajadores* con el poder de dirección empresarial, sin dejar de señalar que ciertamente se verán excluidas algunas situaciones, pues nuestro interés ha sido estudiar los casos de mayor ocurrencia o relevancia, con el fin de generar criterios generales para situaciones similares que se puedan generar durante la evolución de la temática de los derechos fundamentales en su proyección en el área jurídico laboral.

2. SITUACIONES DE POSIBLE AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

2.1. Petición por parte del empleador diversos test y certificados

a) Test VIH/SIDA

El primer tema a tratar, dice relación con la solicitud de exámenes de VIH SIDA, este probablemente ha sido uno de los temas que más conflicto ha suscitado, no solo en el ámbito del derecho, sino también en otras ramas de estudio. El problema se manifiesta en el área laboral en dos aspectos, el primero de ellos dice relación con la solicitud de dicho examen como requisito para la postulación al trabajo, así como para el mantenimiento dentro de este, toda vez que la enfermedad se manifieste cuando el trabajador este desarrollando sus funciones.

Cómo es de público conocimiento el SIDA es una enfermedad que afecta directamente las defensas del sistema inmunológico del ser humano, enfermedad que aun con los avances médicos que se han desarrollado, provocará en un alto porcentaje de los casos de padecimiento, la muerte de la persona, y no será necesariamente por la presencia del virus, sino por otra enfermedad, pues el cuerpo en la medida que ve alterado su sistema

⁸⁵ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3704/134 de 11 de agosto de 2004.

inmunológico se encuentra altamente expuesto al contagio de otras enfermedades. Resulta necesario destacar además que el contagio del VIH SIDA, sólo opera de forma limitada, por ciertas vías, no obstante lo anterior existe una alta resistencia a vincularse de manera regular con personas que padecen esta enfermedad, razón por la cual, dejan de ser contratados para realizar labores al interior de una empresa, así como también son despedidos argumentando la falta de capacidad para desarrollar la labor encomendada, pues ciertamente sufren periodos de bajas de salud que influyen en su rendimiento. Y si no es esta la causa de despido, sería cualquier otra, como es la de necesidades de la empresa, pues el empleador prefiere pagar la indemnización que corresponda, con el único fin de no contar dentro de sus trabajadores con uno que padezca la referida enfermedad, hecho que atenta ciertamente con el principio de no-discriminación laboral.

Atendido el hecho de no ser procedente la petición de exámenes de este tipo como requisito para la postulación a un trabajo determinado, en la medida que atentaría contra el *derecho a la intimidad del trabajador*, así como al principio de no-discriminación laboral, se realiza una declaración conjunta de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) y la O.I.T., en la Reunión Consultiva sobre el SIDA y el lugar de trabajo, efectuada en 1988 en Ginebra, teniendo ésta como resultado el establecimiento del principio que los trabajadores afectados por SIDA no tienen en ningún caso la obligación de informar a su empleador acerca de su relación con dicha enfermedad, menos por la vía de la exigencia de un examen que detecte dicha enfermedad. Podemos decir que, en general, este principio viene a ratificar lo ya dicho en el Simposio Internacional de Reflexión sobre el SIDA, realizado en París en el año 1987, en el que se señaló que merece ser condenada toda acción inspirada por motivos discriminatorios, encaminada a negar empleo a personas portadoras del virus o a despedirlas.

Cabe señalar, que la situación en comento ha sido estudiada y regulada por la Asociación Chilena de Seguridad, institución que ha elaborado ciertas normas de procedimiento relativas al tema del manejo de exámenes para detectar a los posibles portadores de VIH⁸⁶, sustentado este procedimiento en un marco ético, regido por las siguientes directrices:

⁸⁶ Versión de julio de 2002, documento sin editar.

1) Consentimiento informado: Este principio establece, que el trabajador debe consentir la realización del examen después de haber sido debidamente informado respecto de la realización de este.

2) Confidencialidad: Este punto se refiere al manejo respecto de la información obtenida producto de la realización de los exámenes, este manejo de la información debe ser tratado personalmente con el trabajador, él será quien deberá tomar en conjunto con el profesional de la salud las decisiones que estime conveniente, ajustándose ciertamente a los criterios valóricos que conforman este marco teórico.

3) Derecho a la confirmación de un resultado de screening positivo: En el evento que el primer examen de detección arroje un resultado positivo, el trabajador tendrá derecho a solicitar un segundo examen, con el fin de confirmar el resultado del primero que se le practicó, todo esto con el único fin de que las decisiones que se generen producto del resultado del test de detección tengan como único fundamento la certeza diagnóstica proveniente de los exámenes y no en presunciones infundadas.

4) No-discriminación: Una vez obtenido los resultados de los exámenes de detección, la valoración de estos debe efectuarse en razón de criterios técnicos y de la aptitud del trabajador para desarrollar un determinado trabajo.

5) Condiciones seguras de trabajo: El trabajador tiene derecho a realizar su trabajo en condiciones de seguridad, siendo el SIDA un factor de riesgo relevante, que podría poner en riesgo tanto su seguridad como la de terceros. Como es de conocimiento general el consumo de drogas, que en muchos casos son recetadas como medio de atacar y contrarrestar los efectos adversos de la enfermedad, produce estados de alteración del sistema nervioso central, alterando principalmente las funciones sicomotoras, retardando las reacciones del consumidor, como consecuencia de ello el trabajador vera alteradas las condiciones de seguridad en el trabajo, situación a la que tiene derecho, vale decir a desarrollar su labor en un ambiente exento de riesgos innecesarios.

6) Derecho de la empresa a la información: Como correlato del principio del consentimiento informado dispensado por el trabajador, la empresa tendrá derecho a

conocer los resultados de los exámenes. Cabe señalar en este punto que un examen que arroje un resultado positivo no permite definir a un trabajador como apto para un determinado trabajo, por lo tanto en este caso la decisión respecto de la contratación quedará entregada a la empresa.

Asimismo la Asociación Chilena de Seguridad; establece ciertas contraindicaciones para los portadores del virus:

a) Trabajos que constituyen riesgos para el trabajador:

-Trabajos que requieren vacunación obligatoria por agentes vivos atenuados.

-Trabajos que exponen al trabajador al bacilo de Koch.

-Trabajos que exponen al trabajador a bacterias y virus.

-Trabajos que exponen al trabajador a radiaciones, benceno o citostáticos.

b) Trabajos en que el portador constituye un riesgo para terceros.

El criterio utilizado en este punto dice relación con que la enfermedad del VIH SIDA puede en algunos casos debutar con manifestaciones neurológicas, por ello se estima que constituye un riesgo para terceros que portadores del virus realicen las siguientes labores; Pilotaje de avión, conducción de maquinaria pesada o transporte público, manejo de centrales nucleares, entre otros.

Resulta indispensable señalar, que el consentimiento del trabajador, es requisito sine qua non para la realización del examen. Esta autorización debe ser por escrito según lo establece el Dictamen Ordinario del Ministerio de Salud 2G4465, de fecha 12 de julio de 2001, que regula el mencionado requisito de escrituración, se trata de una regulación de carácter administrativo, que en la práctica se cumple mayoritariamente⁸⁷.

⁸⁷ Véase una panorámica general en el Dictamen Ordinario 2G4465 de 12 de julio de 2001 emitido por el Ministerio de Salud.

En resumen, debemos tener presente a la hora de realizar un examen de detección de VIH SIDA, a un trabajador en particular, en primer lugar el cumplimiento de cada uno de estos requisitos a fin ciertamente de no vulnerar su derecho a la intimidad, sobretodo el de mayor relevancia cual será el consentimiento informado. Creemos que se trataría del requisito fundamental, pues en la medida que este no sea cumplido y el trabajador no tenga conocimiento del objeto y destino de un examen general, no haría posible cumplir con ninguno de los requisitos siguientes. Como segunda apreciación, debemos hacer presente que en la práctica este es justamente el requisito más vulnerado pues, en pocas ocasiones los postulantes a un puesto de trabajo están en conocimiento del objetivo de los diversos exámenes médicos que les son encomendados como requisito de postulación, y dentro de esta petición general esta justamente solicitado el test de detección de VIH, siendo desde ya una situación desconocida para el potencial trabajador.

Señalamos que gran parte de la doctrina desarrollada en torno al tema de la petición de examen de VIH, se encuentra abordada desde el punto de vista de la no discriminación⁸⁸, y estamos de acuerdo en que así debe ser, pues la protección en cuanto a la solicitud de exámenes de detección como requisito de contratación, así como el alejamiento del puesto de trabajo toda vez que el empleador se entere de su padecimiento, deben ser protegidos fundamentalmente por la regulación dispensada por este principio. Pero lo anterior no obsta a que este tema se entrelace con el *derecho a la intimidad del trabajador* contagiado, fundamentalmente en lo que a manejo de la información personal del trabajador se refiere, mirado tanto desde el punto de vista del empleador, como de las instituciones encargadas de ejecutar dichos exámenes. Así, los gobiernos, las compañías privadas de seguros y los empleadores deberían cerciorarse de que la información relativa a la consulta, la asistencia médica, el tratamiento y la obtención de las prestaciones tiene carácter confidencial, como es el caso de los datos médicos de los trabajadores, y de que el acceso a la misma sólo se haga de conformidad con la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo.1985 (núm. 171).

⁸⁸ Véase a este respecto el dictamen ordinario N° 3704/134 emitido por la Dirección del Trabajo, de fecha 11 de agosto de 2004.

Otras personas, como los síndicos y administradores de programas de seguridad social y de planes profesionales, deberían mantener el carácter confidencial de la información relativa al VIH/SIDA, como ocurre con los datos médicos relativos a los trabajadores⁸⁹, en consonancia con el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores, de la OIT, el cual será analizado posteriormente.

b) Test de embarazo

En materia de test de embarazo la pregunta que cabe señalar es, si se puede condicionar la contratación de una mujer al estado de embarazo en que se encuentre, amenazando de esta manera su derecho a la intimidad en el ámbito de sus relaciones laborales, pues la decisión entorno a la maternidad alcanza el ámbito más estricto de la vida privada de una mujer. En nuestro país a diferencia de otras situaciones de conflicto el tema de la petición de exámenes de embarazo, se encuentra regulado. A partir del 9 de noviembre de 1998, por medio de la publicación en el Diario Oficial de la Ley N°19.591 que modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad, se agregó al inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo, el cual versa bajo el siguiente tenor:

“Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato o la promoción o la movilidad de su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo; ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si la trabajadora se encuentra o no en estado de gravidez”.

Es así, como la norma en comento viene a regular en términos explícitos la situación analizada, estableciendo claramente que la petición de exámenes de embarazo a la mujer postulante a un trabajo no podrá ser en ningún caso condición para la contratación, así como tampoco se podrá constituir como requisito para permanecer en un trabajo determinado o ser renovado el contrato vigente, garantizando que la decisión en torno a la maternidad se mantenga como una de aquellas determinaciones libremente decididas,

⁸⁹ Organización Internacional del Trabajo, Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, Primera Edición, Ginebra, 2001, p. 17.

encontrándose dentro de aquellas amparadas por el derecho a la intimidad. Destacando en la redacción del articulado, que esta norma no solo viene a proteger a la mujer que se encuentra postulando a un puesto de trabajo, sino que además la protegerá durante su desarrollo laboral en cuanto esta ya se encuentre prestando servicios para un empleador determinado, impidiéndose por esta vía que su movilidad en el empleo se condicione a su estado de gravidez.

Podemos apreciar que el interés último del legislador respecto del artículo 194 inciso final del Código del Trabajo, “ha sido asegurarle a la mujer el libre acceso al trabajo y que no sea objeto de discriminación por la eventualidad de un embarazo; también, el que no se lesione su dignidad al exponerle a exámenes médicos que se consideran como requisitos obligatorio y, poco menos que esenciales, para conseguir un empleo”⁹⁰.

Desde otro punto de vista y según hemos señalado al inicio de este capítulo la amenaza o perturbación al libre ejercicio del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, en muchos casos se encontrará ligada con el principio de la no discriminación, pues como se señaló, este último derecho es utilizado como instrumento de apoyo para el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales, como es el derecho a la intimidad, en tanto se constituye como elemento condicionante a la hora de permitir ciertos límites que pudieren imponerse por el empleador en el desarrollo de los poderes empresariales, y desde este punto de vista recogemos las palabras de la Dirección del Trabajo, que en su dictamen ordinario en que fija el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación laboral⁹¹ dispone que: ” La incorporación en nuestra legislación (inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo) de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que

⁹⁰ Manual de Consultas Laborales y Provisionales, Febrero 1999, p. 38.

⁹¹ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3704/134 de fecha 11/08/2004.

no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso.

El dictamen nos señala que a esta conclusión debemos arribar en base al inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”, que abre, en función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal a otro tipo de diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en la norma. Estableciendo de esta manera la única razón con sustento legal para establecer diferencias de trato en el ámbito laboral.

Continua el dictamen argumentando que: “de no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de la discriminación por preferencia u opción sexual (minorías sexuales), o por apariencia física, no serían conductas discriminatorias y por tanto reprochables jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno. A igual conclusión se llegaba respecto de la discriminación por embarazo de la madre trabajadora o por ser el trabajador o trabajadora portador del virus VIH o por discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación”.

c) Examen de drogadicción

En materia de petición de exámenes de drogadicción, se han venido definiendo diversas pautas de acción a fin de regular la aplicación de exámenes pre-ocupacionales, sea orientado al ámbito de la prevención de riesgos o para determinar la capacidad del trabajador para desarrollar una determinada actividad. En este sentido en nuestro país, la Asociación Chilena de Seguridad, ha normado sobre los exámenes preventivos con relación a la utilización de resultados del test de drogas y VIH, en la relación laboral.

Tal como se describió en el ítem relativo a la petición de exámenes de SIDA/VIH, en materia de test de drogadicción se encuentra el documento sobre normas de manejo de aptitud laboral y test de detección de drogas⁹², destacando el acápite N°4 relativo al marco

⁹² Versión de septiembre de 2000, documento sin editar.

teórico que define los principios fundantes de la materia, reproduciéndose de esta forma lo ya tratado a propósito del SIDA, a saber se fijan los siguientes principios generales:

1. - Consentimiento informado.
2. - Confidencialidad.
3. - Derecho a la confirmación de un resultado de screening positivo.
4. - No-discriminación.
5. - Condiciones seguras de trabajo.
6. - Derecho de la empresa a la información.

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo, ha realizado Recomendaciones respecto del tratamiento que deben asumir enfermedades como la drogadicción, en la medida que afecten el desarrollo laboral de los trabajadores, asumiendo que estas deben tratarse como problemas de salud, y por lo tanto deben tratarse sin discriminación alguna, quedando dentro de las coberturas otorgadas por los servicios de salud, de igual manera deberá existir por parte de los empleadores un trato igualitario con relación a los trabajadores que se encuentren sometidos a tratamientos de rehabilitación. Es así, como el objeto principal de la Organización Internacional del Trabajo es crear medidas tendientes a la prevención y tratamiento de las conductas de drogadicción al interior de la empresa, garantizando en todo momento la confidencialidad de las conductas, en pleno respeto del derecho a la intimidad y a la honra de los trabajadores⁹³.

Como bien se ha mencionado anteriormente, la labor de la Dirección del Trabajo ha sido consistente a la hora de determinar la existencia, sentido y alcance de los derechos fundamentales de los trabajadores, pronunciándose respecto a esta temática mucho antes de la entrada en vigencia del artículo 5 de nuestro Código del Trabajo. En este orden de cosas

⁹³ Véase una panorámica general en www.conacechile.cl.

en el dictamen ordinario 8273/337 de 19 de diciembre de 1995⁹⁴, se pronunció respecto de la legalidad de ciertas modificaciones al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la Empresa Compañía Minera Mantos de Oro. Destacando desde ya la función limitadora de los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la relación laboral. Manifestando en cuanto a la petición de exámenes de drogadicción que: “La modificación del artículo 21 número 2 en orden a realizar un examen aleatorio a sus trabajadores que se encuentran laborando, sin ningún tipo de exclusión de personas, en el recinto de la Compañía para detectar el uso y-o influencia del alcohol o drogas que comprometan o alteren la aptitud del trabajador, no se ajusta a derecho porque, al igual que en los casos anteriores, no se explicita y determina el mecanismo de selección a ser utilizado, no bastando para garantizar la universalidad y despersonalización del mismo, la sola mención de un "examen aleatorio" en la modificación señalada”. Por lo tanto, si bien el empleador ejercitando su derecho a dirigir libremente su actividad económica podría solicitar la realización de exámenes de detección de drogas, estos deberán cumplir además con los requisitos de toda medida de control, siendo la impersonalidad de la medida uno de los requisitos fundamentales, lo que se traduce en que no basta la indicación de que el examen será aleatorio, sino que debe además explicitarse cual será el mecanismo de selección aleatoria, con el fin de determinar si este se ajustaría o no a la legalidad.

Continúa el dictamen señalando que “a modificación del artículo 21 número 7 en orden a prohibir la introducción de bebidas alcohólicas o drogas alucinógenas a recintos de la Empresa, incluyendo los medios de transporte provistas por ella, y en el caso de las drogas, consumirlas o darlas a consumir en cualquier momento o circunstancia, ya sea antes, durante o después del trabajo, en recintos de la empresa, se ajusta a derecho en cuanto consisten en una legítima prohibición que el empleador, en el ejercicio de su poder disciplinario, puede adoptar para proteger la seguridad y salubridad en la empresa, más aún cuando su validez espacial se circunscribe al recinto de la empresa o a los medios de transporte provistos por ella.

d) Exámenes médicos generales

⁹⁴ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario 8273/337 de 19/12/1995.

La salud, como concepto opuesto a la enfermedad, debemos entenderlo como un estado psicofísico que permite a las personas disfrutar plenamente de sus potencialidades, sin sentirse disminuidos por alguna afección, temporal o permanente, que los incapacite total o parcialmente. Desde luego que, para trabajar, la salud es una situación fundamental, que permite la disposición física y psíquica necesaria para cumplir las obligaciones y tareas que se han asumido. Normalmente se debe ingresar a trabajar, inicialmente, sano, excepto que efectivamente se incorpore igual a la persona, a pesar de registrar alguna enfermedad. Esto se determina cuando el empleador cumple con el resguardo de efectuar un examen pre-ocupacional, en su propio interés y para no encontrarse con sorpresas en el tiempo. El tema, en lo que a nuestro estudio respecta, es saber si, detectada una enfermedad en el mentado examen, ello es suficiente para que la posibilidad ocupacional ceda y el empleador presunto desista de contratarlo.

Es así, como la petición de exámenes médicos constituyendo requisito de postulación a un empleo en la actualidad se presenta de manifiesto con alta frecuencia, sustentado en la necesidad de la empresa moderna de mantener bajo su dependencia un cuerpo de trabajadores calificado físicamente para el desempeño de las labores que les son encomendadas. Cabe señalar que bajo las directrices de la política de empleo sin discriminación, la tendencia actual en materia de contratación amplia sus horizontes con relación a ofrecer nuevos puestos de trabajo a personas que padecen alguna discapacidad, estableciéndose de ante mano cuales son los requisitos de postulación, y cuales son las plazas de trabajo ofrecidas de acuerdo a las condiciones físicas de los postulantes a los diversos empleos, todo lo anterior enmarcado, bajo las nuevas tendencias de la Seguridad Social y la aplicación de los principios de no-discriminación.

Con el fin de orientarnos, con relación a establecer las directrices en materia de petición de exámenes médicos, sin que estos atenten en contra del ámbito de privacidad inalienable del trabajador, hemos recurridos a las orientaciones entregadas por el Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud Español, quienes señalan como primera premisa, que la vigilancia de salud al interior de la empresa debe respetar la intimidad de los trabajadores y la confidencialidad de la información, la vigilancia de la salud debe guiarse estrictamente

por objetivos de prevención de riesgos y de mejora de las condiciones de trabajo, así como de protección de la salud del propio trabajador o de terceras personas.

Los objetivos antes mencionados deben enmarcarse bajo estrictos cánones de obtención de la información, así como del tratamiento de los datos obtenidos en esta labor. Todas las actividades de vigilancia de la salud deben someterse a los principios éticos de la investigación científica y de la deontología profesional y respetar el derecho de las personas a la confidencialidad de los datos sanitarios.

Por su parte el acceso a los datos y a los archivos médicos individuales, debe restringirse solo a los profesionales sanitarios. Los datos personales sobre la salud deben estar accesibles para cada trabajador y no pueden ser comunicados a terceras personas sin su expreso consentimiento. No obstante, y siempre manteniendo el sigilo profesional y el anonimato, los datos agregados deben estar al alcance de las personas con funciones y competencias en salud laboral a objeto de posibilitar la utilización con fines preventivos de los resultados de la vigilancia de la salud.

Ciertamente, la característica principal de este tipo de control al interior de la empresa, es que la vigilancia en materia de salud no debe generar discriminación laboral, los resultados de estas actividades no puede ser utilizado en contra de los intereses del trabajador, se repiten los principios ya vistos en materia de petición de examen de VIH y test de drogas, como son la voluntariedad y el consentimiento informado de los trabajadores, ejercidos tanto individualmente, como mediante mecanismos de participación colectiva. Señala la referida asociación que: “Se debe evitar especialmente la utilización de la vigilancia de la salud como método de selección de trabajadores resistentes al riesgo. Los exámenes de salud deben orientarse a la prevención y no a la selección. En los exámenes de salud previos a la asignación de una tarea se evitarán valoraciones sobre requerimientos psicofísicos no justificados. En los exámenes de salud se tenderá a sustituir el concepto de ‘aptitud’ del trabajador por el de ‘adaptación’ del puesto de trabajo. Se rechaza explícitamente la utilización del llamado screening genético para valorar la predisposición o susceptibilidad individual de los trabajadores frente al riesgo. Debe evitarse la pérdida de

empleo por motivos de salud promoviendo en su lugar la adaptación del puesto de trabajo o la asignación de tareas alternativas como soluciones más idóneas”⁹⁵.

Analizando la situación sobre la petición de exámenes médicos, desde el punto de vista de la prevención de enfermedades al interior de la empresa, resulta de importancia el mantenimiento de un registro de ausencias y bajas laborales por motivos de salud, el estudio de estos mecanismos de información nos podría llevar a establecer si existe alguna relación entre la enfermedad que motiva la baja y la exposición a riesgos en el lugar de trabajo, materias propias de la rama de Seguridad Social.

Debemos señalar, que en nuestra legislación actual no encontramos preceptos específicos que digan relación con el tema de la petición de exámenes médicos como requisito de postulación a un trabajo, si bien existe jurisprudencia administrativa referida al tema de la salud de los trabajadores, se aboca a esta materia desde el punto de vista de la petición de exámenes médicos durante la vigencia de la relación laboral, y con un fin meramente preventivo.

En efecto, la Dirección del Trabajo mediante su Dictamen Ordinario N° 4916 / 0226 de 2001 señala que por aplicación del artículo 154 del Código del Trabajo N° 9, el reglamento interno de la empresa deberá contener *las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento*. De esta manera, sería factible establecer en cumplimiento de este numeral, un control periódico de salud de los trabajadores, atendiendo a la función que desempeña. Sirviendo asimismo de base a esta premisa el Decreto Supremo N° 40, de 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que contiene el reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales, decreto que en su artículo 17, establece normativa con relación al contenido del Reglamento Interno, estableciendo la posibilidad de normar sobre materias relativas a la obtención de exámenes médicos o psicotécnicos del personal.

⁹⁵ Pere Boix, Fernando. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. España. Diciembre de 2003. Disponible en www.cisred.com.

Todavía más, y en forma más acotada, en materia de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el artículo 67, de la ley 16.744, "*sobre seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*", dispone:

"Las empresas o entidades estarán obligadas a mantener al día los reglamentos internos de higiene y seguridad en el trabajo y los trabajadores a cumplir con las exigencias que dichos reglamentos les impongan. Los reglamentos deberán consultar la aplicación de multas a los trabajadores que no utilicen los elementos de protección personal que se les haya proporcionado o que no cumplan las obligaciones que les impongan las normas, reglamentaciones o instrucciones sobre higiene y seguridad en el trabajo. La aplicación de tales multas se regirá por lo dispuesto en el Párrafo I del Título III del Libro I del Código del Trabajo".

e) Extracto de filiación

La petición de certificado de antecedentes penales en nuestro sistema, ya ha encontrado el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, quienes por medio de su dictamen N°3840/194 de 18 de noviembre de 2002, ante la consulta por parte de la institución COANIL con relación a la petición de dicho certificado a los postulantes a puestos de trabajo, se manifestó de la siguiente forma "*Se ajusta a derecho la exigencia de la Fundación COANIL a los postulantes a puestos de trabajo en dicha institución, de un certificado de antecedentes penales y criminales, pero sólo respecto del caso de trabajadores cuya función principal y directa sea la atención y cuidado de niños, quedando, en principio, impedida legalmente de exigir y considerar dicha circunstancia respecto del resto de los trabajadores, a objeto de garantizar la No-discriminación laboral consagrada en la Constitución y la ley laboral.*"⁹⁶.

La Dirección del Trabajo fundamenta su dictamen en primer lugar en la Constitución Política de la República, que en su artículo 19, número 16, inciso tercero, prescribe que: "se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin

⁹⁶ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3840/194 de 18/11/2002.

perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos". Estableciendo claramente que el hecho de poseer antecedentes penales, no puede ser elemento discriminador a la hora de efectuar una contratación laboral, pues la vida privada anterior del trabajador no podrá de manera alguna influir en la decisión respecto de una contratación determinada.

Asimismo, en el plano legal, el artículo 2 del Código del Trabajo, en sus incisos 2 y 3, señala que: "son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación", agregando que "los actos de discriminación son las distinciones, preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

De esta manera, la Dirección del Trabajo, afirma que fundamentado tanto en el precepto constitucional como legal podemos señalar que la solicitud de antecedentes penales, sólo puede ser admisible cuando resulta indispensable su obtención, debido a que la existencia o no de antecedentes penales, resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutar el determinado trabajo a que se está postulando, conforme lo prescribe, como excepción, al principio general de no-discriminación nuestra carta fundamental.

El dictamen es concluyente en establecer que: *“Si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidación del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo, en cuanto la ley laboral, aplicando el principio de vinculación directa de los particulares al texto fundamental, consagrado en los artículos 5° y 6° de la Constitución, expresamente señalado, en el nuevo inciso primero, del artículo 5° del Código del Trabajo, que "el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador*

*tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos"*⁹⁷.

f) Certificado de antecedentes comerciales

A diferencia de otros casos prácticos, analizados en este trabajo en torno al derecho a la intimidad de los trabajadores, el tema relativo a la petición de antecedentes comerciales, como requisito de contratación, y por lo tanto directa intromisión en la realidad personal de cada individuo, es una materia que ya se encuentra regulada particularmente en nuestra legislación, esto, debido a la imposibilidad de acceder a nuevos puestos de trabajo que existía en gran parte de la masa trabajadora chilena, quienes producto de las bajas económicas han perdido sus fuentes de ingresos, lo que genera en definitiva, la imposibilidad de solventar los gastos de primera necesidad y caer ciertamente en una situación de cesación de pagos, lo que redundaría en que su situación económica es registrada por instituciones que trabajan al alero de los antecedentes personales de los ciudadanos, pudiendo incluso hoy en día cualquier persona acceder a los antecedentes comerciales de otra, es así como de esta misma forma los empleadores actualmente exigen como requisito de contratación la presentación de dichos informes.

Ante esta situación en concreto, nuestro sistema responde prescribiendo en el inciso 6 del Art. 2 del Código del Trabajo, que el empleador, no puede condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, pueden ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno.

La excepción existente en nuestro sistema es que el empleador puede exceptuarse de la norma reseñada en el párrafo anterior respecto de los trabajadores que tienen poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración. La misma norma excepcional puede aplicarse a los trabajadores que tienen

⁹⁷ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3840/194 de 18/11/2002.

a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

En su labor interpretativa la Dirección del Trabajo se ha pronunciado en este sentido por medio del dictamen 31402/40 de 28 de julio del año 2000, en el que analizó la legalidad de algunas de las cláusulas contenidas en Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la Empresa de Servicios Aeroportuarios Lan Chile S.A., acogiendo la impugnación formulada al artículo 2º del Reglamento Interno de dicha empresa, por cuanto el N° 7 de esta disposición exige a las personas interesadas en ingresar como trabajadores de la empresa acompañar certificado de antecedentes comerciales, requerimiento que, en opinión del Servicio, atentaría contra lo previsto en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, precepto que prohíbe *"cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal"*.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, sobre la base de la petición del denominado informe de Dicom, que en nuestro sistema es reconocido como el informe recurrido de la situación financiera patrimonial de las personas, señalando al respecto: "Ahora bien, conforme a los principios de supremacía constitucional y vinculación directa contenidos en el artículo 6º de la Constitución Política del Estado, y las normas de rango constitucional analizadas, esta Dirección del Trabajo debe, emitir una opinión sobre la constitucionalidad y legalidad de exigir al postulante a un empleo o al dependiente con contrato de trabajo vigente, la presentación de un certificado de la empresa Dicom, máxime si conforme al actual inciso 4º del artículo 2º del Código del Trabajo, *"Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios"*⁹⁸. Tal es el sentido de la doctrina de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, cual es, *"servir de*

⁹⁸ Dirección del Trabajo, dictamen 3448-0168, de 12/09/2001.

pauta de comportamiento de los individuos en sus relaciones y no simplemente de ser un elemento interpretativo del Derecho privado”⁹⁹.

La Dirección del Trabajo, considera que exigir certificado de antecedentes comerciales, como requisito de contratación, implica incorporar al proceso de selección de personal una exigencia arbitraria y caprichosa que no consulta la ley, y que, por lo mismo, perturba la garantía constitucional de libertad de trabajo. “Esta misma objeción jurídica es válida en el caso que se haga depender la conservación del empleo a esta consulta certificación. Sin duda, una empresa cuyo giro consiste en recibir, administrar y certificar información específica del ámbito financiero y comercial -por su naturaleza- no se encuentra en condiciones de aportar antecedentes útiles y pertinentes sobre *“la capacidad o idoneidad personal”* del aspirante a un empleo o de un actual dependiente, que es la exigencia -y no otra- que precisa la Constitución y la ley.

Y más específicamente, en cuanto al fondo, esta carga como se le ha denominado a esta certificación, de acuerdo al artículo 2 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, significa una definida y nítida causal de discriminación. Efectivamente, al discernir y decidir el empleador sobre el postulante a un empleo o sobre la conservación de éste, lo hace sobre la base de un certificado en que constan hechos que - en palabras del Pacto- dan cuenta de la *“posición económica”* del aspirante o trabajador, al proporcionar información sobre el grado y capacidad de cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras. Y como se ha dicho, es discriminatorio e indebido erigir la *“posición económica”* como factor dirimente de la postulación a un trabajo o de la conservación de éste”¹⁰⁰.

Ahora, como bien se desprende del párrafo anterior, a la consagración normativa nacional de esta temática, debemos incorporar la protección dispensada por el Pacto Internacional de

⁹⁹ Bilbao Ubillos, José María, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, Boletín de la Dirección del Trabajo, mayo 2001, p. 17.

¹⁰⁰ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario, 3448-0168, de 12/09/2001.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento, como lo manifiesta la Dirección el Trabajo viene a reforzar *"la libertad de trabajo como derecho fundamental"* consagrado por nuestra Constitución, pero además -y es lo innovador en esta materia- precisa e individualiza determinadas *"causales"* a las que atribuye expresos efectos discriminatorios y transgresores de la garantía constitucional de la libertad de trabajo. Estas -así denominadas- *"causales o circunstancias"* de discriminación, exclusión o preferencia que contempla este Pacto, a su turno, incrementan y enriquecen aquellas que tienen su origen en la legislatura nacional, que son, a saber: *"raza, color sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social"* (actual artículo 2º inciso 2º del Código del Trabajo).

Es así como el inciso N° 1 del artículo 6 de este Pacto, dispone: *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho"*.

Garantizando la eficacia de este derecho fundamental, este Pacto, deja establecido en el N° 2 del artículo 2 del mismo, la calidad de garantes de los Estados Partes, los que deberán asegurar que este derecho se ejerza, *"sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

Por lo tanto, de lo anteriormente expuesto, se desprende que nuestra legislación goza de absoluta regulación, en cuanto al tratamiento de los datos personales, con relación a los antecedentes comerciales de las personas, ya sea por su consagración constitucional, reseñada en el párrafo anterior, así como lo establecido en el artículo 2 del Código del Trabajo, todo lo anterior unido a la ratificación por parte de nuestro país del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales. Lo cierto, es que independiente de todas estas normas, (al parecer en muchos casos de carácter programáticas), la contratación, sigue condicionada en gran parte de las ofertas de empleo, a la ausencia de antecedentes que avalen una conducta comercial reprochable, a mayor abundamiento, basta con que el futuro empleador consulte de manera particular los antecedentes del candidato al puesto de trabajo, para verificar su actual situación financiera, por lo tanto, el tema relativo a la

petición de certificado de antecedentes comerciales como requisito para la contratación, a nuestro juicio se extrapola al ámbito estrictamente laboral, trasladándose de lleno al área constitucional, en cuanto a la protección del derecho a la privacidad como garantía constitucional de todo ciudadano, y no solamente de los trabajadores, donde alcanza su mayor grado de injusticia y vulneración.

2.2. Vigilancia de los trabajadores en el lugar de trabajo

2.2.1. Instalación de cámaras de video y micrófonos

Uno de los medios de control al interior de la empresa que mayores conflictos ha generado en la práctica entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y el derecho a dirigir libremente su empresa por parte del empleador, es el referido a la instalación de cámaras de video y micrófonos, como mecanismo de protección de la seguridad de los trabajadores en el desempeño de sus labores. El problema se plantea en torno a establecer en que casos esta medida de seguridad se traslada al plano de la vigilancia de los trabajadores, atentando directamente a la privacidad de los mismos, verificando de esta forma el empleador, si sus dependientes se encuentran o no desempeñando las labores encomendadas.

El dictamen pionero y de mayor trascendencia en esta materia es el N°8273/337 de 19 de diciembre de 1995¹⁰¹, el cual estableció la doctrina administrativa en cuanto a la implementación de medidas de control que se desarrollen al interior de la empresa, de manera de salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores, en la relación laboral, principios que se ven asimismo recogidos por medio de los dictámenes N°s. 2328/0130 de 19 de julio de 2002¹⁰² y 260/019 de 24 de enero de 2002¹⁰³ de la Dirección del Trabajo, estableciéndose que las medidas de control que la ley autoriza, e incluso en algunos casos impone, obligando a los empleadores a dictar un Reglamento Interno de

¹⁰¹ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 8273/337 de 19/12/995.

¹⁰² Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 2328/0130 de 19/07/2002.

¹⁰³ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 260/019 de 24/01/2002.

Orden, Higiene y Seguridad¹⁰⁴, de conformidad a los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Las medidas de revisión y control, al importar un límite a la privacidad deben necesariamente incorporarse en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa que prescribe la ley.
- Sólo pueden aplicarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, persiguiendo los objetivos de mantener el orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores.
- Su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, estas medidas de control deberán ser operadas a través de un mecanismo o sistema de selección de carácter universal.

¹⁰⁴ Conforme lo determina el artículo 153 del Código del Trabajo: “Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento. Especialmente se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores. Una copia del reglamento deberá remitirse al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la vigencia del mismo. El delegado del personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo según corresponda. De igual modo, esa autoridad esa Dirección podrán, de oficio exigir modificaciones al reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo siguiente”.

– Debe respetarse la dignidad del trabajador.

En opinión de la Dirección del Trabajo, el incumplimiento de alguno de los requisitos enunciados, “hace que la adopción de dispositivos de control audio-visual, de uso frecuente en sectores como el transporte público y el comercio, exclusivamente dirigidos al control de la actividad del trabajador, suponen un atentado al derecho a la intimidad, vida privada y honra del trabajador, todos elementos que conforman un límite infranqueable al ejercicio de las facultades empresariales. En consecuencia, resulta ilícita la utilización de mecanismos de control audiovisual cuando ellos supongan atentados de tal magnitud que afecten el contenido esencial de la garantía constitucional”¹⁰⁵. Respecto de la adopción de mecanismos de control audiovisual, el servicio estima que sería lícita la adopción de dichos mecanismos, cuando ello sea objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos (materiales tóxicos o peligrosos, alto costo de las maquinarias o de las materias primas, etc.) o por razones de seguridad, sea de los propios trabajadores o de terceros (prevención de asaltos a bancos, aeropuertos, prevención de comisión de hurtos en centros comerciales, etc.)¹⁰⁶.

Por lo tanto, la licitud de la instalación de mecanismos de vigilancia y control requiere como requisito esencial, que no apunten al control de los trabajadores en cuanto a la realización de las labores encomendadas, sino exclusivamente a razones de seguridad al interior de la empresa, ciertamente en esta labor de seguridad en algunos casos se producirá como consecuencia secundaria de la visual de una cámara, el hecho de ver la actividad laborativa del trabajador, pero esta situación solo podrá revertir los caracteres de ocasional y en ningún caso podrá ser utilizada como mecanismo de control de sus actividades.

En cuanto al registro de imágenes y sonidos que pueda existir como resultado de las medidas de seguridad y control audiovisual, la Dirección del Trabajo, ha establecido criterios generales, que deben ser adoptados en relación con el destino de estas grabaciones:

¹⁰⁵ Boletín Dirección del Trabajo, Guía Práctica del Código del Trabajo, octubre, año 2002.

¹⁰⁶ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 2328/130 de 19/07/2002.

- Debe garantizarse la debida custodia y almacenamiento de las grabaciones.
- Los trabajadores deberán tener pleno acceso a las grabaciones en las que ellos aparezcan, pudiendo, con la debida autorización, acceder a ellas los representantes sindicales.
- Deberá garantizarse la reserva de toda la información y datos privados del trabajador obtenidos mediante estos mecanismos de control audiovisual, excluyendo de su conocimiento a toda persona distinta al empleador y al trabajador, excepto que la grabación sea requerida por organismos con competencia para ello.
- El empleador deberá, en un plazo razonable, eliminar las cintas que contengan datos no relativos a razones técnicas productivas o de seguridad.
- Es ilícito alterar o manipular el contenido de las grabaciones o editarlas de modo que se descontextualicen las imágenes en ella contenidas¹⁰⁷.

En el plano práctico, la mayor cantidad de consultas que ha recibido la Dirección del Trabajo, con relación a los referidos mecanismos de control, ha sido relacionada con el tema de la instalación de cámaras de seguridad al interior de los buses de la locomoción colectiva, ubicadas normalmente en la parte delantera del vehículo, encontrándose dirigidas hacia el interior de este, captando en su radio de acción una perspectiva de 180 grados, quedando bajo el espectro de la cámara de vigilancia el conductor, los pasajeros y la entrada delantera y parte del pasillo del bus. Las imágenes captadas son recogidas por una cinta de video, la cual es mantenida en una caja hermética cerrada al interior del bus, quedando activadas por el solo hecho de abrirse las puertas de la maquina, mediante un censor. Este mecanismo esta sustentado justamente en la necesidad de encontrar medios aptos para lograr la seguridad del conductor y pasajeros al interior del bus de la locomoción colectiva, esto ante los reiterados asaltos a los que se ven expuestos de manera habitual, el problema se presenta en cuanto la Dirección del Trabajo ha constatado que con este medio de vigilancia también es susceptible de controlar la actividad del conductor del bus.

¹⁰⁷ Boletín Dirección del Trabajo, Guía Práctica del Código del Trabajo, octubre, año 2002.

El dictamen 2328/130, de 19 de julio de 2002, estableció la doctrina de la Dirección del Trabajo con relación a los sistemas de control audiovisual instalados en los vehículos de la locomoción colectiva manifestando que la procedencia o improcedencia de la implementación y utilización de sistemas de control audiovisual, “debe determinarse a la luz de los objetivos o finalidades tenidas en vista para su implementación, antecedentes que permitirán en definitiva establecer si dicho control afecta o no la dignidad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores. Se trata en concreto, de determinar en qué medida la utilización de tecnologías de control puede llegar a afectar el derecho a la intimidad del trabajador, garantía que como se sabe, le es reconocida por la propia Carta Fundamental (artículo 19 N° 4) y que ha de suponer para éste, tanto el reconocimiento de un ámbito propio y excluido a la intromisión o invasiones no queridas, como el derecho a controlar los datos e información relativas a su persona”¹⁰⁸.

Al respecto, el mismo pronunciamiento establece que cuando la finalidad perseguida con los sistemas de control audiovisual, se orienta exclusivamente a vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, no resulta lícito, “toda vez, que supone una forma de control ilimitada, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad y en forma panorámica, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empresario o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador”, provocando “en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. El trabajador, al verse expuesto de forma ininterrumpida al ojo acusador de la cámara, será objeto de una forma intolerable de hostigamiento y acoso por parte de su empleador”¹⁰⁹.

Continúa el dictamen argumentando que la utilización de estos mecanismos de control audiovisual, con el exclusivo objetivo de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del *derecho a la intimidad del trabajador* no

¹⁰⁸ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario 2328/130, de 19/07/2002.

¹⁰⁹ Ibidem.

idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado «*principio de proporcionalidad*», y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. En virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control audiovisual, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, lo que en la situación en análisis evidentemente no ocurre, ya que existen variadas otras formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador.

Ahora bien, independiente de estas consideraciones el sistema de seguridad por medio de cámaras, sólo puede ser implementado en la medida que cumpla con todos los requisitos para la aplicación de cualquier medida de control, las cuales ya fueron analizadas al iniciar esta materia.

“En lo referido a los *requisitos específicos* de los mecanismos de control audiovisual y que arrancan de su propia naturaleza, ellos pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) No deben dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible, orientarse en un plano panorámico;
- b) Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y
- c) Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuarios, etc”¹¹⁰.

¹¹⁰Dirección del Trabajo, dictamen ordinario 3276/173, de 7/10/2002.

Por lo tanto, como conclusión a la temática en comento debemos dar por establecido que la instalación de cámaras de video al interior del lugar de trabajo, se trataría de una práctica lícita, solo en la medida que cumpla con los requisitos generales de toda medida de control, así como los particulares para este tipo de medio de control, teniendo especial cuidado en el manejo de la información que se pueda obtener por este medio, protegiendo en todo momento el *derecho a la intimidad de los trabajadores* que se ven sometidos a la vigilancia permanente de dichas cámaras.

Lo anterior, dejando de manifiesto que la instalación de estos medios de control al interior de la empresa en ningún caso pueden significar la vigilancia de la actividad del trabajador, como mecanismo de análisis de la actividad de este, sino que por el contrario, sólo podrán ser establecidas en razón de la seguridad de los trabajadores o en casos del todo restringidos por la peligrosidad de la actividad que están realizando, pues de lo contrario se trataría de un sistema que atenta en contra del derecho a la intimidad de los trabajadores, pues dejaría de ser un sistema de control derivando en un sistema de vigilancia ilícito bajo la normativa vigente.

Por último, destacamos que esta temática ya ha sido objeto de contienda judicial en nuestro país, iniciándose por medio del recurso de protección promovido por los Sindicatos 1 y 2 de Empresas Aqua Chile S.A, quienes recurren en contra de su empleadora, en causa rol 156-2005 ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, debido a la vulneración de su derecho a la intimidad por la utilización con fines de vigilancia que efectuaba el empleador, en contra de determinados trabajadores, siendo esto último analizado en extenso en el último capítulo de este trabajo.

2.2.2. Control del correo electrónico y uso de Internet

El segundo tema que mayor análisis y debate ha generado tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica, con relación a la protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, es sin lugar a dudas el referido al control del correo electrónico y uso de Internet por parte del trabajador en su lugar de trabajo, debido fundamentalmente a los progresos tecnológicos que se viven actualmente, los cuales obviamente facilitan la labor al interior de la empresa, pero que en muchos casos se presta para el uso desmesurado de este

medio tecnológico para fines estrictamente personales, lo que podría redundar en diversas problemáticas laborales.

Para el buen entendimiento de esta temática, debemos iniciar nuestro estudio, analizando la protección legal de que gozan en nuestro sistema las comunicaciones privadas, sobre la base de la intimidad como derecho, ya que esta como bien se ha descrito, se encuentra amparada en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, acompañada de ciertas normas específicas que regulan la materia, a saber la Ley N°19.628, que regula el tratamiento de datos personales, la Ley 19.223 sobre delitos informáticos, cuerpo legal que en su artículo 2° tipifica como delito la interferencia, interceptación o acceso no autorizado a un sistema de tratamiento de información, hecho con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente los datos contenidos. De igual forma el artículo 4° penaliza la difusión o revelación maliciosa de los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, nuestro Código Penal también aborda la problemática estableciendo en sus artículos 144 y 146 la tipificación del delito de violación de morada y de apertura de correspondencia, y en último lugar la norma contenida en el artículo 36 b) de la Ley General de Telecomunicaciones, que tipifica como delito la interferencia, interceptación, o interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

Cabe señalar la disposición contenida en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 5, en que se señala, *“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”*.

Como se estableció en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución“(…) la redacción del texto tiende a cubrir toda forma de correspondencia, o sea, toda forma de comunicación espiritual y material entre dos individuos proyectado el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata”. Los redactores de la Constitución, al referirse al alcance del término “privada” establecen que una comunicación tiene este carácter cuando “el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe” lo cual ha sido interpretado de manera extensiva, aplicando la garantía constitucional aún cuando el destinatario no sea

determinado individualmente, pero sea determinable por otros medios”¹¹¹. De esta manera, debemos llegar a la necesaria conclusión, de que la correspondencia enviada por medio de un correo electrónico a través de Internet, se encuentra amparada por nuestra carta fundamental en cuanto constituye forma de comunicación privada, la cual si bien es cierto al momento de la redacción de la Constitución no se encontraba contemplada como mecanismo de comunicación, hoy conforme a los avances tecnológicos, se sitúa dentro de los primeros lugares en las formas de manifestación de contenidos tanto público como privados. Descendiendo en la pirámide normativa, debemos hacer necesaria alusión a la norma contenida en el artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, que establece los ya denominados límites infranqueables a la actividad del empleador con relación a los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial a la intimidad de estos.

Ante reiteradas consultas que ha recibido la Dirección del trabajo respecto a esta temática, se ha manifestado de manera explícita, en primer lugar, haciendo hincapié en que el tema del registro del correo electrónico de los trabajadores por parte de sus empleadores no hace más que generar una discusión teórica, respecto de la pugna que se produce en el plano práctico con relación al ejercicio de dos garantías consagradas en la Constitución Política de la República como son por un lado, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada así como el derecho que tiene el empleador de organizar y dirigir la actividad de sus empleados al interior de la empresa, fundado en el derecho de propiedad que goza sobre los bienes que son de su pertenencia y que son los que sirven de base para las comunicaciones privadas como es el caso en concreto de los ordenadores terminales de red en las diversas empresas, que son puestos a disposición de los trabajadores para fines estrictamente laborales.

Ahora bien, la Dirección del Trabajo ha tomado en consideración la experiencia de los hechos en la práctica y de cómo ha asumido hasta ahora el empleador la explotación de ciertos medios de comunicación que si bien corresponden a bienes de su propiedad se encuentran a disposición del trabajador, como son los teléfonos, o cierto mobiliario como

¹¹¹ Jaramillo Gajardo Paula y Álvarez Valenzuela Daniel. “La privacidad del correo electrónico”. Disponible en www.derechosdigitales.org.

casilleros para guardar cosas personales, cajones, escritorios etc., estos se destinan justamente, al mantenimiento de objetos que, como bien señala la Dirección son un reducto del derecho a la intimidad de los trabajadores y no por que sean bienes de propiedad del empleador podrán estar a su entera disposición, sino que por el contrario se trata de espacios de privacidad del trabajador. Es así como en base a este análisis comparativo, concluimos que este criterio debemos hacerlo extensivo a la situación del correo electrónico.

Lo anteriormente expuesto, “no es impedimento para que resulte aconsejable la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora, lo que naturalmente no puede ni debe significar limitar *la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada*. En efecto, como se sabe, es obligatorio para las empresas que ocupen diez o más trabajadores, “*confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento*”, conforme lo precisa el inciso 1° del actual artículo 153 del Código del Trabajo. Previa la entrada en vigencia de esta normativa, de oficio o a petición de parte, esta Dirección puede “*exigir modificaciones al referido reglamento interno en razón de ilegalidad*”, según -ahora- el inciso final de la citada disposición legal”¹¹²

Resulta del todo acertado, pronunciarse respecto de la situación de aquellas empresas que mantiene menos de diez trabajadores prestando servicios bajo su dependencia, pues en este caso no es obligatoria la regulación por medio del Reglamento Interno de la Empresa, en este caso la regulación del uso del correo electrónico podría efectuarse por medio del contrato individual de trabajo, pero en ningún caso se podrá ver afectado el derecho a la inviolabilidad de toda comunicación privada en su esencia, tal como lo prescribe nuestra carta fundamental respecto de todo derecho consagrado en esta.

¹¹² Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 260/19 de 24/01/2002.

Ahora, tanto para el caso en que la regulación provenga del establecimiento de limitaciones por medio del Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, o por la vía antes descrita, vale decir por medio del contrato individual de trabajo, deberá esta regulación del uso del correo electrónico al interior de la empresa, contar con todos los requisitos exigidos respecto de cualquier medida de control, fundamentalmente con relación a la impersonalidad y generalidad de la medida, siendo realizados por medios idóneos y concordantes, pues controles de carácter arbitrario ciertamente atentarían de manera directa al objeto de este estudio, cual es el *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

Visto desde otra perspectiva, “la doctrina comparada ha imaginado los costos de uso extraproductivos del correo electrónico, los que también podrían regularse por el reglamento interno de la empresa: “Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes al uso del correo electrónico, no se le puede, de entrada, exigir que vaya a su costa la utilización del mismo para fines personales del asalariado o no relacionado directamente con la propia producción o la prestación del servicio de que se trate: se trataría de un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, de un abuso de derecho o una deslealtad contractual”¹¹³.

Aún cuando el referido dictamen hace referencia a los tópicos fundamentales del uso del correo electrónico al interior de la empresa por parte de los trabajadores, deja pendientes algunos puntos que son analizados por Paula Jaramillo Gajardo y Daniel Álvarez Valenzuela, en su trabajo denominado “Privacidad del Correo Electrónico”, manifestando al respecto, en primer lugar, el hecho de “cómo discernir si la correspondencia electrónica recibida y enviada por el trabajador reviste carácter privado o público; y, existen hipótesis de riesgo que hagan excepción a la regla, por ejemplo, las búsquedas del empleador destinadas a recobrar en forma inconsulta un archivo o documento necesario.

¹¹³ Falguera i Baró, Migue Angel. “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, Revista Relaciones Laborales Nº 22, España, noviembre de 2000, p. 24.

Por otro lado, sin llegar a constituir una intromisión en el contenido de la correspondencia electrónica, la Dirección del Trabajo no se pronuncia sobre la posibilidad de prever el acceso del empleador para calibrar el volumen de tráfico de e-mail desde el computador del trabajador, sin llegar a verificar su contenido, y, en la afirmativa, bajo que condiciones; más aún, cómo se conjuga el monitoreo del correo electrónico con la legislación sobre protección de datos personales, particularmente con la exigencia de consentimiento del titular de datos personales que debe mediar para legitimar el tratamiento de estos, salvo las excepciones que la propia ley indica¹¹⁴.

Ahora bien, a fin de obtener una visión general respecto del tema en comento, resulta acertado analizar esta temática en la legislación comparada, pues ciertamente en los países que alcanzan un mayor desarrollo industrial y tecnológico, el uso de medios como el correo electrónico, constituyen una fórmula exitosa de trabajo, y por supuesto en la medida que se trata de legislaciones que alcanzan un mayor desarrollo legislativo que el nuestro, obtienen en algunos casos, soluciones acertadas respecto de tal problemática. En primer lugar analizaremos la situación de España, donde existe un mayor pronunciamiento judicial respecto a esta materia, es así como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sala de lo Social, con fecha 16 de Octubre de 1998 estimó justificado el despido de un trabajador, pese a la advertencia empresarial de sancionar las navegaciones irregulares en Internet, pues el trabajador destina su jornada laboral a visitar sitios ajenos a los fines de la empresa y hace uso del computador para desarrollar actividades relacionadas con negocios propios.

Situación similar se produjo en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJ Cataluña, 5 de Julio de 2000 (Ar. 3459), que estimó justificado el despido de dos trabajadores, que durante dos meses intercambiaron correo electrónico considerado obsceno y despreciativo hacia sus subordinadas.

¹¹⁴ Cerda Silva, Alberto. Comentario al Dictamen de la Dirección del Trabajo sobre el Uso del Correo Electrónico por parte de los trabajadores. Disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl.

Otro caso frecuentemente analizado es el del Deutsche Bank, quien despidió a un trabajador tras treinta años de servicios para la entidad, por utilización inapropiada del correo electrónico, aportando, como prueba en juicio, algunos de los e-mail enviados por el trabajador. Este mismo tribunal declaró procedente el despido de quien, sin conocimiento ni autorización de la empresa, envió a través del correo electrónico mensajes ajenos a la prestación de servicios en horario laboral, prescindiendo del hecho, que la empresa revisó el correo del trabajador para decidir la medida, sin mediar el consentimiento de éste (STSJ Cataluña, 14 de noviembre de 2000 (Ar. 3444). Estos pronunciamientos han movido al Senado español a instar al Gobierno por la adopción de medidas necesarias para que el correo electrónico e Internet sean considerados instrumentos de comunicaciones e información entre los trabajadores, en especial con sus representantes¹¹⁵.

De esta forma resulta imprescindible a nuestro juicio generar mayor legislación relativa al tema del uso del Internet por parte de los trabajadores, por un lado por el hecho de tratarse de una de las mayores problemáticas relacionadas con la confrontación de dos derechos fundamentales, como son el derecho de dirigir la empresa amparado en el derecho de propiedad del empleador, en oposición a la garantía constitucional en torno a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la cual en el evento que fuera vulnerada en su esencia atentaría consecuentemente con la privacidad de los trabajadores al interior de su lugar de trabajo. La segunda consideración respecto al porque de la importancia de la regulación recae en el hecho del desarrollo masivo que ha tenido esta forma de comunicación sea en el campo privado, dígase en el ciudadano particular, así como en el ámbito laboral, pues el trabajador cada día se ve enfrentados a nuevas tecnologías, como herramientas de trabajo, siendo actualmente la Internet y su aplicación como forma de comunicación a través del e-mail, las que alcanzan los puestos de mayor desarrollo, que si bien han presentado un avance legislativo importante por medio de las

¹¹⁵ García Viña, J., “Relaciones Laborales e Internet”, en Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros) núm. 223 (2001), pp. 37 y s. En Cerda Silva, Alberto. Comentario al Dictamen de la Dirección del Trabajo sobre el Uso del Correo Electrónico por parte de los trabajadores, ob. cit.

normas que existen actualmente en nuestro país relativas a los medios de control del trabajador al interior de la empresa en general, estableciéndose en conjunto con la Dirección del Trabajo las directrices básicas del uso del correo electrónico, han significado un gran paso hasta alcanzar una regulación específica satisfactoria, situación que sin lugar a dudas Chile se encuentra pronto a alcanzar, al menos en los aspectos más sustanciales.

2.3. Manejo de datos personales del trabajador

Producto de la aplicación de los diversos mecanismos de control que hemos analizado a lo largo de este trabajo, el empleador extrae cierta información de la vida personal del trabajador la cual queda a su disposición, sea por que esta ha sido proporcionada por el propio trabajador al postular al empleo, o por el acopio de datos recabados en el ejercicio de sus funciones.

Como bien señala José Luis Ugarte Cea¹¹⁶, el problema fundamental que se plantea en esta materia, es saber sobre que datos es legítimo, que el empleador recabe información respecto de la persona del trabajador. La respuesta pasa por determinar que datos serán de relevancia laboral para el empleador, ósea, aquellos datos que son de relevancia en atención a la labor o el servicio objeto del contrato de trabajo, como por ejemplo experiencia anterior, ausencia de patologías que impidan el desarrollo de la labor encomendada etc., vale decir datos que en definitiva no alteren el derecho a la intimidad de los trabajadores¹¹⁷.

Por lo tanto el tema está, en analizar en primer lugar cual informaciones son las de relevancia jurídica para el empleador, así como que sucede respecto del manejo de estos datos por parte de los empleadores, razón por la cual tomaremos los dichos de la Organización Internacional del Trabajo, quien en su trabajo denominado “Protección de los datos personales de los trabajadores Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT.

¹¹⁶ Ugarte Cea, José Luis, “El Derecho a la Intimidad y la Relación Laboral”, disponible en www.dt.gob.cl.

¹¹⁷ Ibidem.

Oficina Internacional del Trabajo”, realiza una serie de recomendaciones respecto de la forma de recabar información personal de los trabajadores, así como el destino de almacenamiento de la información, refiriéndose asimismo a la confidencialidad de la información, como a quienes son las personas encargadas de su manejo.

Como bien señala la Organización Internacional del Trabajo¹¹⁸, los datos que los empleadores recaban de los trabajadores, y de los candidatos a un puesto de trabajo persiguen varias finalidades, entre ellas ajustarse a la legislación vigente, velar por la seguridad personal y laboral etc., ante estas circunstancias esta Organización cree, en la necesidad de generar una serie de recomendaciones que vengán a complementar y perfeccionar la legislación actual de cada uno de los países.

Los principios generales que nos entrega la Organización Internacional de Trabajo, relativos a este tema son los siguientes:

- a) El tratamiento de los datos personales de los trabajadores debería efectuarse de manera ecuánime y lícita y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador.
- b) En principio, los datos personales deberían utilizarse únicamente con el fin para el cual hayan sido acopiados.
- c) Cuando los datos personales se exploten con fines distintos de aquellos para los que fueron recabados, el empleador debería cerciorarse de que no se utilizan de un modo que sea incompatible con esa finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto.

¹¹⁸ Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Adoptado por una reunión de expertos sobre la protección de la vida privada de los trabajadores de la OIT. Ginebra. Año 1997.

d) Los datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización que tengan por objeto garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores.

f) Las decisiones relativas a un trabajador no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales que a él se refieran.

g) Los datos personales obtenidos por medio de vigilancia electrónica no deberían ser los únicos factores de evaluación profesional del trabajador.

h) Los empleadores deberían evaluar periódicamente sus métodos de tratamientos de datos con el objeto de:

-Reducir lo más posible el tipo y el volumen de los datos personales acopiados.

-Mejorar el modo de proteger la vida privada de los trabajadores.

i) Los trabajadores y sus representantes deberían ser informados de toda actividad de acopio de datos, de las reglas que las gobiernan y de sus derechos.

j) Las personas encargadas del tratamiento de datos personales deberían recibir, periódicamente una información que les permita conocer el proceso de acopio de datos, y el papel que les corresponde en la aplicación de los principios enunciados en el repertorio donde están contenidos estos principios.

k) El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación.

l) Los empleadores los trabajadores y sus representantes deberían cooperar en la protección de los datos personales y en la elaboración de una política de empresa que respete la vida privada de los trabajadores.

m) Todas las personas tales como los empleadores, los representantes de los trabajadores, las agencias de colocación y los trabajadores que tengan acceso a los datos personales de

los trabajadores deberían tener una obligación de confidencialidad, de acuerdo con la realización de sus tareas y el ejercicio de los principios que regulan esta materia.

n) Los trabajadores no pueden renunciar a su derecho a proteger su vida privada.

Si bien es cierto la Organización Internacional del Trabajo nos entrega las directrices fundamentales en torno a la protección de datos personales del trabajador, debemos necesariamente analizar la realidad de nuestra legislación actual, pues si bien es cierto la OIT, genera pautas de aplicación, estas son meramente indicativas y no obligan a su aplicación en el campo práctico. De mayor importancia aún resulta el análisis de la normativa en la medida que por el hecho de tratarse la relación de trabajo, de un vínculo caracterizado por la subordinación o dependencia, la extracción de datos personales del trabajador por parte de su empleador se encuentra en una situación aun de mayor vulnerabilidad, pues el acceso a dicha información se verá siempre matizado con la posición de control y mando a la que se encuentra sometido el trabajador, pudiendo en pocos casos, negarse ante las interrogantes que se plantean al postular a un empleo determinado.

Bien sabemos que la Ley 19.759 introdujo diversas modificaciones al Código del Trabajo, pretendiendo justamente la protección de las garantías y derechos constitucionales del trabajador en oposición a las garantías establecidas a favor del empleador en nuestro sistema, fundamentalmente al poder de dirección de este fundado en su derecho de propiedad. Cabe señalar a este respecto, la norma contenida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo la cual dispone que *«el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral»*, esta norma debe ser necesariamente analizada a la luz de la Ley 19.628 sobre protección a la vida privada. Esta Ley reglamenta el tratamiento de datos personales concernientes a personas naturales - ya sea que se verifique por medios informáticos o no, tanto por entidades del sector público como privado - fijando las obligaciones del responsable del registro o base de datos, los requisitos necesarios para realizar operaciones de tratamiento y los derechos del titular de tales datos (información, acceso, rectificación y cancelación). También establece un procedimiento judicial ante su eventual lesión -el denominado habeas data- y algunas sanciones para su infracción, entre otros aspectos.

En su artículo primero, establece que *“Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce”*. Redundando con el contenido de la disposición analizada, relativa a la protección de los derechos fundamentales establecida en nuestro código del trabajo, por tanto viene en términos claros a reforzar la normativa laboral en esta materia.

No obstante lo anterior, debemos señalar que “la Ley 19.628 ha sido objeto de diversos reparos. Los más sustanciales de ellos son la carencia de una autoridad de control, la omisión de disposiciones relativas al flujo fronterizo de datos y las ambigüedades de su marco conceptual, entre otros. A esto debemos agregar que su aplicación al tratamiento de datos en el contexto de las relaciones laborales, prescindiendo de contar con alguna referencia en el Código del Trabajo, presenta ciertas peculiaridades que evidencian nuevas falencias, atribuibles a una deficiente técnica legislativa de remisión”¹¹⁹.

Siguiendo las orientaciones del artículo reseñado, debemos realizar los siguientes alcances de la normativa reseñada. En primer lugar la ley sobre protección de datos personales, se funda en el principio del consentimiento informado, por lo tanto la recolección, almacenamiento y utilización de los datos personales debe en términos generales ser consentida por parte del titular de la información, situación que en términos objetivos resulta inaplicable en la práctica, refuerzan esta posición las opiniones vertidas por la Organización Internacional del trabajo y la Unión Europea en cuanto señalan que si la finalidad de esta medida se relaciona directamente con el ejercicio de la labor encomendada, y concuerda con los principios generales primará por sobre el consentimiento informado, atentando por lo tanto en contra de la intimidad del prestador de información, como es en este caso el trabajador. De igual modo, nuestra normativa no se hace cargo del empleo regular de datos relativos a condenas por delitos e infracciones ni de

119 Cerda Silva, Alberto. “Tratamiento de los Datos Personales en la Relación de Trabajo”. Disponible en www.abogados.cl.

la adopción de resguardos ante el tratamiento de datos apreciativos. Tampoco prevé rol alguno a los sindicatos o representantes de los trabajadores en la protección de los datos personales de éstos, por ejemplo admitiendo la asistencia al trabajador en ejercicio de sus derechos, e inclusive haciéndole extensivo el deber de confidencialidad previsto para quien trata datos nominativos por sí o mediante encargo. Asimismo, parece necesario esclarecer la extensión de las facultades interpretativas, fiscalizadoras y sancionadoras de la Inspección del Trabajo, frente a la obligación de reserva que el Código del Trabajo impone al empleador. Máxime si la propia Ley 19.628, no contempla autoridad de control alguna que asuma tal cometido con un abanico similar de atribuciones al detentado por tal organismo¹²⁰.

La labor en materia de acopio y tratamiento de datos personales deberá por tanto orientarse en dos ámbitos, el primero de ellos será obtener de parte de los trabajadores los datos necesarios solo para el ejercicio de la labor a la cual esta postulando, reconociendo que resulta difícil establecer pautas generales pues cada labor contiene exigencias y requerimientos distintos para su desarrollo, por lo tanto la labor de interpretación de las normas relativas a la protección de los derechos fundamentales al interior de la empresa deberá ser realizada de la manera más garantista posible, extendiendo su contenido a toda aquella situación en que pudiese verse vulnerados los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por otro lado, debemos generar los mecanismos de control tanto administrativos como jurisdiccionales que efectivamente sancionen el uso indiscriminado de la información obtenida de los trabajadores, mecanismos que generen de parte del trabajador la seguridad necesaria de que no podrá verse sometido a la exposición sin límites de su vida privada, teniendo asimismo la certeza de que la información recopilada cuenta con mecanismos de acopio de ella en un margen de respeto a su intimidad, de manera que de no cumplirse con estas exigencias, existan los mecanismos para hacer efectiva las responsabilidades que correspondan.

¹²⁰ Ibidem.

De este modo, finalizamos el análisis individual respecto de las temáticas que mayores situaciones de conflicto han generado en la práctica respecto al *derecho a la intimidad de los trabajadores*, y sus posibles vulneraciones, sin lugar a dudas, potencialmente existirán otras situaciones en que igualmente se verán afectados, pero por una razón de extensión de este trabajo se han analizado las de mayor importancia.

Ahora, teniendo en claro los principios fundamentales de esta temática bajo el alero de su visión práctica debemos referirnos a los mecanismos de control y sanción ante el incumplimiento por parte del empleador de su deber de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, pues existiendo normas que protejan el *derecho a la intimidad de los trabajadores* sin que existan los mecanismos necesarios que garanticen su cumplimiento el círculo de protección permanecería abierto y vulnerable.

Por la razón antes mencionada pasaremos a analizar en el próximo capítulo cuales son aquellos mecanismos de protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores* que disponemos actualmente, ahondando asimismo en aquellos mecanismos próximos a entrar en vigencia en nuestro país.

CAPITULO IV

DE LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

1. ASPECTOS GENERALES

Como bien se ha mencionado a lo largo de este estudio, para que un derecho consagrado legislativamente adquiera plena vigencia resulta indispensable que el ordenamiento jurídico establezca los mecanismos de protección adecuados para el derecho que se pretende proteger, pues de lo contrario nos vemos enfrentados a la formulación de preceptos programáticos, que simplemente funcionan como expectativas jurídicas más que regulaciones efectivas¹²¹. Muchas veces a lo largo de este trabajo nos hemos enfrentado a la ambigüedad existente en nuestro sistema en relación al respeto que existe del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, al interior de la relación laboral, situación que como bien sabemos se genera única y exclusivamente por la importancia de los derechos

¹²¹ Compartimos en este sentido las palabras del profesor José Luis Ugarte Cataldo, quien en su obra “El Nuevo Derecho del Trabajo, grafica esta situación de ambigüedad jurídica, señalando que: “Conviven en nuestro particular *macondo jurídico* sólidos estudios de académicos, con interesantes y complejos giros conceptuales, a la par de países que se han tomado el tema en serio, con una cruda realidad judicial: nadie parece sentirse encargado de aplicar las normas constitucionales y legales vigentes. Y como en una buena novela latinoamericana la realidad está constituida por palabras y solo palabras, a nadie parece importarle lo que ocurre fuera del mundo de las palabras”. Ugarte Cataldo, José Luis, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 116.

comprometidos en dicha relación, pues se trata de la pugna de dos derechos reconocidos constitucionalmente como son el derecho objeto de este estudio y el derecho de propiedad y de desarrollar libremente su actividad económica por parte del empleador, derechos que dan vida al poder de dirección de que goza el empleador al interior de la empresa, lo que genera un estado de incertidumbre frente a la supremacía de cada uno de ellos.

Lo cierto, es que en el trabajo de recopilación de antecedentes y su consecuente análisis, nos hemos encontrado con una realidad bastante poco alentadora a la hora de encontrar mecanismos eficaces de protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores*. Debemos señalar a este respecto, que la doctrina es unánime en su opinión respecto a la falta de mecanismos procesales efectivos vigentes que operen ante la trasgresión del referido derecho¹²², así como de los derechos fundamentales de los trabajadores en su proyección general, situación que se hace extensiva también a la protección administrativa del mismo, fundamentalmente por el hecho de que las sanciones establecidas ante su trasgresión no afectan de manera importante al agresor, y por sobre todo no logran el resarcimiento de la víctima ante la afectación del derecho reclamado.

Ante este escenario, realizamos la precisión concluyente de que en nuestro sistema jurídico laboral actualmente no existen mecanismos que estén operando, de tutela efectiva del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, sea en el área jurisdiccional como administrativa, por lo tanto nuestro estudio fundamentalmente se abocará a realizar una introspección en los mecanismos que dispensa nuestro sistema y de que manera estos podrán ser acomodados por medio de una labor interpretativa a proteger el derecho objeto de este estudio, encontrando puntos de encuentro en la mayoría de los casos con el

¹²² A modo de ejemplo Melis, Cristian, “ En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, año 2001, N°148, p. 8 y siguientes; tratado asimismo por José Luis, Ugarte en su artículo denominado “ Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales”, publicado en Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 2/2001, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, editado por la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entre otros.

principio de no discriminación laboral, debiendo compartir nuestra temática con aquel principio, pudiendo dispensar una protección a lo menos por esta vía.

En este punto nos remitimos a las reformas laborales del año 2001 en lo que ha materia de derechos fundamentales se refiere, pues como operadores jurídicos tendemos a esperar que una reforma de esa magnitud, hubiese a lo menos generado los mecanismos procesales protectores de los principios laborales establecido por medio de ella, pero al parecer el legislador simplemente elevó la protección de manera enunciativa al Código del Trabajo, retrasando una formulación efectiva de mecanismos de protección de los mencionados derechos para una reforma sustantiva y orgánica posterior¹²³.

Debemos señalar que la realidad poco alentadora que se manifiesta hoy en materia de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, tendrá un giro absoluto en lo que a esta temática respecta, pues, finalmente nuestro país ha logrado consagrar normativamente los principios que desde hace tanto tiempo ha venido desarrollando el Derecho del Trabajo, generándose una de las Reformas Laborales más sustantivas que hayan ocurrido en los últimos años. Es así como el día 3 de enero de 2006 se publicó la Ley 20.087, cuya entrada en vigencia se debía haber producido bajo el tenor del texto original el día primero de marzo del año 2007, lo cierto es que por medio de la dictación de la Ley 20.164 promulgada el 2 de febrero de 2007, se prorroga la entrada en vigencia de las referidas reformas hasta el primero de marzo del año 2008¹²⁴. Ahora, más allá de la fecha

¹²³ En el mismo sentido se manifiesta Ugarte Cataldo, José Luis. Los derechos Fundamentales después de la reforma laboral. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, Número 155, Diciembre 2001, Pág. 14.

¹²⁴ En este sentido concordamos con la preocupación del ejecutivo en orden a promover una prorroga en la entrada en vigencia tanto de la Ley 20.022 como la Ley 20.087, pues por medio de esta prórroga se pretenden subsanar una serie de inconvenientes tanto de procedimiento como de fondo que se hubiesen generado con la entrada en vigencia de este nuevo sistema en la fecha primitiva, problemas que dicen relación fundamentalmente, con la falta de capacitación de personal judicial, así como en la debida instrucción que deberán recibir los magistrados del Trabajo, y por sobre todo aquellos jueces de jurisdicción común

en que comenzará a regir este nuevo sistema de justicia laboral, lo importante en lo que a nuestro trabajo respecta, es que por medio de la Ley 20.087 se introduce el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, cuyo contenido y articulado será analizado asimismo en este trabajo, por la proximidad de su entrada en vigencia y los substanciales cambios que producirá.

Mientras no se produzca la entrada en vigencia de la Ley antes mencionada, debemos ahondar dentro de los posibles mecanismos que actualmente dispensa nuestro sistema jurídico laboral, como medio de proteger el *derecho a la intimidad de los trabajadores*. Con el fin de lograr dicho cometido revisaremos los procedimientos tanto administrativos, como las acciones constitucionales y legales, que nos permitan entregar algún tipo de protección y resarcir las consecuencias ante las eventuales transgresiones.

2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN ADMINISTRATIVOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

El tema de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ha sido analizado por otros investigadores¹²⁵, existiendo coincidencia entre ellos en abordar

fundamentalmente en lo que se refiere a protección de derechos fundamentales en esta especial proyección que encuentra en la relación laboral. No siendo menos relevante la falta de infraestructura para asumir este nuevo procedimiento laboral.

¹²⁵ Entre otros, Parada Montero, John Alfredo, “Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección del empleador”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2003, Págs. 85 y siguientes y Abarca Correa, Fernando Gustavo, “Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, año 2002, pp. 115 siguientes.

en primer término los mecanismos de protección de carácter constitucional y legal, para luego ahondar en aquellos de naturaleza administrativa. Ciertamente resulta lógico analizarlo desde esa perspectiva, si tomamos en consideración la importancia legal jerárquica de cada uno de ellos en nuestra pirámide normativa.

En nuestro caso será distinto, pues creemos que la función que ha ejercido la Dirección del Trabajo en su labor fiscalizadora e interpretativa supera en contenido a lo que hemos visto hasta hoy en materia jurisdiccional, por tanto consideramos que este Servicio ha aplicado con mayor sigilo los preceptos contenidos en materia laboral en lo que ha derechos fundamentales se refiere, y es justamente este organismo quien se acerca día a día a la realidad del trabajador en nuestro país, pudiendo de esta forma unificar criterios en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación laboral en materia de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la empresa en especial, del derecho a la intimidad.

La Dirección del Trabajo como ente administrativo, parte integrante de los órganos del Estado, se verá alcanzado por el principio de vinculación directa de la Constitución y como tal deberá estar a lo dispuesto en el artículo sexto de nuestra carta fundamental, pudiendo orientar su labor de protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores* en tres ámbitos diferenciados. El primero de ellos, dice relación con las facultades esenciales de la Dirección del Trabajo, atribuciones que se encuentran contenidas en Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 30 de mayo de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el Diario Oficial de 29 de septiembre de 1967; cuales son interpretar las normas laborales, dígase Código del Trabajo y leyes complementarias, en segundo lugar deberá fiscalizar su cumplimiento, labor que será relacionada en el tercer punto con su facultad de imponer multas administrativas, toda vez que detecte transgresiones.

En este sentido, tomamos las opiniones de Guillermo Arraigada Arce¹²⁶ quien manifiesta que: “Las amplias facultades interpretativas y fiscalizadoras que posee la Dirección del Trabajo, le otorgan siempre la posibilidad de intervenir, indirectamente, en la protección de los derechos fundamentales, sobre todo porque a la Dirección del Trabajo se le ha encomendado la tarea de fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social”. Y como bien se señala en el trabajo mencionado, para ejecutar esta labor la Dirección del Trabajo deberá tener como máxima la protección y respeto de los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la intimidad.

Esta aseveración se encuentra reflejada en el dictamen ordinario de la Dirección del Trabajo emitido con fecha 30 de agosto de 2002, número 2856/162, en el que se establece, que los derechos fundamentales se constituyen como límites infranqueables a los poderes empresariales, constituyendo esta premisa un principio o valor normativo, debiendo irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales. Este principio ha sido aplicado por la Dirección del Trabajo en cada uno de sus pronunciamientos administrativos relativos a los derechos fundamentales de los trabajadores, situación que se ha visto plasmada a lo largo de este trabajo y en especial en su capítulo tercero, obteniendo hoy en día la labor interpretadora de la dirección del trabajo una vasta aplicación y alcance.

Seguidamente, debemos analizar la labor sancionadora de la Dirección del Trabajo, la cual adquiere una doble vertiente, pues dicha labor podrá ser desarrollada de oficio en la medida que esta institución imponga multas debido a que en su labor fiscalizadora haya detectado alguna conducta lesiva de los derechos de los trabajadores, o bien en razón de la recepción de un reclamo promovido por algún trabajador que haya visto vulnerado su derecho a la intimidad por parte de su empleador.

Esta segunda labor de la Dirección del Trabajo, como organismo protector de los derechos fundamentales de los trabajadores se encuentra prevista en el artículo 477 del Código del

¹²⁶ Arraigada Arce, Guillermo Leonardo, “Los Derechos Fundamentales y la Flexibilidad en la Reforma Laboral”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, año 2003, p. 128.

Trabajo, la cual versa bajo el siguiente tenor “*las infracciones a este Código y a sus leyes complementarias que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas con multas de una a veinte unidades tributarias mensuales, según la gravedad de la infracción*”¹²⁷.

Debemos señalar en este punto del estudio, que si bien es cierto una primera apreciación de este mecanismo de protección, nos podría llevar a considerarlo altamente eficaz y asequible para el trabajador, debemos precisar que cuenta con dos grandes falencias. La primera de ellas es que la Dirección del Trabajo, como ente administrativo, solo tendrá facultad, para sancionar al empleador que haya cometido actos que violentaran la intimidad de un trabajador, con la mera aplicación de sanciones pecuniarias, las cuales se traducen en el pago de una multa que en ningún caso revestirá las características de compensación económica para el trabajador afectado, sino por el contrario será a beneficio fiscal, dejando desde este punto de vista de cumplir la labor de reparación respecto del afectado, no siendo además para el infractor mecanismo de coacción en la medida que los montos fijados por las multas en ningún caso se condicen con la envergadura del daño causado. Desde otro punto de vista y orientando esta crítica a la gran masa empresarial chilena, “no puede desconocerse que el alto monto de las multas que pueden ser aplicadas de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 477 del Código del Trabajo, podrían significar en un mercado como el chileno, caracterizado por la presencia mayoritaria de pequeñas y medianas empresas, una sanción que eventualmente podría repercutir en el normal funcionamiento económico de la empresa, con lo que se desnaturalizaría la finalidad disuasiva de la multa como posible sanción para este tipo de infracción a un derecho fundamental”¹²⁸.

¹²⁷ Artículo reemplazado en su numeración por el 506 de la Ley N° 20.087 artículo único N° 19, de 3 de enero de 2006, vigencia: marzo de 2008.

¹²⁸ Caamaño Rojo, Eduardo. “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, Publicado en la Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Volumen XIV. Julio de 2003, p. 25 s.

La segunda falencia que podemos observar dice relación con el hecho de que la vulneración del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, en la inmensa mayoría de los casos se realiza durante la vigencia de la relación laboral, a modo de ejemplo señalaremos que, la Dirección del Trabajo, ha impuesto una alta cantidad de multas debido a la utilización de cámaras al interior del lugar de trabajo por parte del empleador, las cuales dejan de cumplir una labor de seguridad, pasando a constituir elementos de vigilancia del trabajador. Por lo tanto, por el hecho de vulnerarse la intimidad del trabajador durante la vigencia de la relación laboral, ésta en muy pocos casos será denunciada dando origen al procedimiento administrativo destinado a sancionarlo, lo anterior se genera únicamente por el temor constante existente en la masa trabajadora en torno a ser despedidos por la tan conocida causal genérica denominada “necesidades de la empresa”.

Por último, y como tercera facultad susceptible de ser ejercitada por la Dirección del Trabajo, en protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, encontramos la contenida en el artículo 153, inciso final del Código del Trabajo, el cual versa bajo el siguiente tenor: *“El delegado del personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva podrán impugnar las disposiciones del reglamento interno que estimaren ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o ante la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, esa autoridad o esa Dirección podrán, de oficio, exigir modificaciones al referido reglamento en razón de ilegalidad. Asimismo, podrán exigir que se incorporen las disposiciones que le son obligatorias de conformidad al artículo siguiente”*.

Es justamente en este punto donde cobra importancia sistémica el estudio de las reformas laborales del año 2001, tanto por las modificaciones introducidas en el artículo 5 como en el artículo 154 inciso final, ambos del Código del Trabajo, pues el razonamiento jurídico a fin de proteger el derecho a la intimidad por medio de esta última facultad de la Dirección el Trabajo será susceptible de aplicar, en la medida que el reglamento de Orden, Higiene y Seguridad, no respete los derechos fundamentales del trabajador, para nuestro caso el derecho a la intimidad, trasgrediendo lo establecido en el artículo 5 del Código del Trabajo, para que de este modo el delegado del personal, cualquier trabajador o los representantes

del sindicato, puedan denunciar esta ilegalidad ante la Dirección del Trabajo, ordenando esta última las medidas correctivas del Reglamento de Higiene y Seguridad.

3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONALES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

Al hablar de mecanismos jurisdiccionales de protección del derecho a la intimidad de los trabajadores, nos estamos refiriendo a todos aquellos recursos y acciones que dispensa nuestro sistema legal, sea que estas se encuentren contenidas en la Constitución Política de la República, o en las regulaciones particulares por ramas jurídicas, que nos permitan proteger el referido derecho y sancionar a los infractores, para nuestro caso en particular, el empleador agresor.

En este punto, debemos hacer necesaria alusión al derecho internacional en lo que ha tratado internacionales se refiere, pues en la medida que estos son ratificados por nuestro país, adquieren plena aplicación nacional y el estado de Chile debe obedecer a sus mandatos. En primer lugar, citaremos el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual establece que, *“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, señala en su artículo 25 que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley, o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Por lo tanto, establecer recursos efectivos que garanticen la protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, es una obligación jurídica que nuestro país asumió al

ratificar dicho convenio¹²⁹. Obligación, que será netamente cumplida una vez que entren en vigencia las reformas laborales, relativas al procedimiento de tutela de derechos fundamentales actualmente promulgada, pudiendo dispensar un recurso efectivo y especial frente a las violaciones al *derecho a la intimidad del trabajador*.

Mientras lo anterior ocurre, debemos reiterar que nuestro sistema no contempla acciones procesales específicas que se encuentren en vigencia destinadas a la protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores* como tal, por lo tanto como ya se mencionó en el punto anterior se trata de acciones generales susceptibles de ser aplicadas en términos genéricos al derecho que nos convoca.

3.1. Acciones constitucionales

3.1.1. La acción de protección

La acción de protección se encuentra establecida en nuestro sistema en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, erigiéndose como el mecanismo constitucional destinado a atacar actos u omisiones arbitrarias o ilegales que causen la privación, perturbación o amenaza de los derechos y garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de nuestra carta fundamental. Se trata de una acción constitucional cuya impetración podrá corresponder al directamente afectado, así como a cualquier persona a su nombre, debiendo ser interpuesta ante la Corte de Apelaciones respectiva, buscando como objetivo último, que esta adopte las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho, asegurando la debida protección del afectado, quedando a salvo los derechos que pueda hacer valer el afectado ante la autoridad o los tribunales que correspondan.

¹²⁹ En este mismo sentido Gazmuri R, Consuelo, “Los derechos fundamentales en la empresa. Algunas perspectivas de género”, Disponible en www.dt.gob.cl y, López Diego, “Los Derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan”, Temas Laborales, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Año 9, número 22, noviembre 2004.

Desde el punto de vista de nuestro trabajo, la acción de protección se manifiesta como un mecanismo idóneo de protección, toda vez que el derecho a la intimidad, se encuentra contemplado dentro del decálogo de derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 de nuestra carta fundamental, por lo tanto la acción de protección, podrá ser ejercida tanto que la privación, amenaza o perturbación del derecho a la intimidad provenga de un ciudadano anónimo, como de parte del empleador en esta especial condición de superioridad en la que se encuentra en la relación laboral, resaltando a este respecto el analizado efecto horizontal de los derechos fundamentales, estudiado en el segundo capítulo de este trabajo.

Debemos señalar que la actual Ley N° 20.087 de 3 de enero de 2006, cuya entrada en vigencia se producirá el primero de marzo de 2008 establece, el denominado Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales de los trabajadores, estableciendo en su artículo 485 inciso final¹³⁰ 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”*. Cerrando concluyentemente la posibilidad de intentar la acción de protección en conjunto con la denuncia promovida por el trabajador en procedimiento ordinario laboral, relativo a vulneración de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, es necesario señalar que la acción de protección sigue siendo en nuestro sistema una acción poco recurrida por los trabajadores con el objeto de tutelar su derecho a la intimidad, lo anterior como señalan los profesores Luis Lizama Portal y José Luis Cataldo¹³¹, se debe fundamentalmente a dos factores. El primero de ellos es el alto costo en términos económicos que significa para un trabajador la interposición de la acción de

¹³⁰ Este artículo será remplazado por el artículo 485 inciso final, introducido por la Ley N° 20.087 artículo único N° 15, de 3 de enero de 2006. Vigencia 1 de marzo de 2008.

¹³¹ Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. “Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, año 1998, p.178.

protección, que si bien como mencionan los juristas no requiere para su interposición patrocinio de abogado, lo cierto es que en la práctica jurídica la intervención de un letrado se hace indispensable para su tramitación, por lo complejo en la aplicación de normativa legal. Lo anterior, unido al hecho de que la acción de protección busca el restablecimiento del derecho vulnerado, más no la obtención de una compensación económica, fin último buscado por la gran parte de los sujetos activos de una demanda, debiendo interponerse para lograr este objetivo las acciones civiles destinadas al establecimiento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, logrando por esta vía el establecimiento de una sanción pecuniaria.

El segundo inconveniente mencionado, y el de mayor importancia a nuestro juicio es, “el evidente riesgo que el ejercicio de esta acción genera, en términos de estabilidad en el empleo”. Pues, es altamente probable que ante la interposición por parte del trabajador de la acción de protección denunciando la vulneración de su derecho a la intimidad por parte de su empleador, pretendiendo la tutela de este, será el propio empleador quien se encargará de manifestar por medio de las consecuentes represalias, lo poco acertado de su decisión de accionar ante la Corte de Apelaciones. Para este efecto el empleador “dispone del útil mecanismo contemplado por la legislación laboral del despido fundado en necesidades de la empresa”¹³², causal que por cierto no presenta la dificultad de probar realmente el contenido de la necesidad de la empresa,¹³³ toda vez que dicha causal encuentra como contrapartida el pago de las indemnizaciones al trabajador despedido, incluida la sustitutiva del aviso previo cuando corresponda. En este sentido se manifiesta el Profesor Eduardo Caamaño Rojo en su artículo sobre “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, manifestando que: “El pago de las indemnizaciones respectivas, y el eventual recargo de un 30% en su monto, conforme lo dispuesto por el artículo 168 del Código del Trabajo, si el despido fuere calificado como

¹³² Caamaño Rojo, Eduardo, “El derecho a la no discriminación en el empleo”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2005, p.128, 129.

¹³³ Nadal, Daniel, “El despido en el Código del Trabajo”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2003, p. 291 s.

improcedente, no representa un serio obstáculo para el empleador que quiera desprenderse de un trabajador que haga valer su derecho a la no discriminación por esta vía”¹³⁴.

A las críticas antes mencionadas, debemos adicionar, que “la acción o recurso de protección, se ha manifestado en la práctica, inútil para la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral, entre otras razones porque para su eficacia real se requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos (por ejemplo un despido) y o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que solo puede lograrse a través de un proceso judicial complementario a la señalada acción”¹³⁵.

Debemos por tanto concluir, que si bien es cierto la acción de protección se constituye como un mecanismo tutelar del derecho a la intimidad en su proyección como derecho fundamental general, no resulta acertada dicha acción a la hora de pretender proteger este derecho, en su proyección al interior de las relaciones laborales, por las consideraciones antes señaladas.

No obstante las críticas antes mencionadas, resulta necesario destacar que uno de los fallos de mayor importancia en relación a la protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores* al interior de la relación laboral, se originó a partir del rechazo de un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

El caso que generó esta disputa judicial, fue aquél en que los trabajadores de los Sindicatos 1 y 2 de Empresas Aqua Chile S.A, recurren de protección a favor de los trabajadores de ambos sindicatos, en causa rol 156-2005, en contra de su empresa empleadora Aqua Chile

¹³⁴ Caamaño Rojo, Eduardo. “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, ob. cit., p. 25 s.

¹³⁵ Ugarte Cataldo, José Luis. En Informe Nacional de Chile, Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, septiembre de 2002. En igual sentido, López, Diego, “Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan”, ob. cit., p. 2.

S.A. Los trabajadores pretendían por la vía de esta acción resguardar su derecho a la intimidad al interior de su lugar de trabajo, el cual se había visto vulnerado por la instalación de cámaras de video cuyo objetivo sería, en último término la vigilancia y control de los trabajadores y no del proceso productivo o la seguridad de las instalaciones.

Agregan asimismo, que estas cámaras fueron utilizadas por la empresa recurrida para realizar acercamiento y primeros planos de algunos trabajadores, atentando directamente en contra de la vida privada y honra de los trabajadores afectados. Por su parte la recurrida rebate estos dichos,

asegurando que su empresa cumple con todos los requisitos exigidos por la normativa laboral, en cuanto a la utilización de cámaras al interior del lugar de trabajo y que si bien es cierto, se realizaron seguimientos a personas en específico, ello se debió únicamente a que tres trabajadores habrían ingresado a la planta, no encontrándose en horario laboral con el único fin de instigar a sus compañeros de trabajo para que paralizaran sus actividades, con el fin realizar una marcha de brazos caídos reclamando ante el despido de algunos compañeros de trabajo. Resultando de dichos incidentes, que la empresa habría rebajado casi a un tercio su producción normal diaria. Por lo tanto, la empresa argumenta que el seguimiento que se realizó a estos trabajadores con las cámaras de vigilancia obedece simplemente a su intención de pretender salvaguardar su producción, impidiendo el boicot que estos trabajadores habría incitado, lo cual constituiría una conducta ilegal.

Ante este conflicto los ministros de la Corte de apelaciones de Puerto Montt, manifestaron, “que la actividad desarrollada por los trabajadores en su lugar de trabajo no constituye desde ningún punto de vista su vida privada y/o intimidad ya que no es dable hablar de intimidad o vida privada en un lugar donde están más de 20 personas de ambos sexos, desarrollando su trabajo o conversando, como se observó en el video”. Y que “en consecuencia (...), no se reúnen en estos autos, los presupuestos para acreditar la existencia

de algún acto ilegal o arbitrario que amague o vulnere la garantía constitucional de cuya trasgresión se recurre”¹³⁶, declarando por lo tanto, rechazado este recurso.

Sin embargo y en pleno reconocimiento de cada uno de los puntos explicitados en este trabajo, la Excelentísima Corte Suprema revoco el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, entregando el más importante reconocimiento a la protección de los derechos fundamentales del trabajador en especial de su derecho a la intimidad en el ámbito judicial, manifestando: ”Que, del mérito de los antecedentes, en especial del análisis de los videos que han sido acompañados a los autos, se puede advertir que la empresa, amparada en un uso de cámaras con fines de vigilancia y seguridad, las ha empleado con el objetivo de conocer y observar actividades de quienes tienen intereses laborales y sindicales comunes, los que desean mantener en esa esfera, por lo que con la acción de la empresa se vulnera el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, dentro del recinto laboral, que está constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, necesario para el ejercicio de otros derechos, sin que en él se permita la intromisión de terceros; derecho humano y libertad fundamental que emerge de la dignidad de las personas y en este caso de los trabajadores, garantizado por el Constituyente”. Asimismo, este fallo hace hincapié en los requisitos que debe cumplir cualquier medida de control de los trabajadores al interior del lugar de trabajo, señalando los requisitos básicos de la instalación de cámaras y su consecuente filmación de los trabajadores y que por lo tanto “(...)en el caso de autos, las cámaras de vigilancia implementadas por la recurrida han sido destinadas, más allá de los fines propios de su instalación -seguridad y protección-, en el seguimiento de trabajadores, lo que a la luz de lo dicho, resulta atentatorio con la garantía constitucional invocada por los recurrentes.¹³⁷”

Por lo tanto, si bien es cierto la interposición del recurso de protección en nuestro sistema, sufre de innumerables falencias en orden a constituirse como un mecanismo apropiado de

¹³⁶ Texto completo de Fallo pronunciado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt en causa rol 156-2005, disponible en anexo N° 2.

¹³⁷ Texto completo Fallo de la Ilustrísima Corte Suprema en causa rol 5234-05, anexo N° 3.

protección de la intimidad del trabajador al interior de su lugar de trabajo, lo cierto es que el fallo más importante registrado en esta materia por cuanto ordena suspender la conducta atentatoria, obligando a la empresa a cumplir con los requisitos establecidos en la ley, proviene justamente de la tramitación de este recurso, siendo desde nuestro punto de vista de relevancia su enunciación y análisis.

3.2. Acciones laborales

3.2.1 Acción de despido indirecto

La acción de despido indirecto o el también denominado auto despido, se encuentra regulado en el artículo 171 del Código del Trabajo, teniendo por objeto esta acción, poner término a la relación laboral, toda vez que el trabajador accione ante los tribunales laborales alegando alguna de las causales contenidas en el artículo 160 del mismo cuerpo legal. Obteniendo como resultado por medio de una sentencia judicial que el tribunal tenga por terminada la relación laboral en virtud de que el empleador ha incurrido en alguna de las causales mencionadas, obteniendo el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, así como la que corresponda a sus años de servicios, más los aumentos legales correspondientes.

Esta figura procesal podrá ser intentada por el trabajador que vea vulnerado su derecho a la intimidad, invocando alguna de las causales contenidas en los numerales 1, 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo¹³⁸, debiendo el tribunal laboral ponderar si estas

¹³⁸ El artículo 160 del Código del Trabajo establece que: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: 1) Algunas de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas que a continuación se señalan: a) falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; b) conductas de acoso sexual; c) vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; d) injurias proferidas por el trabajador al empleador, y e) conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña (... 5)

alegaciones se enmarcan dentro de las conductas sancionadas del empleador, que dan origen al auto despido.

Según nos grafican los profesores Lizama y Ugarte¹³⁹, un trabajador podría ejercitar esta acción, como medio de proteger sus derechos fundamentales toda vez que considerara que la conducta de su empleador estuviera de manera grave infringiendo sus derechos fundamentales, por controles que podrían ser humillantes o exagerados en la persona o pertenencias del trabajador, tal cual se describió en el capítulo tercero de este trabajo. Manifestando que por esta conducta del empleador nada obsta a que el trabajador haga uso de la acción de despido injustificado alegando la falta de probidad del empleador, o que este haya incurrido en una conducta que incumple gravemente las obligaciones del contrato.

Debemos señalar asimismo que el argumento relativo a que la conducta atentatoria del derecho a la intimidad por parte del empleador, constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, se ve reforzado por la tesis que sostiene que los derechos fundamentales del trabajador deben ser considerados como elementos de la esencia y su vulneración constituiría un incumplimiento grave de las obligaciones contenidas en este, toda vez que conforme el mandato del artículo 5 del Código del Trabajo, el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respecto a las garantías constitucionales del trabajador.

Hacemos extensivo a este punto la opinión del Profesor Eduardo Caamaño Rojo, ya analizada en el punto anterior, en relación a las consecuencias de la interposición de la acción de protección, en cuanto la mayor inconveniencia que representa la interposición de

Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de estos. (...).7) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

¹³⁹ Véase una panorámica general en Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, “Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa”, ob. cit., p. 181.

esta acción será según sus palabras “el costo de la pérdida de puesto de trabajo que conlleva”, pues si bien es cierto esta acción se erige en nuestro sistema como un mecanismo eficaz de sanción para el empleador infractor, toda vez que deberá cancelar las indemnizaciones que correspondan, este mecanismo solo podrá impetrarse habiendo asumido el costo que implica, cual es el terminar la relación laboral y por lo tanto perder su empleo.

3.2.2 Acción de indemnización por despido injustificado, improcedente o sin causa

Para analizar esta acción orientándola al área propiamente de protección del *derecho a la intimidad del trabajador*, debemos situarnos en el escenario de término de la relación laboral por decisión del empleador. Conforme lo consagra el artículo 160 de nuestro Código del Trabajo, el empleador podrá dar término a la relación laboral, en la medida que el trabajador incurra en algunas de las causales consagradas en este artículo, las cuales en términos generales sancionan conductas impropias del trabajador, teniendo este despido como consecuencia máxima independiente del término de la relación laboral, el hecho de que el trabajador, no tendrá derecho a percibir ningún tipo de indemnización.

Todas las causales contenidas en este artículo se comportan de la misma manera, a diferencia de la contenida en el artículo 161 del mismo cuerpo legal, relativo a las denominadas “necesidades de la empresa”, pues en este caso el despido obedece a factores propiamente del empleador, tales como modernización, bajas en la producción o cambios en las condiciones del mercado o la economía. El punto diferenciador de esta causal, no compartido con las establecidas en el artículo 160, es que el contenido de ésta, no deberá probarse ante los tribunales laborales, teniendo el trabajador derecho a las indemnizaciones que procedan en su caso.

En este escenario, podemos encontrar una vertiente de protección al *derecho a la intimidad de los trabajadores*, que si bien no es propiamente tal un mecanismo de protección al referido derecho, podemos subsumirlo en aquel. Es así como “el empleador, frente al ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, puede estimar, que este, al realizar tal conducta, esta incurriendo en un simple incumplimiento a sus obligaciones contractuales, como si, por ejemplo, este trabajador se niega a someterse a un alcotest, o a

una revisión de sus pertenencias al finalizar la jornada de trabajo”¹⁴⁰, que no cumpla con las exigencias contenidas en el actual artículo 154 inciso final del Código del Trabajo, a saber, que se trate de medidas que no hayan sido efectuadas por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, no respetándose la generalidad en cuanto a su aplicación, sin garantizar la impersonalidad de la medida, transgrediendo de esta manera el *derecho a la intimidad del trabajador*.

Toda vez que la medida de control del trabajador no se corresponda con los requisitos establecidos en nuestra legislación, este podría accionar ante los Tribunales del Trabajo, a fin de que su despido se declare injustificado, fundamentando su petición en que, con la aplicación de algunas de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, se estaría encubriendo una reacción ante la reclamación por parte del trabajador de su derecho a la intimidad al interior de la empresa.

Por lo tanto, el análisis legal nos lleva a concluir que en último término, el llamado a dirimir la contienda será el propio tribunal laboral, quien deberá ponderar la importancia y lesión de los derechos involucrados, dígame por una parte *derecho a la intimidad del trabajador* y por otra los derechos propios del empleador como son dirigir libremente su actividad económica, como su derecho de propiedad respecto de los bienes al interior de la empresa.

Pues como se ha señalado, “Los tribunales, frente al argumento de los derechos fundamentales, no puede desconocer, (...) la jerarquía que dichos derechos tienen en el ordenamiento jurídico, en virtud del artículo 6 de la Constitución, que establece el principio de supremacía constitucional y el principio de vinculación directa y, especialmente, en virtud del artículo 5 inciso segundo de la Constitución que establece la obligación, por parte

¹⁴⁰ Parada Montero, John Parada. “Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección del empleador”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Año 2003, p. 89.

de los órganos del estado, de respetar y promover los derechos fundamentales de las personas”¹⁴¹.

El fundamento legal en este sentido debe verse enriquecido y avalado por el inciso primero del actual artículo 5 del Código del Trabajo, el cual como sabemos establece que los derechos fundamentales de los trabajadores se erigen en nuestra legislación laboral como límites infranqueables a los poderes empresariales, mandato legal que se ve ratificado por la Dirección del Trabajo, pues como bien señalan, este principio debe irradiar y orientar la aplicación de las normas laborales, debiendo darse primacía de manera indiscutible a los derechos fundamentales por sobre los poderes empresariales¹⁴².

Por lo tanto, un tribunal laboral podrá declarar injustificado el despido de un trabajador en la medida que la causal argumentada por el empleador, sea un simple elemento encubridor de una conducta que haya atentado contra el *derecho a la intimidad del trabajador*, resultando protegido dicho derecho en virtud de la ponderación de derechos fundamentales en juego que realice el tribunal, determinando la supremacía de los derechos fundamentales de los trabajadores, declarando injustificado el despido, debiendo el empleador cancelar las indemnizaciones correspondientes.

3.2.3 Acción de desafuero

Para despedir a un trabajador que se encuentre aforado, será necesario previamente iniciar una acción de desafuero en su contra, la cual solo se podrá ver fundamentada en dos causales, la primera de ellas será el vencimiento del plazo convenido en el contrato, y la segunda la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, declarando de esta manera el tribunal laboral que el trabajador se encuentra desaforado, pudiendo poner término el empleador a la relación laboral si así lo decide.

¹⁴¹ Arraigada Arce Guillermo Leonardo. “Los Derechos Fundamentales y la Flexibilidad en la Reforma Laboral”, ob. cit., p. 136.

¹⁴² Ver Dictamen número 2856/162, dictado el 30 de agosto de 2002, Dirección del Trabajo, analizado en el segundo capítulo de este trabajo.

De manera similar a lo estudiado con ocasión del análisis de la acción de despido injustificado, el trabajador podrá argumentar que su desafuero y consecuente despido obedecen a una causal distinta a la argumentada, utilizando el empleador la causal invocada para encubrir una conducta que violenta el derecho a la intimidad del mismo.

Podemos mencionar como ejemplo vinculado a nuestro estudio, la situación en que el trabajador, objeto de la petición de desafuero, ha criticado o lisa y llanamente se a opuesto al control de cámaras al interior de su lugar de trabajo, situándose en un lugar distinto al espectro de vigilancia de ellas, pues considera que estas solo tienen como fin la vigilancia y no la seguridad de los trabajadores. En este caso el juez podrá negar la solicitud de desafuero, en la medida que el fundamento real de tal solicitud se encuentra en una actitud del trabajador que reclama de parte de su empleador una conducta que vulnera los derechos fundamentales de aquel, para este caso su derecho a la intimidad, manifestando que la acción de desafuero no podrá tener como fin constituir un recurso de despido encubierto para el empleador, que pretenda terminar con los servicios de un trabajador que exija el respecto de sus derechos fundamentales.

3.3. Acciones civiles

3.3.1 Acción civil de indemnización de perjuicios.

Según lo expuesto hasta este punto de nuestro estudio el artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, establece el principio de que los derechos fundamentales de los trabajadores se constituyen como límites infranqueables a los poderes empresariales. En este orden de cosas, el derecho a que la *intimidad del trabajador* sea respetada por parte de su empleador, se constituirá como una obligación más del contrato de trabajo, pues como sabemos, se trata de un derecho que no es posible renunciar, conforme lo determina el artículo señalado.

Debemos señalar a este respecto, que la acción de indemnización podrá provenir de dos vertientes distintas, dígase contractual y extracontractual. En el primer caso dicha responsabilidad nacerá del hecho de que el empleador no dé cumplimiento a la obligación de respetar el *derecho a la intimidad del trabajador* como obligación del contrato de trabajo. En la segunda hipótesis hablaremos de responsabilidad civil extracontractual, pues

toda vez que el empleador, en ejercicio de su poder de dirección empresarial ejecute un acto que atente en contra del *derecho a la intimidad del trabajador*, estará atentando en contra de una garantía constitucional general como es el derecho a la intimidad en su proyección general, generando un acto que podemos catalogar como antijurídico y por lo tanto constitutivo de delito o cuasidelito civil, generando la posibilidad de que el trabajador accione en su contra, haciendo efectiva su responsabilidad civil extracontractual. Originándose de esta forma lo que se ha denominado como cúmulo de responsabilidades¹⁴³. El trabajador afectado, en este evento contará con una opción para hacer efectiva la responsabilidad civil del empleador, ya en sede contractual, ya en sede extracontractual”¹⁴⁴.

Ambas acciones tendrán el mismo objeto, cual será reparar el daño causado por el actuar del empleador infractor del *derecho a la intimidad del trabajador*, mediante el resarcimiento del mismo generando la obligación pecuniaria de indemnizar los daños causados. Dichos daños podrán ser de carácter material y/o moral, siendo este último el más significativo en esta materia, pues como sabemos los parámetros de medición de dichos daños serán del todo disímiles pues deberán ponderar el hecho ilícito que causo daño, el derecho o interés lesionado, y la calidad y condición de la víctima y el victimario¹⁴⁵, debiendo considerarse en consecuencia el efecto que el daño efectivamente generó en el trabajador que vio transgredido su derecho a la intimidad, habida consideración de su entorno personal y familiar, sus circunstancias económicas, sus creencias personales, etc.

¹⁴³ Véase Caamaño Rojo, Eduardo. “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”. ob. cit., p. 25 s.

¹⁴⁴ Caamaño Rojo, Eduardo. “El derecho a la no discriminación en el empleo”, ob. cit., p. 132.

¹⁴⁵ Para un análisis del tema véase Rodríguez Grez, Pablo, “Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Edición de junio de 2002, Pág. 327 y siguientes.

La conclusión, a este punto relativo a los medios de protección del *derecho a la intimidad de los trabajadores*, será lógicamente la de establecer, la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos concretos y específicos vigentes de defensa del mencionado derecho, pues en cada uno de los casos analizados hemos debido subsumir nuestra figura protegida en otras de general alcance, para de esta manera buscar dentro del abanico administrativo y jurisdiccional alguna forma de dispensar la protección requerida.

Lo cierto, es que si bien nuestro sistema no contempla actualmente mecanismos de protección eficientes y específicos vigentes, debemos señalar que esta situación es transitoria, pues actualmente se encuentra promulgada la próxima reforma a la justicia laboral, dígase la Ley N°20.087 de 3 de enero de 2006, la cual comenzará a regir con fecha 1 de marzo de 2008, producto de la prórroga generada por medio de la Ley 20.164 de 2 de enero de 2007, incluyendo dentro de sus temas, la generación del denominado, “Procedimiento de tutela laboral”, garantizando mecanismos eficaces de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, zanjando de una vez la problemática existente, estableciendo una reforma en materia sustantiva y procesal laboral, incluyendo figuras que nos permitirá hablar de una verdadera protección a los derechos fundamentales al interior de la empresa, destacando que se trata ciertamente de un procedimiento perfectible por las razones que se detallarán en el análisis que a continuación efectuaremos.

4. REFORMA LABORAL: DE LA ACCION DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. Consideraciones previas

Como se señaló en el punto anterior, actualmente se encuentra promulgada la Ley N° 20.087 de fecha 3 de enero de 2006, con vigencia primitiva desde el 1 de marzo de 2007, según lo determina el artículo 1° transitorio del mismo cuerpo legal, Ley cuya entrada en vigencia se encuentra actualmente prorrogada al 1 de marzo de 2008, por mandato de la Ley 20.164 de 2 de febrero de 2007, publicada el 14 de febrero del mismo año. La Ley N° 20.087, instaura el denominado “Procedimiento de Tutela Laboral”, cuyo objeto en lo que a nuestro trabajo concierne, es ampliar el actual procedimiento de tutela del derecho a la

libertad sindical, por uno “omnicomprensivo de tutela de diversos derechos fundamentales, que pueden ser ejercidos en la relación laboral”¹⁴⁶, plenamente aplicable al *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

Debemos destacar que la intención primitiva del legislador cual era la de establecer un procedimiento de carácter especial que protegiera los derechos fundamentales del trabajador al interior de la relación laboral, desde nuestro punto de vista no se logró, debido a que en los hechos no podemos hablar de un procedimiento especial, pues se trata simplemente del procedimiento general, con reglas especiales para su tramitación, las cuales serán analizadas a lo largo de este punto.

4.2. Objeto de la acción de tutela de derechos fundamentales

En primer lugar, la ley señala, cuál será el objeto del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, señalando en su artículo 485 que *“El procedimiento contenido en este párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por estos 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 durante la vigencia de la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º inciso primero y 16º, 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”*¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Proyecto de Ley Procedimiento Especial de Tutela de Derechos Fundamentales, Mensaje, contenido en el entonces proyecto de Ley sobre Reforma del Procedimiento Laboral.

¹⁴⁷ A este respecto el Mensaje del Proyecto de Ley, establecía una protección genérica de derechos fundamentales de los trabajadores siendo el tenor original de la norma, bajo el artículo 502 del mensaje el siguiente: *“Este Procedimiento tendrá por objeto tutelar los*

Se consagra de esta manera la protección al *derecho a la intimidad de los trabajadores*, de manera específica, pues de la sola lectura del artículo en comento, vemos la expresa mención del número 4 del artículo 19 de nuestra carta fundamental, el cual como bien sabemos; es el que consagra el derecho fundamental al “*Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia*”, denominado en nuestro trabajo “Derecho a la Intimidad”¹⁴⁸. A mayor abundamiento, el legislador nos señala que será de

derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º”. Siendo la especificación de los derechos protegidos uno de los principales cambios en el primer trámite constitucional; “en lo esencial, se precisaron con mayor claridad cuáles eran, desde el punto de vista constitucional, los derechos cuya vulneración puede dar lugar al procedimiento especial”, conforme lo señala el Primer Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional que sustituye el Procedimiento Laboral, contemplado en el libro V del Código del Trabajo, de fecha 18 de julio de 2005, Boletín 3367-13.

¹⁴⁸ Independiente de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores que consagra de manera explícita el articulado, se consagra asimismo la protección de otros derechos laborales, corroborando la existencia en nuestro sistema de la teoría estudiada en torno a los derechos laborales inespecíficos, a este respecto el abogado Rafael Carvallo Santelices, representante de la Asociación de Abogados Laboralistas de Chile AG, manifiesta “que el procedimiento judicial que se busca aprobar tiene por objeto salvaguardar no sólo los derechos fundamentales propiamente laborales –libertad sindical y otros-, sino que también las garantías que la Constitución Política asegura a todos los habitantes –intimidad, no discriminación, honra, propiedad, entre otras-. En ese contexto, y luego de hacer referencia a los elementos básicos que contempla dicho procedimiento especial, concluyó que el proyecto en trámite consagra los principios necesarios que permiten tutelar en forma eficiente los derechos fundamentales de las personas que intervienen en una relación laboral”. Opinión contenida en Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, recaído en el Proyecto de Ley que sustituye el

aplicación este procedimiento a todas aquellas cuestiones suscitadas en la relación laboral, con objeto de la aplicación de la normativa laboral, como es el estudio que nos convoca.

El legislador asimismo, es enfático en señalar, cuando un derecho fundamental protegido por este procedimiento debemos entenderlo “lesionado”. Para esta labor el legislador toma lo ya explicitado en el artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, reiterando que *”resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de los trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”*. De esta manera la Ley se hace cargo de una de las mayores críticas enunciadas a lo largo de este trabajo, cual es el alto costo en términos de pérdida del empleo o conductas de venganza a las cuales se encontraban sometidos los trabajadores, toda vez que pretendieran hacer valer sus derechos fundamentales.

La discusión respecto a la fijación definitiva de esta norma, se hizo presente en su discusión en la Cámara de Diputados pues “Algunos Diputados señalaron que es impropio considerar que se vulneren derechos fundamentales de los trabajadores cuando el empleador hace uso de las facultades que la ley le otorga para realizar su actividad empresarial. Por ello, se propuso precisar que cuando en el ejercicio ‘abusivo’ o ‘malicioso’ de tales facultades empresariales se vulneren los derechos fundamentales, será pertinente ejercer las acciones contempladas para este procedimiento.

Otros Diputados, en cambio, no fueron partidarios de incorporar términos que conlleven cierta subjetividad al momento de analizar las situaciones que se puedan presentar. Sin embargo, no desconocieron la factibilidad de que existan abusos de ambas partes en la relación laboral, por lo cual estimaron necesario precisar cuándo se deben entender

Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo (Informe complementario al primer informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social) de 3 de marzo de 2005, Boletín 3.367-13.

vulnerados los derechos fundamentales, lo cual se reflejó en las indicaciones presentadas”¹⁴⁹.

4.3. Legitimación activa

El nuevo artículo 486 introducido por la Ley 20.087 de 3 de enero de 2006 (vigencia 1 de marzo de 2008), establece, que será legitimado activo de esta acción cualquier trabajador u organización sindical, toda vez que consideren lesionados alguno de los derechos fundamentales, en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales. Estableciendo así mismo, la posibilidad de que la organización sindical a la cual pertenece el trabajador denunciante, pueda hacerse parte, en calidad de tercero coadjudante en el juicio, generando de esta manera un respaldo significativo al actuar del trabajador en defensa de sus derechos, lo anterior sin perjuicio de que la Organización Sindical demande como actor principal.

El mismo artículo señala que la Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

Además, la Inspección del Trabajo gozará de una participación activa en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, pues si ésta, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente.

Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso de tutela de derechos fundamentales. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Informe de la Comisión Constitución Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo (Informe complementario al primer informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social) de 3 de marzo de 2005, Boletín 3.367-13.

Este punto resulta digno de analizar en dos aspectos diversos, el primero de ellos es que en la medida que la Inspección del Trabajo, como organismo administrativo autónomo de la empresa, pueda fiscalizar la ocurrencia de agresiones al derecho a la intimidad al interior de esta, la responsabilidad y consecuentes represalias no recaerán en todo caso sobre el trabajador que inicie acción de tutela de sus derechos de manera particular, sino que por esta vía será la propia Inspección del Trabajo quien podrá fiscalizar de oficio detectando eventuales transgresiones, iniciando el procedimiento legal.

¹⁵⁰ En este sentido se manifestaron las siguientes opiniones en la discusión del Proyecto de Ley, en primer lugar: “El Senador señor Parra planteó que, no obstante concurrirá a aprobar esta normativa, no tiene total claridad de la conveniencia de que este procedimiento también pueda iniciarse a partir de una denuncia de la Inspección del Trabajo, ya que ésta puede actuar en base a otros procedimientos sancionatorios que establece la ley cuando hay infracción constatada. Su Señoría habría preferido acotar la intervención del legitimado, más estrictamente. En cuanto a la participación del sindicato, el señor Senador la estimó muy importante, y debiera operar aun cuando el trabajador no sea afiliado al mismo, ya que se trata de establecer relaciones laborales sanas dentro de la empresa. Respecto de esto último, el Senador señor Boeninger manifestó que lo natural es que la organización sindical actúe a petición del trabajador afectado, ya que, por diversas razones, éste podría no tener interés en que se intervenga a su nombre. El señor Ministro del Trabajo y Previsión Social señaló que la participación de la Dirección del Trabajo tiene por objeto iniciar este procedimiento, especialmente, cuando no existe organización sindical, lo que ocurre en la inmensa mayoría de las empresas del país. El Senador señor Ruiz De Giorgio señaló que aprobaría la norma, sin perjuicio de que le gustaría que la Dirección del Trabajo tuviera más atribuciones, para que muchos de estos problemas no llegaran a juicio. Lamentablemente, ello no ha podido lograrse y, por eso, al menos debe permitírsele dar inicio al procedimiento en análisis”. Véase una panorámica general en Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional que sustituye el Procedimiento Laboral, contemplado en el libro V del Código del Trabajo, de fecha 18 de julio de 2005, Boletín 3367-13.

El segundo punto y del todo criticable siguiendo las orientaciones del profesor Ugarte Cataldo, dice relación con que en todo caso la Inspección del Trabajo deberá antes de efectuar la denuncia “una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de la infracción constatadas”. Como bien señala el jurista antes mencionado, “se trata de una de las normas más impudorosas y equívocas del nuevo procedimiento: no existe ninguna razón de peso (...), para que el resguardo de los derechos constitucionales del trabajador, quede sometida a una mediación administrativa, que en todo caso ni siquiera le está permitida a los Tribunales de Justicia¹⁵¹”. Ratifica esta posición el hecho de que los derechos fundamentales, por la importancia de los derechos involucrados no admite mediación administrativa, pues de lo contrario simplemente estaríamos transigiendo respecto de derechos que tiene el carácter de irrenunciables.

Debemos señalar que la redacción del artículo en términos estrictos, exige que cualquiera de los legitimados activos que pretenda actuar deberá invocar un interés legítimo, concepción doctrinal que pretende superar la determinación restrictiva de la legitimación activa, en torno exclusivamente a la titularidad individual del derecho subjetivo (...). Se trata en ese sentido, de una técnica intermedia o a mitad de camino entre la restricción máxima que supone la titularidad de acciones derivadas de derechos individuales, como es el grueso en materia laboral, y la ampliación excesiva que importan las acciones públicas o de interés público¹⁵².

4.4. Acción de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido

La Ley en comento, se hace cargo asimismo, de la situación analizada en el punto anterior de este trabajo, comprendiendo que es posible argumentar una causal de despido

¹⁵¹ Ugarte Cataldo, José Luis. “Los derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”. Ensayos Jurídicos. Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. p. 14.

¹⁵² Ugarte Cataldo, José Luis. “Los derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”, ob. cit., p. 13.

encubriendo por esta vía una trasgresión de los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, se establece un procedimiento específico para cuando la vulneración de los derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido.

Esta acción debemos señalar, solo podrá ser impetrada por el trabajador afectado, debiendo interponer la denuncia dentro del plazo de sesenta días contados desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168. Para el caso de acogerse la denuncia interpuesta por el trabajador afectado, el juez ordenará el pago de la indemnización por años de servicio establecida en el nuevo artículo 163, con los recargos correspondientes, además de la indemnización correspondiente a la sustitutiva de aviso previo, de conformidad con el artículo 162, de la Ley analizada. Lo anterior unido a la fijación de una indemnización determinada por el juez de la causa, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Quedando este caso excluido del denominado efecto de nulidad de la conducta lesiva, pues la consecuencia jurídica ante la interposición de esta acción para el caso de que la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, no es otra que el pago de un cúmulo de indemnizaciones, según se señala en el párrafo anterior. “Se trata, sin duda, de una de las mayores inconsistencias del nuevo procedimiento, y candidata segura a una futura reforma (...), de considerar el juez que el despido ha vulnerado un derecho fundamental del trabajador de la lista protegida, entonces deberá decretar las indemnizaciones señaladas. Ahora, lo anterior con una excepción. Para cerrar el círculo de la inconsistencia de una legislación laboral negociada en extremo, nuestra ley si considera nulo y, por lo tanto, sin efecto jurídico alguno, el despido lesivo de derechos fundamentales en dos específicas situaciones: el despido antisindical y el despido discriminatorio grave”¹⁵³.

En este sentido la tutela dispensada al derecho a la no discriminación en materia laboral establece para el caso que *“El juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2º de este Código, y además sea*

¹⁵³ Ugarte Cataldo, José Luis, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Ob. cit., Pág. 163-164.

calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior”.

El juez de la causa, en estos procesos, podrá requerir el informe de fiscalización a que se refiere inciso cuarto del artículo 486, vale decir el informe emitido por la Inspección del Trabajo.

“Con todo, y sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente respecto del plazo para solicitar la calificación del despido como injustificado, indebido o improcedente a que se refiere el artículo 168, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 448 y solo comenzará a correr luego de quedar ejecutoriada la sentencia que desestime la denuncia por vulneración de derechos fundamentales”.

Debiendo señalarse, por tanto, que no existe posibilidad de tramitar de manera conjunta la acción de indemnización por despido injustificado, con la de tutela de los derechos fundamentales, adoptando el legislador a nuestro juicio la posición correcta en orden a entregar supremacía a los derechos fundamentales de los trabajadores, debiendo en consecuencia pronunciarse primero sobre esta acción y seguidamente nos entrega la oportunidad procesal de perseguir el despido injustificado por otra vía. Este comentario se encuentra ratificado por el nuevo artículo 487, el cual establece explícitamente que *“este procedimiento queda limitado a la tutela de derechos fundamentales, a que se refiere el artículo 485. No cabe, en consecuencia, su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos”.* Ahora, creemos necesario considerar que la prohibición de la duplicidad de las acciones para su tramitación en conjunto, podría generar en los hechos una mayor carga de trabajo para los tribunales laborales, pues los actores que vean rechazada su demanda primitiva obviamente accionarán seguidamente por el segundo camino.

4.5. Procedimiento de la acción de tutela laboral

El procedimiento se iniciará por denuncia ante el tribunal laboral competente, siguiendo las normas generales, debiendo contener además de los requisitos generales, una enunciación

clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, so pena de no ser admitida a tramitación.

Conforme lo determina el artículo 491 de la Ley, *“Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3º”*. Reiteramos en este punto la crítica mencionada anteriormente en el sentido de que este procedimiento es simple aplicación del procedimiento general con algunas variantes, pues se limita a remitirse en cuanto a su contenido al procedimiento general de tramitación laboral, señalando concluyentemente que no nos encontramos en ningún caso, ante un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, sino como ya se mencionó se trata simplemente del procedimiento general, lo que generará los consecuentes deficiencias en la tramitación ante la falta de una acción específica y de carácter sumarísimo.

Un aspecto que contrarrestaría los efectos perjudiciales de una tramitación del proceso que se extienda en el tiempo por ser este de carácter general, es la contemplada en el artículo 490 del código del Trabajo, norma en que el legislador toma las providencias necesarias a fin que el trabajador vea restablecido y protegido su derecho transgredido, estableciéndose que *“ El juez de oficio o a petición de parte, dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procede recurso alguno”*.

Tomando en consideración que si bien es cierto la Ley establece plazos de tramitación más acotados que los actuales, sabemos que en los hechos la situación será diversa, pues la experiencia práctica de la entrada en vigencia de todos los nuevos procedimientos que ha experimentado nuestro sistema en las diversas ramas legales, nos hace suponer que la intención perseguida por el legislador en muchos casos no se condice con los principios de celeridad e inmediación que debieran existir en estos procedimientos, por lo tanto es de esperar que la existencia de plazos sumarísimos, venga acompañada de la implementación necesaria tanto en infraestructura como en la capacitación necesaria tanto de jueces como

funcionarios de menor rango judicial, instrucción que a nuestro juicio debiera preceder a cualquier reforma sustantiva que se precie de tal.

Conforme lo determina el artículo 451 del Código del Trabajo, admitida la denuncia a tramitación, el juez citará al denunciante, al denunciado y a los presuntamente afectados, a una audiencia preparatoria a fin de que expongan lo que estimen convenientes acerca de los hechos sobre los cuales versa la denuncia, ordenándoles que acompañen todos los antecedentes que crean necesarios para resolver en parte de prueba, fijando para tal efecto, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la denuncia y la citación y la celebración de la audiencia, a lo menos diez días.

Sin pretender realizar un acabado análisis respecto al nuevo procedimiento de aplicación general en materia laboral, diremos que efectuada la notificación de la demanda, y su proveído que cita a audiencia preparatoria, el demandado podrá contestar en forma oral la demanda en la referida audiencia o por escrito debiendo acompañarla al tribunal con a lo menos un día de anticipación a la celebración de la audiencia preparatoria.

En la audiencia preparatoria se ratificará la demanda, contestando el demandado o ratificando su contestación según corresponda, terminada la etapa de discusión, el juez llamará a las partes a conciliación, proponiéndole a las partes las bases de un posible acuerdo. De alcanzar las partes acuerdo, este tendrá el carácter de sentencia ejecutoriada. De no mediar acuerdo, el tribunal recibirá de inmediato la causa a prueba, resolviendo el juez respecto de la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley, pudiendo las partes asimismo ofrecer cualquier otro medio de convicción que a juicio del tribunal, fuese pertinente.

Mención específica requiere la norma establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, que ha modificado la nueva Ley 20.087 de 3 de enero de 2006, cuya entrada en vigencia será el 1 de marzo de 2008, este artículo establece una aparente alteración del onus probandi, bajo el siguiente tenor: *“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de*

derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Esta materia corresponde a aquellas que ha generado mayor debate en las legislaciones comparadas, toda vez que debemos considerar el tema probatorio como uno de aquellos que pueden marcar la diferencia en lo que a reformas de procedimiento se refiere, pues en la medida que se logre el alivio de la carga probatoria para la víctima, la posibilidad de interponer recursos de esta naturaleza, abre sus puertas de manera concreta para el trabajador transgredido.

En este sentido, resulta importante mencionar el precepto contenido en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de España, el cual establece “en el acto del juicio constatada la ocurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical (o de cualquier otro derecho fundamental), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”

Con esto, no queremos decir que le corresponda al empleador probar que no cometió actos de vulneración de derechos fundamentales, pues lo anterior sería contradecir la teoría general de la prueba que nos indica que en derecho solo se prueban hechos positivos, principio que se encuentra consagrado en el artículo 1698 del Código Civil, el cual dispone que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquella o esta”. Lo que nos indica la norma laboral en comento, es que el empleador deberá justificar su accionar, estableciendo que las medidas adoptadas son correctas y proporcionales, como por ejemplo si la denuncia fuera interpuesta por un trabajador que ve alterado su derecho a la intimidad, debido a la instalación de cámaras al interior de su lugar de trabajo, argumentando vigilancia por parte del empleador por este medio. Este último no deberá probar que no instaló cámaras, sino, que deberá justificar ante el tribunal que esta acción se debió a razones de seguridad al interior de la empresa y no como medio de control y vigilancia.

En este mismo sentido se manifestó el senador Parra¹⁵⁴, quien señaló “que, a su entender, este precepto no altera el peso de la prueba. Esta norma debe analizarse con relación al artículo 508 -que pasa a ser 489-. También aquí habrá audiencia de juicio en que las partes rendirán prueba. Su Señoría acotó que sólo se está precisando qué le corresponde probar a cada uno, de modo que no hay inversión del peso de la prueba ni se rompen los principios generales del Derecho”.

Además, como bien señala el profesor José Luis Ugarte Cataldo: “la víctima o demandante no esta completamente liberado de la prueba, ya que debe acreditar, al menos, la existencia de “indicios” de la existencia de la conducta lesiva, para que recién ahí se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y racionales”¹⁵⁵.

En conclusión, compartimos las palabras del Ejecutivo, el cual manifiesta que esta norma se constituye como uno de los ejes centrales del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales “a raíz de que, si bien se invierte la carga de la prueba, ello ocurre bajo ciertos supuestos que no conllevan la prueba de hechos negativos por parte del denunciado sino que, por el contrario, éste deberá acreditar que la actuación que ha tenido es proporcional y legítima. De lo contrario, sería muy difícil para el afectado probar la vulneración de su derecho, con lo que la norma se transformaría en letra muerta”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Opinión contenida en el Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional que sustituye el Procedimiento Laboral, contemplado en el libro V del Código del Trabajo, de fecha 18 de julio de 2005, Boletín 3367-13.

¹⁵⁵ Ugarte Cataldo, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, ob. cit., p. 133.

¹⁵⁶ Informe de la Comisión Constitución Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo (Informe complementario al primer informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social) de 3 de marzo de 2005, Boletín 3.367-13.

Posteriormente, como señala el artículo 494 del Código del Trabajo, el tribunal citará a audiencia de juicio, la que deberá llevarse a cabo en un plazo no superior a 30 días. Es así como *“Con el mérito del informe de fiscalización cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro de quinto día”*.

“En este sentido a diferencia de las sentencias de procesos laborales de corte patrimonial, que son, en general de tipo simple , ya que solo deben pronunciarse sobre la existencia o no de las obligaciones de dar demandadas, las sentencias dictadas sobre posibles inculcaciones de derechos fundamentales son de tipo complejo, ya que en la parte resolutive del acto procesal de sentencia deben contener diversos pronunciamientos de manera simultanea, porque la acción ejercida precisamente, persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre si”¹⁵⁷.

La sentencia deberá en primer término declara si existió o no conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador por actos del empleador. Si la sentencia es absolutoria, deberá fundamentar su decisión conforme ala artículo 457 del Código del Trabajo. Por el contrario, si la sentencia declara que existió vulneración de derechos fundamentales, deberá adoptar las siguientes decisiones:

1) El cese del comportamiento antijurídico: Se debe proceder a la restitución íntegra del derecho vulnerado, lo cual supone por una parte el cese de la conducta propiamente tal, vale decir, deberá ordenar el cese inmediato de la conducta lesiva, si esta aún persiste al momento de dictar la sentencia, bajo el apercibimiento establecido en el artículo 492 del Código del Trabajo, esto es, la aplicación de una multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá ser reiterada hasta lograr el cumplimiento de la medida. Contra el apercibimiento antes mencionado no procede recurso alguno, con el fin de evitar dilaciones innecesarias.

¹⁵⁷ Ugarte Cataldo, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, ob. cit., p. 30.

Por otra parte, el juez deberá decretar la nulidad del o los actos lesivos, conforme lo señala el artículo 495 inciso sexto del Código del Trabajo, el cual dispone que: “En cualquier caso, el juez deberá velar por que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”.

Reiteramos en este punto, la situación analizada con anterioridad en este estudio, en orden a la inconsistencia legal manifestada por la figura del despido del trabajador lesivo de derechos fundamentales, toda vez que la consecuencia de esta acción no será la nulidad de la conducta lesiva, sino el pago de un cúmulo de indemnizaciones, existiendo solo dos derechos fundamentales que darían lugar a la nulidad de conducta lesiva con ocasión del despido del trabajador que ha visto vulnerado sus derechos fundamentales, cuales son el derecho a la no discriminación grave y el despido antisindical. Pudiendo en estos dos casos optar el trabajador entre el reintegro a sus labores como consecuencia de la declaración de nulidad de su despido. o el pago de las indemnizaciones mencionadas.

2) En segundo lugar, el juez laboral deberá conforme lo determina el numeral 3 del artículo 495: “indicar las medidas concretas a la que se encuentre obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan”. Hablamos por lo tanto del daño material o moral que se produjo en el trabajador con ocasión de la vulneración de sus derechos fundamentales, el cual en cualquiera de los dos casos deberá ser debidamente apreciado y determinado por el juez de la causa, en base a los elementos propios que comprende la responsabilidad que nace en cada uno de los casos, salvo el caso de la reparación material del despido lesivo de derechos fundamentales, pues ya se encuentran fijados los parámetros de los montos de la reparación, quedando a salvo la vertiente derivada del daño moral.

3) En último término, la sentencia podrá aplicar las multas a que hubiere lugar, de conformidad con las normas del Código del Trabajo, a saber el artículo 477 del mismo cuerpo legal como multa general para el caso de incumplimiento o trasgresión de la legislación laboral, debiendo fundamentarse la multa en que se ha transgredido al artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, el cual contempla el objeto de nuestro estudio, “el derecho a

la intimidad de los trabajadores”, entre otros derechos fundamentales. Lo anterior a falta de una sanción específica, siguiendo el principio de especialidad.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo, quienes formarán un registro de ellas, según lo señala el artículo 495 en su inciso final del Código del Trabajo.

La sentencia definitiva en estos procedimientos será susceptible de recurso de apelación laboral, gozando este de preferencia para su vista y fallo.

Como apreciamos, este procedimiento de tutela de derechos fundamentales a lo menos en la teoría debería conducirnos a posibles soluciones frente a la colisión de derechos fundamentales al interior de la relación laboral. Lo cierto es que habiendo analizado este procedimiento, nos resulta necesario preguntarnos, de que manera el juez deberá resolver el conflicto que nos ocupa en este trabajo cual es, la colisión del *derecho a la intimidad del trabajador* con el poder de dirección empresarial de que goza el empleador en el ejercicio y desarrollo de su actividad.

Decimos que resulta necesario preguntarnos cual será el mecanismo de solución, fundamentalmente por que el juez laboral se encuentra generalmente sometido a decisiones que dicen relación simplemente con el hecho de verificar si en la practica se cumple o no con tal exigencia laboral y por esa vía sancionar a los infractores.

La situación será diversa a la hora de fallar un caso en que se presente colisión de derechos fundamentales al interior de la relación laboral y por ello y como medio de finalizar este estudio nos referiremos al principio de la proporcionalidad como medida y criterio de solución para un conflicto laboral, como el que se presenta a lo largo de este trabajo.

4.6. Método de solución de conflictos de derechos fundamentales en el área laboral

Sabemos que uno de los principales problemas que encontrará el procedimiento de tutela laboral, dice relación con la falta de reconocimiento sustantivo que existe en el mundo judicial en relación al tema de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral,

apreciación que se ve perfectamente ratificada por la sentencia que rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de la empresa Aqua Chile, analizada anteriormente.

Por lo tanto, creemos que esta reforma independiente de consagrar nuevos procedimientos, debe tener a su base la preparación necesaria de los operadores jurídicos y en especial de los jueces que serán quienes deberán dirimir los conflictos planteados, y para realizar esta labor inequívocamente creemos necesaria la aplicación de la teoría de la proporcionalidad.

Para analizar este principio como medio de solución de conflictos sometidos al procedimiento de tutela laboral, debemos partir de la base de que existen dos tipos de normas; estas son las reglas y los principios. Cuando nos referimos a la reglas, nos referimos a aquellas normas que bajo determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. “Los principios por su parte son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*”¹⁵⁸.

Es así, como los derechos fundamentales al interior de la relación laboral se enmarcarían dentro de esta clasificación, y por lo tanto cada vez que entre en conflicto el *derecho a la intimidad de un trabajador* con el poder de dirección empresarial, la aplicación de cada uno de ellos ira más allá de la subsunción de un caso bajo una regla, se tratará por el contrario de un proceso de ponderación y balanceo. “De este modo, por ejemplo, si el juez laboral, considera que debe aplicar la regla del artículo 159 del Código del Trabajo que establece que la segunda renovación de un contrato a plazo fijo lo transforma en indefinido, entonces no tiene espacio para ningún tipo de ponderación: debe aplicar subsuntivamente la norma y desechar cualquier solución opuesta. En cambio, si el mismo juez debe resolver si el empleador tiene derecho a controlar el contenido de los correos electrónicos deberá

¹⁵⁸ Alexy, Robert. “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, publicado en “Derecho y Razón Práctica”. Colección de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 30, México, 1993, p. 41.

determinar qué alcance tendrá el derecho de propiedad frente a un derecho de equivalente valor como el de intimidad, cuestión que supone un sopesamiento que podría terminar en una solución de compromiso o intermedia que permita la aplicación parcial de ambos: puede confrontar el formato, pero no el contenido”¹⁵⁹.

Por lo tanto, debemos analizar cuales serán los criterios que nos permitirán justificar la restricción de un derecho fundamental a favor del otro, siendo que ambos son de rango constitucional. Es así, como el principio de proporcionalidad supone ejecutar una triple aplicación de subprincipios, cuales son: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

El juicio de idoneidad, exige que la restricción al derecho fundamental, permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, ósea para nuestro caso en particular que las medidas adoptadas por el empleador sean idóneas y conducentes para alcanzar el fin jurídico legítimo que se persigue.

El juicio de necesidad por su parte, opera sobre la base de que la afectación del derecho fundamental ocurra únicamente por que no existe otro medio para lograr el fin legítimo perseguido, sin que exista una medida menos agresiva para alcanzarlo. La Dirección del trabajo efectuó este juicio de necesidad, rechazando una medida implementada por un empleador que consistía en un registro de control de ida y vuelta de los trabajadores al servicio higiénico, como medio de controlar el tiempo efectivamente trabajado. Esta medida que si bien es idónea para controlar el tiempo trabajado, afecta directamente el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, existiendo otros medios menos atentatorios que podrían lograr el mismo efecto en cuanto al computo de tiempo trabajado¹⁶⁰.

En último lugar debemos analizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto “Solo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde, y sólo en ese caso revisar si, además, es proporcional en el sentido estricto. Para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental se requiere indispensablemente el incumplimiento de

¹⁵⁹ Ugarte Cataldo, José Luis, “El nuevo Derecho del Trabajo”, ob. cit., p. 147.

¹⁶⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N°4541/319, de 22/09/1998.

otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del incumplimiento de otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en el sentido estricto”¹⁶¹. “Debe evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto”¹⁶².

Podemos advertir, que ciertamente la aplicación del principio de proporcionalidad viene indefectiblemente cargado de un elemento subjetivo, en la medida que esta ponderación no admite parámetros de solución estrictos y que por ser realizado por el juez laboral, se verá sometido la apreciación de este, para cada caso en específico que se pretenda resolver, por lo tanto no debemos pretender crear un método que según las propias palabras de Alexy nos permita entregar una solución definitiva para cada caso difícil, sino que por el contrario debemos propender a la creación de estructuras racionales para el razonamiento¹⁶³, que nos permita razonar en base a construcciones específicas como es la aplicación de los tres subjuicios antes enunciados, soluciones intermedias para casos similares, pues debemos tener presente que el punto de equilibrio que se encuentre para un caso en particular ante la colisión de derechos fundamentales, no resultará ser de aplicación general para todo otro caso, pues no existe una jerarquía estática de derechos fundamentales, sino que estos responden a realidades específicas, pudiendo mutar orden de prelación.

A lo largo de este capítulo hemos pretendido entregar una completa visión respecto de los mecanismos de protección tanto administrativos como legales y constitucionales que nos

¹⁶¹ Ugarte Cataldo, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, ob. cit., p. 24.

¹⁶² Caamaño Rojo, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales”, ob. cit., p. 41.

¹⁶³ Alexy, Robert. “Derechos, Razonamiento jurídico y Discurso Racional”, ob. cit., p. 47. En este mismo sentido en cuanto a la aplicación del juicio de proporcionalidad se manifiesta el profesor Jaime Bassa Mercado, en su artículo “Reglas y principios en las normas de derechos fundamentales”, disponible en www.uvm.cl/derecho/articulos.

permitan proteger el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, analizando todas aquellas figura que nos den la posibilidad de entregar algún grado de protección, aún cuando ellas no sean estrictamente laborales, con las consecuentes falencias que aquello provoca. Así mismo, nos hemos pronunciado respecto al panorama futuro que se producirá en nuestro país en lo que ha protección de derechos fundamentales se refiere, con la entrada en vigencia de la Ley 20.087, obteniendo como conclusión, que sin lugar a dudas, se producirán grandes transformaciones en lo que a protección de derechos fundamentales respecta, para nuestro estudio el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, pues con las imperfecciones que hemos destacado y las que seguramente se seguirán detectando y analizando, sigue constituyendo esta reforma un gran paso en el camino a la protección efectiva del derecho que nos convoca, así como de todos los derechos fundamentales que podamos proteger por esta vía, sin tener que recurrir a formulas anexas a la teoría estrictamente laboral, esperando ahora que quien tenga la última palabra sean los trabajadores afectados, pues mientras ellos no tomen conciencia de sus derechos cualquier norma que pretenda protegerlos no surtirá efecto alguno, siendo labor tanto del legislador, como de los operadores jurídicos y de la sociedad entera asistir en este camino para que podamos llegar en nuestro sistema a una verdadera “ciudadanía en la empresa”.

CONCLUSIONES

Conocemos de la existencia de un decálogo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la Republica, los cuales hoy se hacen extensible a la relación laboral, uno de estos derechos es el denominado derecho a la intimidad, el cual le entrega al trabajador ciudadano la aptitud de decidir libremente que aspectos de sus pensamientos y de su actuar serán propios, y cuales otros serán de público conocimiento o de unos pocos, sea por que voluntariamente los devele o por el contrario que estos sean conocidos por medio de intromisiones que vulneren su derecho a la intimidad, en este sentido justificamos el reconocimiento de este derecho al interior de la relación laboral, en aquel escenario de tensión tan poco deseado, en que se superponen los derechos que le dan fisonomía al poder de dirección empresarial en contraposición al *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

El avance legislativo, nos lleva a la consagración del derecho a la intimidad como límite infranqueable a los poderes de dirección empresarial, en su inclusión en el artículo 5° del Código del Trabajo, la Constitución Política de la República también nos ha ayudado depurando el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad en su proyección general, delimitando su protección a la vida privada y a la honra de la persona protegida y su familia.

Sin lugar a dudas, mención especial requiere la gran tarea que ha efectuado la Dirección del Trabajo, organismo que recoge día a día las transformaciones que experimenta el mundo laboral, entregándonos los principios rectores en materias de gran importancia como es el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, diciéndonos que toda norma que se pretenda aplicar debe ser analizada a la luz de este sustrato irreductible de derechos, dentro de los cuales se encuentra protegida la intimidad, debiendo cumplir estos principios una labor uniformadora de la legislación frente a la Constitución Política de la República, concientes de que nos encontramos ante un trabajador sujeto y no objeto de la relación laboral, y en este sentido titular de una serie de derechos, que deben ser amparados y protegidos.

Cuando comenzamos este estudio, con las insipientes manifestaciones doctrinales y legales que existían, la realidad en torno a su protección era bastante difusa, gran parte de la doctrina consideraba, que el círculo en orden a la consagración y protección del derecho a la intimidad se encontraba abierto, por nuestra parte hemos tenido el privilegio de ver avanzar a paso firme la inclusión del reconocimiento del principio de la ciudadanía en la empresa, en el derecho laboral. Pudimos analizar tanto el reconocimiento del derecho objeto de este estudio, así como las nuevas manifestaciones de avance en materia laboral que se seguirán desarrollando, lo anterior por medio de la inclusión en nuestro sistema de una reforma al sistema procedimental laboral, destacando dentro de ella la consagración de la acción de tutela laboral, que vendrá a dispensar, con las innumerables fallas que contiene, una acción destinada a proteger directamente el *derecho a la intimidad de los trabajadores*, sin que tengamos que recurrir a otras figura bajo la vía de la interpretación, como se analizó en este trabajo.

Por su parte, la realidad práctica nos ira entregando cada día nuevos conflictos, creemos que el avance tecnológico pondrá a prueba la doctrina laboral, toda vez que éste unido a los progresos económicos, abrirán aún más la brecha entre trabajador y empleador, pues las necesidades económicas de uno u otro polo de la relación, abogaran por sus propios principios y necesidades.

El general, tenemos la convicción de que el derecho del trabajo se encuentra actualmente en nuestro sistema en tierra firme para afrontar los nuevos desafíos que vendrán, pero desde una visión panorámica general de la situación imperante, creemos en la necesidad de ahondar en los siguientes contenidos, con el convencimiento de que se trata de un sistema absolutamente perfectible:

En primer lugar, y a la base de cualquier reflexión que pretendamos realizar en torno al *derecho a la intimidad de los trabajadores*, se encuentra vigente la preocupación por lograr la instrucción y orientación judicial del trabajador, en este tema, así como en todos aquellos que pretendan proteger derechos laborales constitucionales, tanto específicos como inespecíficos. Pues, de nada nos servirá la inclusión de estas normas, si el trabajador no se entera de su existencia y contenido, sabemos que en nuestro sistema nadie podrá alegar ignorancia de la ley, pero la realidad práctica es del todo disímil, sobre todo si

consideramos que gran parte de las dificultades que se manifiestan en torno a este tema, no se generan en las grandes empresas, sino en la medianas y pequeñas, donde la calificación del trabajador y el reconocimiento de los derechos fundamentales incluso en su proyección general, se ve muchas veces mermado.

Esta reflexión mirada desde el punto de vista del empleador, genera asimismo la obligación de instruirse respecto de esta temática, de manera que entendamos que no se trata de normas que dispensen una sobreprotección laboral, sino por el contrario, como bien ha dicho la Dirección del Trabajo, se trata de una tarea de sopesar y equilibrar fuerzas al interior de la relación laboral, por cuanto el empleador se encuentra en su derecho de conducir la actividad económica de acuerdo a los objetivos que pretenda lograr, pero así mismo debe comprender, que nuestra legislación contiene pautas y límites para efectuar esta labor, basados fundamentalmente en la equidad y proporcionalidad de las medidas que adopte.

Esta labor de estudio y aplicación de los conceptos develados en este trabajo, debe extenderse asimismo tanto a jueces como funcionarios judiciales, pues ya hemos visto la falta de conocimiento que existe respecto a estas materias sea en su contenido substancial como en su forma de solución, de modo que no volvamos a encontrarnos con resoluciones tan poco acertadas como la que analizamos con ocasión de la revisión de la acción de protección, en la cual la Corte de Apelaciones de Puerto Montt desestimó el recurso interpuesto, por considerar que no podemos hablar de intimidación en el lugar de trabajo. No obstante lo anterior, nos hacemos parte de los dichos contenidos en la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto revocó la resolución antes mencionada, sirviendo de precedente con su vasta fundamentación, a todo quien pretenda defender ante los tribunales la trasgresión del *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

Por su parte, la consagración de la acción de tutela laboral, abre nuevas expectativas en la protección efectiva del *derecho a la intimidad de los trabajadores*. Estamos de acuerdo en el retraso de su entrada en vigencia, pues aún se encuentran latentes dificultades para su puesta en marcha. Como sabemos, esta reforma laboral encuentra su máxima inspiración en el sistema laboral español, el problema es que la realidad en este país es bastante diversa, pues el nivel de instrucción sobrepasa con creces al que tenemos actualmente en nuestro

país y por otro lado, la implementación en términos de infraestructura y personal, no encuentra símil alguno con la realidad chilena, existiendo fundado temor en cuanto a la entrada en vigencia e implementación de la nueva justicia laboral, debido a que los principios son radicalmente opuestos a los que conocemos hasta hoy en cuanto al procedimiento, nos parece que la oralidad e intermediación como principios fundantes, generan una justicia más transparente, pero el reparo generalizado dice relación, con la celeridad de los procesos, ésta ciertamente se verá retardada debido a que no existiría la implementación necesaria para llevar a cabo una reforma laboral de esta magnitud, pues desde ya sabemos que la cantidad de jueces y funcionarios señalados por Ley en términos cuantitativos, muy probablemente no alcanzará a cubrir la demanda de juicios.

La proyección en términos cuantitativos, se verá seguramente desequilibrada pues creemos que existirá una avalancha de denuncias por la acción de tutela laboral, pues como sabemos se trata de un procedimiento que podría generar como consecuencia de la sentencia el pago de indemnizaciones, pudiendo desvirtuarse el objetivo principal de este procedimiento, cual es la tutela de derechos fundamentales, y no el lucro eventual que algunos verán en ella. Si bien se han extraído algunas materias del conocimiento de los nuevos tribunales laborales como son los temas previsionales, igualmente el número de materias que deberán conocer escapará a lo que se tiene proyectado.

Por otra parte, si bien la acción de tutela laboral, se incluye como un procedimiento especialísimo de resolución de conflictos de derechos fundamentales en la relación laboral, sabemos que esto no es así, por lo tanto, creemos en la necesidad de seguir abogando por una verdadera acción especial de tutela de derechos fundamentales vulnerados con ocasión de la relación laboral, pues la actual formulación se trata simplemente de la acción general de tramitación, con un contenido sustantivo distinto, por lo tanto el círculo de protección permanecerá abierto mientras no se generen mecanismos procesales específicos.

Volvemos a reiterar en este punto, la gran inconsistencia existente en torno a la nueva figura del despido lesivo de derechos fundamentales, en la medida que este no generaría la nulidad del acto atentatorio, sino que por el contrario daría origen al pago de un cúmulo de indemnizaciones, existiendo solo dos derechos vulnerados con categorización especial, cuales son el derecho a la no discriminación y el despido antisindical. Por lo tanto, la

pregunta es ¿Por qué el legislador le entregó mayor supremacía a estos derechos, en desmedro del catálogo de derechos que protegen al trabajador frente a actuaciones lesivas de su empleador con ocasión del despido?, creemos que la respuesta no encuentra otro fundamento más que la lucha económica y el poder empresarial, que sigue permitiendo y fundamentando injusticias de este tipo, pues un trabajador que ha visto vulnerado su derecho a la intimidad con ocasión del despido no tendrá el derecho de opción entre la reincorporación, como consecuencia de la nulidad del acto que lesiono su derecho, o el pago de las indemnizaciones fijadas por ley, sin que existan criterios válidos que permitan hacer esta distinción.

Otra falencia del nuevo procedimiento de tutela laboral dice relación con que este será aplicable respecto de las cuestiones suscitadas “en la relación laboral”, por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, quedando de esta forma entrampada en términos estrictamente jurídicos la posibilidad de otorgar protección por esta vía a las situaciones que pudieran afectar el derecho a la intimidad de los potenciales trabajadores, en lo que a selección de personal se refiere, en aquella esfera anterior a la celebración del contrato de trabajo, debiendo una vez más apoyarnos en el principio de la no discriminación laboral, para interpretativamente otorgar protección al menos por esta vía.

Sólo nos resulta importante destacar por lo menos en términos teóricos, la inclusión de un nuevo derecho protegido, ajeno al catálogo de derechos fundamentales tradicional, cual es el derecho o garantía de indemnidad, que protege por medio del procedimiento de tutela laboral, al trabajador de las represalias eventuales que pudiera ejecutar el empleador en su contra, toda vez que éste tome conocimiento de la denuncia efectuada por el trabajador frente a la lesión de alguno de sus derechos fundamentales, o como consecuencia de la fiscalización de la Dirección del Trabajo. Esperamos que esta garantía, no se torne simple letra muerta y que efectivamente sea utilizada como medio de sopesar la intrínseca situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador, que lo hace en muchos casos mantenerse inerte frente a las represalias de su empleador, como consecuencia del vínculo de subordinación o dependencia, pero creemos una vez más que será la Dirección del Trabajo en su ardua tarea de interpretación y fiscalización de las normas laborales quien

dará el primer paso en esta materia, pues los trabajadores mientras no tomen plena conciencia de los derechos que los amparan, seguirán temiendo frente a las acciones de sus empleadores.

Muchas son las falencias que existen en orden a la temática objeto de este trabajo, varias de ellas fueron abordadas a lo largo de este, y mantenemos el convencimiento de que se seguirán produciendo infinidad de complicaciones en la materialización, y posterior entrada en vigencia de las nuevas normas que se consagren a este respecto. Pero, la labor de quien estudia las ciencias sociales y jurídicas es justamente la detección de las problemáticas, su análisis, y proposición de soluciones, tal como se ha efectuado en este trabajo. El punto fundamental se encuentra, en seguir manteniendo una posición de vigilia y reflexión ante los nuevos acontecimientos que se vayan generando en el mundo laboral, dicha tarea no es fácil, por lo vertiginoso del cambio. Pero el análisis y la crítica razonada, siempre perfeccionarán las instituciones jurídicas tradicionales, así como las más insipientes, debiendo reconocerse día a día la tendencia mundial de considerar al hombre como sujeto de derecho, que goza de una cantidad no menor de derechos que emanan de su dignidad, que la ley natural inspira y la positiva consagra, como es el caso del *derecho a la intimidad de los trabajadores*.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA CORREA, Fernando Gustavo, “Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa”, Memora para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, año 2002.

ALDUNATE, Eduardo, profesor Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, apuntes de clases, años 1996-1997.

ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAHAMONDE, María Emilia, Derecho del Trabajo, décimo tercera edición, Sesión de Publicaciones Universidad e Madrid, España, 1993.

ALEXY, Robert, “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, publicado en “Derecho y Razón Práctica”. Colección de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 30, México, 1993, p. 41.

ARAVENA SELMAN, Antonio y CONCHA MATUS, Alejandro, “El derecho a la intimidad de las personas”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1995.

ARRIAGADA ARCE, Guillermo Leonardo, “Los Derechos Fundamentales y la Flexibilidad en la Reforma Laboral”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, año 2003.

BASSA MERCADO, Jaime, en su artículo “Reglas y principios en las normas de derechos fundamentales”, disponible en www.uvm.cl/derecho/articulos.

BEZANILLA, Mauricio, Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, años 1998-1999.

BIBBY, Andrew, ¿Quién tiene correo?, Correo electrónico e Internet en el trabajo: ¿privado o público?, Revista de la Organización Internacional del Trabajo N° 40, agosto de 2001, disponible en www.ilo.org.

BILBAO UBILLOS, José María, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, Boletín de la Dirección del Trabajo, mayo 2001, p. 17.

BLAZQUES-FRAILE, Agustín, Diccionario Latín Español, Barcelona, Sopena, 1967, p. 913.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, Publicado en la Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Volumen XIV. Julio de 2003, pp. 25 y s.

- “El derecho a la no discriminación en el empleo”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2005, pp.128, 129.

- “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, Valparaíso, Chile, 2006, Semestre I, pp. 19-44.

CALSAMIGLIA, Albert, “Control empresarial y dignidad humana”, colaboraciones especiales, disponible en www.ceveal.com.

CERDA SILVA, Alberto. Comentario al Dictamen de la Dirección del Trabajo sobre el Uso del Correo Electrónico por parte de los trabajadores. Disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl.

- “Tratamiento de los Datos Personales en la Relación de Trabajo”. Disponible en www.abogados.cl.

- Cerda Silva, Alberto, “Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos”, Revista Chilena de Derecho informático, No. 3 Diciembre 2003, pp. 47-75, disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl

COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, primer informe recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional que sustituye el Procedimiento Laboral, contemplado en el libro V del Código del Trabajo, de fecha 18 de julio de 2005, Boletín 3367-13.

- Segundo Informe, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional que sustituye el Procedimiento Laboral, contemplado en el libro V del Código del Trabajo, de fecha 18 de julio de 2005, Boletín 3367-13.

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN LEGISLACIÓN Y JUSTICIA, informe recaído en el Proyecto de Ley que sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo (Informe complementario al primer informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social) de 3 de marzo de 2005, Boletín 3.367-13.

CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, CGT demanda a Telefónica y Vodafone por escuchar las llamadas de los trabajadores y clientes, 3 de marzo de 2000, disponible en www.cgt.es

CONVENIO RELATIVO A LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIAS DE EMPLEO Y OCUPACIÓN, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su reunión N° 42, Ginebra, 25 de junio de 1958.

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, fallo pronunciado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol 156-2005.

CORTE SUPREMA, fallo de la Ilustrísima Corte Suprema en causa rol 5234-05.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y fundamentos", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, año 2000 N° 1.

- “Configuración Jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, año 2000 N° 2.

- “El respeto y protección de la vida privada”, trabajo realizado en el marco del Proyecto

de Investigación Fondecyt N° 1.980.066 de 1998, sobre "El respeto a la vida privada ante el Derecho Civil".

CRUZ COKE, Carlos, Manual de Educación Cívica, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago 2005, p. 98.

DE CUPIS., "I diritti della personalità" en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por Cicu, vol IV, editorial Giuffrè, Milán, 1959, p. 311.

DEL VALLE VILLAR, José Manuel, "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español. Estudios sobre el derecho a la intimidad, editor Luis García San Miguel Rodríguez Arango, editorial Tecnos, Madrid, 1992.

SENADO, DIARIO DE SESIONES, Legislatura 343ª Extraordinaria, Sesión N° 32ª, en martes 3 de abril de 2001, p. 3918.

- Legislatura 343ª Extraordinaria, Sesión N° 32ª, en martes 3 de abril de 2001, p. 3924.

EL PEQUEÑO LAROUSEE ILUSTRADO, Diccionario Enciclopédico, edición 2002, Pág. 567.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", Editorial Jurídica, año 1999.

FALGUERA I BARÓ, Miguel Angel. "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extra productivos y competencias de control del empleador", Revista Relaciones Laborales N° 22, España, noviembre de 2000, p. 24.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Introducción al Derecho del Trabajo, Editorial Conosur, año 1998, pp. 15-16.

GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ- ARANGO, Luis, "Estudios sobre el derecho a la intimidad", editorial Tecnos, Madrid, España, 1992.

GAZMURI R, Consuelo, "Los derechos fundamentales en la empresa. Algunas perspectivas de género", Disponible en www.dt.gob.cl.

GIL PLANA, Juan, Instalación de Sistemas de Audición en las empresas y el derecho a la intimidad de los trabajadores, disponible en www.accam.es

HERRAN HORTIZ, Ana Isabel, "La violación de la intimidad en la protección de datos personales", Editorial Dickinson, Madrid, España, 1998.

JARAMILLO GAJARDO, Paula y ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. “La privacidad del correo electrónico”. Disponible en www.derechosdigitales.org.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. “Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa”, editorial Conosur, 1998, p. 167.

LIZAMA PORTAL, Luis, Manual Derecho del Trabajo, Edición Electrónica, Disponible en www.lexisnexus.cl.

LOCKE, John, “Dos ensayos sobre el Gobierno Civil”, Edición Joaquín Abellán, traducción Francisco Jiménez García, Editorial Espasa, segunda edición, Madrid, España, año 1997.

LÓPEZ, Diego, “Los Derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan”, Temas Laborales, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Año 9, número 22, noviembre 2004.

MELIS VALENCIA, Christian, “En torno al Contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales (Parte II)”, Boletín Dirección del Trabajo, mayo de 2001.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, “El Trabajo y la Protección Social en Chile 2000-2002”, Extracto del discurso pronunciado por el ex Ministro del Trabajo y Previsión Social, Ricardo Solari, en la Ceremonia de promulgación de las Reformas Laborales, el 27 de septiembre de 2001 Editorial Atenas, año 2003, p. 168.

NADAL, Daniel, “El despido en el Código del Trabajo”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2003, pp. 291 s.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “El derecho de Declaración, Aclaración o de Rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional”, Revista Ius et Praxis, año 7 N°2, año 2001, edición electrónica, disponible en www.scielo.cl.

OBERT, Paul, Dictionarie alphabétique et analogique de la Langue Francaise, Paris, Societé du Nouveau Littre, pp. 63-64.

ORTUZAR VILLARROEL, María Carolina. “El nuevo concepto del derecho a la intimidad y su protección en la era tecnológica. Análisis crítico del proyecto chileno sobre protección a la vida privada”, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Católica de Valparaíso, año 1996, p. 10.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Oficina

Internacional del Trabajo. Adoptado por una reunión de expertos sobre la protección de la vida privada de los trabajadores de la OIT. Ginebra. Año 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Derecho del Trabajo”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Año 1998. pp. 140 y 141.

PARADA MONTERO, John Parada. “Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección del empleador”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Año 2003, p. 89.

PERE BOIX, Fernando. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. España. Diciembre de 2003. Disponible en www.cisred.com

PÉREZ LUÑO, Antonio, “Los derechos fundamentales”, Editorial Tecnos, Madrid, año 1986.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Protección de la intimidad del trabajador: La situación en las Américas”, Revista Internacional del Trabajo, 1995, Vol. 114, núm. 3, p. 338.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario, edición 2001, disponible en www.rae.es.

RÍOS LABBÉ, Sebastian, “La Protección civil del derecho a la intimidad”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, p. 3.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Edición de junio de 2002, pp. 327 s.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, “Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal”, Editorial Colex, España, 1987, pp. 31.

SÁEZ CARLIER, Felipe, “El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales al Interior de la Empresa en las Reformas Laborales”, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, Doctrina, estudios y comentarios, octubre de 2001.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro, Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 129, 12 de junio 1975.

THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY, vol. VIII, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 1388.

UGARTE CATALDO, José Luis, “La intimidad y el trabajo: en búsqueda de un delicado equilibrio”, Revista Laboral Chilena, Diciembre de 1999, p. 76.

- Los Derechos Fundamentales después de la Reforma Laboral, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, diciembre de 2001. El Trabajo y la Protección Social en Chile 2000-2002, publicado por el Ministerio Del Trabajo y Previsión Social, Editorial Atenas, año 2003, pág87. Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª Extraordinaria, Sesión N° 32ª, en martes 3 de abril de 2001, Pág. 3903.
- “El derecho a la intimidad y la Relación Laboral”. Disponible en www.dt.gob.cl.
- “Los derechos fundamentales y la relación laboral: el largo camino a los tribunales”, publicado en Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 2/2001, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, editado por la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- “Los derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”. Ensayos Jurídicos. Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. P. 14.
- “El nuevo derecho del trabajo”, Editorial Universitaria S.A., año 2004.
- “El nuevo derecho del trabajo”, Editorial Lexis Nexis, año 2007.

VERDUGO, Mario, Derecho constitucional, Editorial Jurídica, 1997.

WALTER DIAZ, Rodolfo, LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno”, Editorial Lexis Nexis, año 2007.

ANEXOS

ANEXO N° 1

DICTAMEN ORDINARIO N° 2856/162 DE 30 DE AGOSTO DE 2002 DIRECCION DEL TRABAJO

DEPARTAMENTO JURÍDICO

ORD. N° 2856/162

EMPRESA. FACULTADES DE ADMINISTRACION. ALCANCE. DERECHOS FUNDAMENTALES.

RDIC: Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo.

Fuentes: Constitución Política de la República, artículos 1º, inciso primero; 5º, inciso segundo; 6º, inciso segundo; 19, números 1, 2, 4, 5, 6, 12, 13, 16, 21, 22, 24 y 26; Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Naciones Unidas en 1948; y Código del Trabajo, artículo 5º, inciso primero.

Concordancias: Ordinarios N°s. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; 2.309/165, de 26.05.98; y 4.541/319, de 22.09.98.

30 de Agosto de 2002

A partir del 1º de diciembre del 2001, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 19.759, se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, de forma expresa en el inciso primero, del artículo 5º, la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales en el seno de la relación de trabajo.

Dicho precepto legal, prescribe:

"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

En la referida disposición legal se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como "ciudadanía en la empresa"; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ine-ludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones laborales.

Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.

La Constitución Política ya en su artículo 1º, inciso primero, efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, al señalar que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos", conformándose de esta manera, una verdadera "trilogía ontológica" (Humberto Nogueira

Alcalá, Dogmática Constitucional, Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 113) que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, en el plano internacional este reconocimiento de la dignidad del ser humano, cualquiera sea la aproximación sobre su fundamentación, forma parte hoy en día, como componente esencial, del acervo cultural y de la conciencia universal. Idea expresada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Naciones Unidas en 1948, siendo en consecuencia éste el valor superior, junto al de libertad e igualdad, sobre los cuales la comunidad internacional ha construido su convivencia. La Declaración en su Preámbulo señala que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", recordando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en su Carta fundante "su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Agrega, en su artículo 1º, que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

En este sentido y tomando como base esta línea iniciada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la totalidad de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos poseen declaraciones tendientes a enfatizar este reconocimiento de la dignidad del ser humano como pilar fundamental de la convivencia pacífica entre los pueblos. Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966; la Convención Americana de Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969; la Convención de los Derechos del Niño de 1989; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984; hasta la última Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos de 1998.

En esta perspectiva, los derechos fundamentales encuentran en los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad sus parámetros modeladores y conformadores, de forma tal, que los mismos deben necesariamente explicarse, interpretarse y aplicarse a partir de dicho reconocimiento. Los derechos fundamentales constituyen entonces, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad. Siendo su categorización de "fundamentales" una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona.

Los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional.

La propia Constitución Política, en el inciso segundo, del artículo 6º, da forma al "principio de vinculación directa de la Constitución", al prescribir que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

En dicha norma, se contiene la obligación, para los poderes públicos y también para los ciudadanos, de someterse a la Constitución; es decir, se vincula directamente a los individuos privados al contenido de la Constitución, del cual forma parte, en un lugar de privilegio, la normativa sobre derechos fundamentales sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores –autosuficiencia de la norma fundamental–. Así también, lo ha reconocido expresamente esta Dirección, al señalar que " ... el carácter imperativo de la norma ... constitucional obliga tanto a las autoridades públicas como a todos los ciudadanos" (Ordinario N° 4.541/319, de 22.09.98).

En el concreto ámbito de la empresa, la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador se manifiesta en el reconocimiento de los derechos fundamentales denominados "inespecíficos o de la personalidad" en las relaciones laborales, lo que implica una

valoración ya no simplemente del trabajo sino que de la persona que trabaja, y que a tal efecto en la Constitución está tratada no como trabajador, sino como ciudadano. Se produce así, una "impregnación laboral" de derechos de alcance general no circunscritos a la relación de trabajo. Se trata de derechos del "ciudadano trabajador que ejercita como trabajador ciudadano" (Manuel Palomeque López, Los derechos laborales en la Constitución española, CEC (Cuadernos y Debates), Madrid, 1991, p. 31).

En el ámbito nacional es posible afirmar que existe, a no dudarlo, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral –por ejemplo, la libertad sindical– sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que como se señaló, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s. 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N° 6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N° 4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 N° 12), derecho de reunión (artículo 19 N° 13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N° 21), etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política).

Por su parte, en el sistema infraconstitucional, sobre todo a partir de la última reforma laboral, se constata la inequívoca opción del legislador por el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador; la que se expresa a través de un conjunto de límites y garantías que hacen posible la plena realización de la norma constitucional en el específico ámbito de la empresa.

En efecto, la incorporación en el inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo, de la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, idea que había sido ya expresada por la jurisprudencia de este Servicio (Ordinario N° 287/14, de 11.01.96), tiene un hondo significado. Dicha norma está revestida de un

indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. Como se señaló, esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral.

En este sentido, es posible afirmar con rotundidad que, de conformidad a las normas constitucionales y en particular al inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, los derechos fundamentales actúan, en nuestro sistema jurídico-laboral, como verdaderos ejes modeladores y conformadores de la idea de la "ciudadanía en la empresa".

Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo –función unificadora o integradora de los derechos fundamentales– que de forma ine-ludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquéllos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos.

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes –procesos de selección de personal–, en su desarrollo y en su conclusión; tanto en el ámbito estrictamente laboral –límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial– como fuera de él –límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales–.

Asimismo, es del caso puntualizar que la norma legal en comento, claramente extiende su virtualidad normativa al conjunto de los derechos fundamentales del trabajador, siendo la referencia al derecho a la intimidad, a la vida privada o a la honra de los trabajadores, una

especial valoración del grado de intensidad que respecto de estos derechos se tiene al interior de la relación laboral, dado que se trata de las situaciones más frecuentes de conflicto entre los derechos fundamentales y las medidas de control empresarial.

Ahora bien, frente al despliegue de los poderes empresariales es necesario dilucidar cuándo concretamente éstos pueden llegar a afectar el libre ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores; o dicho de otra forma, se hace necesario determinar si los derechos fundamentales que le son reconocidos al trabajador reconocen algún tipo de límites o aplicación reductiva en el concreto ámbito de la empresa.

Una primera constatación, necesaria a los efectos del análisis, es que los derechos fundamentales no son absolutos y por lo mismo reconocen como límites el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales, la moral, el orden público, y el bien común.

Por lo mismo, en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, conflicto que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional, puesto que el conflicto si bien tiene su origen o incluso su conformación en el seno de la empresa, trasciende este espacio para ubicarse en sede constitucional.

Siguiendo a la doctrina constitucionalista, en términos generales, en cuanto a la estructura de los derechos fundamentales, es posible vislumbrar tres espacios diferenciados, que a modo de anillos concéntricos conforman el derecho fundamental: el espacio delimitado, el espacio limitado y el contenido esencial. El primero, señala el ámbito máximo de extensión del derecho, distinguiéndose de esta forma, lo que es derecho fundamental y lo que queda fuera del mismo, dotando a éste de una protección provisional, que será definitiva si no se le impone un límite que resulte constitucionalmente admisible. El segundo, dentro del espacio delimitado, está dado por la privación de determinadas manifestaciones del derecho de una protección definitiva. Y en el tercero, nos encontramos en un ámbito respecto del cual todo límite resulta inadmisibile.

Para conocer cuál es el ámbito delimitado del derecho, la actividad interpretativa ha de dirigirse necesariamente a la conformación que del derecho efectúa la norma constitucional para determinar su extensión máxima de protección.

Este análisis permitirá excluir de la esfera de protección del derecho fundamental determinadas conductas o supuestos que no forman parte del mismo. Es frecuente que existan actuaciones, sean de los poderes públicos o de los particulares, que generan conflictos al establecer aparentemente límites al ejercicio de un determinado derecho fundamental, cuando en realidad no es más que un problema de "delimitación", de forma que lo que se cree es una limitación por otro derecho constitucionalmente relevante, no exige en realidad una limitación porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza no forman parte del espacio protegido –delimitado– del derecho. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de reunión, la Constitución (artículo 19, Nº 13) configura su ámbito de protección excluyendo del ejercicio de la garantía las reuniones no pacíficas y con armas, de forma tal que toda reunión que se efectúe en las circunstancias descritas no se encuentra amparada por la garantía constitucional; luego, la actuación policial que impida o reprima una reunión en el supuesto planteado no constituye un límite del derecho de reunión sino que actúa sobre una órbita que queda extramuros del espacio protegido –delimitado– por la norma constitucional.

En cuanto al ámbito limitado o dicho de otra forma a la posibilidad de imponer límites al derecho fundamental, éstos suponen una intromisión en el ámbito delimitado del derecho, excluyendo o modulando su eficacia o protección, afectando con ello a determinados sujetos, facultades o garantías que se encuentran dentro de la extensión máxima de protección del derecho.

Como se señaló, los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental. Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino que mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las

garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional.

Habrán conflictos entre dos derechos constitucionales, cuando una conducta amparada por el espacio delimitado de un derecho colisiona con el conjunto de facultades o garantías protegidas –delimitadas– de otro derecho.

Con todo, cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena. Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.

Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnnicomprensivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad –ponderación– de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado –constricción del derecho fundamental– y el fin deseado –ejercicio del propio derecho–.

No obstante, esta denominación común, el principio de proporcionalidad admite una división en subprincipios que en su conjunto comprenden el contenido de este principio genérico: "principio de adecuación", en cuya virtud el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto –principio reconocido en la jurisprudencia de este Servicio al pronunciarse sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, "deben ser idóneas a los objetivos perseguidos" (Ordinarios N°s. 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98)–; "principio de necesidad", que exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y el

"principio de proporcionalidad en sentido estricto", por el cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho –garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, N° 26– supondrá la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. De esta forma, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites" (Ignacio de Otto Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 125).

Se desconoce el contenido esencial del derecho cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, cuando al derecho se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible como tal y se impide su libre ejercicio (Sentencia Tribunal Constitucional, de 24.02.87, Rol N° 43).

En consecuencia, la actividad de interpretación deberá orientarse a determinar el ámbito de delimitación del derecho en conflicto, para luego en base al principio de proporcionalidad y al respeto del contenido esencial, esclarecer la procedencia constitucional de una determinada limitación que se quiera imponer sobre el derecho fundamental.

Ahora bien, en la relación laboral el derecho fundamental del trabajador se inserta en cuanto a su ejercicio en el específico ámbito de la organización empresarial, en la que evidentemente se produce una compresión o modulación de su personalidad; ello lógicamente no puede ser de otra forma dada la estructura misma de la organización, que reconoce como elemento de su esencia la interacción jerarquizada de sus componentes.

Los poderes del empresario reconocen su fundamento último en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad –artículos 19, N°s. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–,

garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial –ratio económica–.

Asimismo, al empresario le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador. Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección –comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario–, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración –ratio jurídica– en el contrato de trabajo –dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador–, a lo que debemos agregar la ley –será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario–. Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empresario es titular de unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empresario en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador.

En consecuencia, el poder empresarial si bien hunde sus raíces en la libertad de empresa encuentra su verdadera conformación en su juridificación como poder de dirección a través del contrato de trabajo, siendo por tanto éste su medida inmediata de valoración.

La conformación de este poder empresarial, siguiendo la línea argumental desarrollada a lo largo de este análisis, ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no puede suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual –modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices o la organización empresarial–, tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicom-prensivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder –expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado jurídicamente en virtud del contrato de trabajo y de la ley– necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador.

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.

En suma, a la luz de las normas constitucionales, tratados internacionales vinculantes para el Estado chileno, disposiciones legales citadas, en particular en lo referido al inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, y a las consideraciones y argumentaciones esbozadas, es posible concluir que los derechos fundamentales respecto de los cuales es titular la persona del trabajador en cuanto a su condición de ciudadano, han de servir como

medida de valoración de los poderes empresariales, erigiéndose en límites infranqueables al ejercicio por parte del empresario de dichos poderes.

ANEXO

Nº

2

SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT EN CAUSA ROL 156-2005

Puerto Montt, treinta de septiembre de dos mil cinco. VISTOS: A fojas 1, don Jorge Vásquez Torres, abogado, recurre de protección en favor de los trabajadores integrantes de los Sindicatos 1 y 2 de Empresas Aqua Chile S.A. en contra de don Jon Polentzi Vallians en su calidad de representante legal de Empresas Aqua Chile, en contra de doña Marcela Sepúlveda, gerente de recurso humanos y de don Rodrigo Cancino, Gerente de Planta de Puerto Montt, todos domiciliados en Cardonal s/n Lote B. Señala que ante esta Corte se sigue recurso de protección Rol No. 136-2005, al cual se acompañaron dos cintas de video de vigilancia, revisadas ambas cintas se pudo comprobar que ellas fueron obtenidas con infracción de garantías constitucionales y legales cuya protección se garantiza por la viña de este recurso. Agrega que en ellas se puede apreciar claramente que las video cámaras fueron y son utilizadas para la vigilancia y control de los trabajadores y no del proceso productivo o la seguridad de las instalaciones: al extremo de que conforme se aprecia en las cintas, se efectuaron seguimientos y acercamientos de cámaras respecto de determinados trabajadores, dejando completamente de lado cualquier aparente control o supervisión de la línea de producción y sala. Indica el recurrente que esta forma de control y/o vigilancia se constituye en la práctica en una forma de control ilícito en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines de vigilancia de las instalaciones y/o del proceso productivo. Como fundamento de derecho, cita el recurrente el artículo 19 No. 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo 5º, inciso 1 a del Código del Trabajo que dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores en especial cuando pudieren afectar a la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. Expone que la utilización de las cámaras de

vigilancia de la empresa para vigilar y fiscalizar la actividad de los trabajadores supone una forma de control ilimitado que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, en forma panorámica y determinadamente respecto de los dirigentes sindicales, implica no sólo un control extremado e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empresario o su representante, sino que en buenas cuentas significa el control y poder total y completo sobre la persona del trabajador. Indica finalmente que las cintas de video acompañadas al recurso de protección Rol No. 136-2005 dan cuenta de la utilización de ese sistema de control para la vigilancia y fiscalización de los trabajadores, al extremo de que las cámaras se destinaron al seguimiento de personas determinadas, efectuando respecto de determinados trabajadores acercamientos o encuadres en primer plano que configuran una abierta violación del derecho a la intimidad, a la vida privada y a la honra del trabajador, constituyendo un acto arbitrario o ilegal que debe ser remediado por la vía de este recurso. Por ello solicita se acoja presente acción cautelar declarando que el sistema de vigilancia vía video cámara constituye un control ilícito de los trabajadores cuando su uso tiene por objeto vigilar el desempeño laboral de estos porque se afecta el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los dependientes y que dicha empresa debe abstenerse de emplear las cámaras de video para el seguimiento y vigilancia de los trabajadores que en ella laboren. A fojas 7, se declara admisible el recurso de protección. A fojas 19 rola informe de los recurridos don Jon Polentzi Errazquin Valliant, doña Marcela Sepúlveda Ostergaard y Rodrigo Cancino Aravena, representados por el abogado Mauricio Cárdenas García, quien solicita el rechazo del presente recurso en base a las siguientes consideraciones. En cuanto a la legalidad del uso de equipos de vigilancia y la forma en son usados los sistemas de seguridad en la presa recurrida, expone ello es perfectamente lícito, siendo un criterio compartido con la Inspección del Trabajo. La legislación laboral dispone que corresponde al empleador el ejercicio de las facultades de dirección de la empresa de contratar los servicios de vigilancia que sean necesarios para la debida protección del establecimiento, del proceso productivo, de las instalaciones y de las personas que laboran en dichas instalaciones. Agrega que es en el contexto anterior que la empresa Aquachile ha contratado un servicio de vigilancia con la empresa Sociedad Comercial de Sistema de Alarma Limitada quien provee de personal capacitado y proporciona equipos de seguridad y cámaras de televisión en circuito cerrado, siendo ello

cotidiano en aquellas empresas, como el caso de su representada, donde se usan y elaboran insumos o productos alimenticios y de consumo para la población. En consecuencia, afirma que el uso de cámaras sí existe, se ajusta plenamente a derecho, que tal como sabe la recurrida su parte mantiene en el establecimiento un sistema de vigilancia contratado a la empresa Sociedad Comercial de Sistema de Alarma Ltda. quien proporciona equipos y personal de vigilancia y en lo que atañe al recurso, existen 16 cámaras de las cuales sólo cuatro se encuentra ubicadas en las salas de proceso, las restantes ubicadas en portería, acceso a planta, andenes, exteriores, patio, entrada de materia prima, bodega, frigorífico y sala de salado, es decir, claramente destinadas a la seguridad del recinto. En cuanto a los hechos y las video cintas a que se refiere el recurso 136 el miércoles 18 de mayo del presente y en circunstancias que debido a la baja temporada se estaba desarrollando un proceso de desvinculación de 39 trabajadores pertenecientes a la planta de proceso de la empresa, de un universo de 791 trabajadores: Marisol Rosas Héctor Vargas y René Rubilar, ingresaron a la planta habiendo transcurrido media hora del inicio del turno de la tarde, a pesar de que forman parte del turno de la mañana con el único fin de instigar a los trabajadores (vía Intimidación) a abandonar sus puestos de trabajo y dar instrucciones para adherir a un paro de brazos caídos o disminución del ritmo de producción y un boicot a la empresa, en definitiva a no desarrollar sus actividades habituales. ab En este escenario y a pesar que los trabajadores se disponían a trabajar en las líneas de producción, éstas eran desconectadas por los trabajadores antes señalados, el resultado fue que en dicho turno, de una producción normal que fluctúan entre 11.5000 y 12.500 piezas de salmón sólo se procesaron 3.795 unidades. Agrega que a fin de acreditar estos hechos, se solicitó la visita de la Sra. Carmen Ojeda, Notario de Puerto Montt, quien concurrió al lugar y pudo constatar la efectividad de la denuncia, primero con un monitor de circuito cerrado de televisión y luego al interior de la planta. Una vez que los recurridos se percataron de la presencia de la Ministro de Fe, suspendieron su irregular accionar pero como consta del atestado notarial, inmediatamente después de haberse alejado del lugar, retomaron su actitud, situación que fue contrastada en la sala de monitoreo televisivo, video acompañado a dicho recurso y que es materia de la controversia. En consecuencia los eventuales acercamientos de los monitores se refieren precisamente a una situación especial de boicot al interior de la planta y en dicho contexto las cámaras cumplen el objetivo de detectar

situaciones anómalas que afectan el proceso productivo y que son constitutivos de actos ilegales. Solicita finalmente el rechazo del recurso por cuanto su parte se ha limitado a contratar el servicio de vigilancia el cual es establecido y desarrollado por una empresa que determina técnicamente la forma en que se desarrolla en el entendido que se trata de vigilar la seguridad del establecimiento y el proceso productivo. En segundo lugar el sistema de vigilancia no opera en la forma en que pretende en su recuso la recurrente, se trata de un sistema de vigilancia de carácter genérico, como se ha expresado en el cuerpo de esta presentación y que respeta los derechos de las personas. El video a que se refiere la recurrente constituye un acto aislado y específico generado por el boicot del proceso de vigilancia, es decir el sistema operó y aquel día se constató el boicot con la concurrencia de una notario y atendidas las características de la planta, la cual procesa productos para el consumo humano, no se pudo privar a su representada de la posibilidad de vigilar mediante los servicios contratados el proceso productivo. A fojas 34, rola informe de la Directora Regional del Trabajo sobre el objeto del recurso, el cual arroja como conclusión que se puede establecer que el sistema implementado por la empresa Aqua Chile S.A. no cumple con los requisitos establecidos en la Jurisprudencia Administrativa sustentada por este servicio provocando por contrapartida infracciones a la normativa legal existente y atinente al respecto tales como: lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo con relación al artículo 477 del señalado cuerpo legal, lo dispuesto en el artículo 31 inciso 1° del DFL No. 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y 32 del mismo cuerpo legal por no exhibir toda la documentación audiovisual necesaria para efectuar las labores de fiscalización. Asimismo en lo referente a no contener en el Reglamento Interno existente en la empresa estipulación alguna referida al sistema de video cámaras implementado al interior de la empresa, constituyendo una infracción a lo establecido en el artículo 154 del Código del Trabajo en relación con el artículo 477 del Código del Trabajo. Con lo relacionado y considerando: Primero: Que el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye una acción de carácter cautelar, destinada a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección a los afectados cuando por causa de alguna acción u omisión arbitraria o ilegal sufran privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de aquellos derechos y garantías que señala. Segundo: Que el acto

arbitrario o ilegal lo hacen consistir los recurrentes, en el uso, por parte de Jon Polentzi Errasquin, Marcela Sepúlveda y Rodrigo Cancino, en sus calidades de representante legal de la empresa Aquachile S.A, Gerente de Recursos Humanos y Gerente de Planta, respectivamente, de cámaras de video que son utilizadas para la vigilancia y control de los trabajadores y no del proceso productivo o de la seguridad de las instalaciones, al extremo de que, según se aprecia en las cintas de video, se efectuaron seguimientos y acercamientos de cámaras respecto de determinados trabajadores, dejando completamente de lado cualquier aparente control o supervisión de l a línea de producción y de la sala. Que esto constituye una vulneración de los derechos de intimidad, vida privada o la honra de los trabajadores, consagrados en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, y sobrepasa el límite de las facultades de administración del empleador. Terminan solicitando se declare que el sistema de vigilancia vía video cámara constituye un control ilícito a los trabajadores, cuando su uso tiene por objeto vigilar el desempeño laboral de éstos porque se afecta el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los dependientes y que la empresa debe abstenerse de emplear cámaras de video para el seguimiento y vigilancia de los trabajadores. Con costas. Tercero: Que informando, los recurridos solicitan el rechazo del recurso, con costas. Señalan que la legislación laboral dispone que corresponde al empleador el ejercicio de las facultades de dirección de la empresa y, en ese contexto se ha contratado los servicios de la Sociedad Comercial de Sistema de Alarma Limitada, necesarios para la debida protección del establecimiento, del proceso productivo, de las instalaciones y de las personas que laboran en dichas instalaciones. Por lo demás, es la empresa contratada la que determina técnicamente la colocación de las cámaras Que la principal finalidad buscada por el empleador, se orienta a controlar especialmente la seguridad de las personas y del establecimiento, así como del proceso productivo de una empresa que elabora productos de consumo humano, por lo que, las normas laborales deben compatibilizar con las normas de salubridad y protección de la salud y vida de los consumidores de sus productos. Que en la planta existen 16 cámaras de video y sólo cuatro de ellas se ubican en las salas de proceso, y las restantes en portería, acceso a planta, patio, entrada de materia prima bodega, frigorífico y sala de salado. Cuarto: Que el día 18 de mayo de 2005, y debido al despido de 39 trabajadores de un total de 701, tres trabajadores ingresaron a la planta, con el único fin de instar a sus compañeros de trabajo a abandonar

sus puestos de trabajo y adherir a un paro de brazos caídos, para lo cual desconectaron las líneas de producción, obteniendo ese día una producción de 3.795 unidades, en circunstancia que lo normal era de 11.500 a 12.500 piezas al día. El día 18 de mayo señalado, se hizo concurrir a un Notario para certificar el boicot de los trabajadores al proceso productivo. Quinto: Que se realizó una revisión de los videos acompañados al recurso, conteniendo lo ocurrido en la planta proceso los días 18 y 19 de mayo de 2005, por dos inspectores del trabajo, los que informando a fojas 32 y siguientes concluyen que el sistema de video cámaras implementado en la empresa recurrido, exceden las facultades de dirección que la ley concede al empleador, lo que importa una transgresión de los derechos individuales de los trabajadores reconocidos por la legislación laboral en los artículos 5 y 154 del Código del Trabajo. Sexto: Que los documentos acompañados por la recurrida a fojas 55 a 77 y 82 a 101 no allegan mayores antecedentes para resolver acerca de la materia discutida. Séptimo: Que este Tribunal examinó la cinta de video C.C.T.V-13 y pudo constatar que las cámaras se dirigen hacia la línea de proceso y hacia los trabajadores, recorriendo toda la sala. Efectivamente, en varias oportunidades se hace seguimiento y acercamiento a tres trabajadores que utilizaban un gorro azul, distinguiéndose de los demás que usan gorro blanco. Octavo: Que si bien el informe de fiscalización y entrevista efectuadas por la Inspección del Trabajo a la empresa recurrida, rolante a fojas 28 y siguientes concluye que el sistema implementado en Aquachile S.A. no cumple los requisitos establecidos en la jurisprudencia administrativa de ese Servicio, y que provoca una infracción a la normativa legal existente, tales como los artículos 5º inciso 1º, 154 y 477 del Código del Trabajo y lo dispuesto en el artículo 31 del D.F.L. N° 2, de 1967, ello puede ser objeto de la aplicación de multa o sanción administrativa, pero no es suficiente para estimar que ello constituye un acto arbitrario o ilegal susceptible de ser subsanado por medio del recurso de protección, establecido solo para amparar las transgresiones o amenazas a las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en los números que señala Noveno: Que la actividad desarrollada por los trabajadores en su lugar de trabajo no constituye, desde ningún punto de vista, su vida privada y/o intimidad, ya que no es dable hablar de intimidad o vida privada en un lugar donde están más de 20 personas de ambos sexos, desarrollando su trabajo o conversando, como se observó en el video. Aún cuando la vigilancia se dirigiere a la persona de los

trabajadores, ello no constituye, a juicio de estos sentenciadores, una vulneración a la honra de aquellos ni a su intimidad ni a su vida privada. Décimo: Que en consecuencia, y según se ha analizado, y apreciando los antecedentes en conformidad a las reglas de la sana crítica, no se reúnen en estos autos, los presupuestos para acreditar la existencia de algún acto ilegal o arbitrario que amague, o vulnere la garantía constitucional de cuya transgresión se recurre. Y visto además a lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la constitución política de la República, Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara que SE RECHAZA el recurso interpuesto a fojas 1 y siguientes por los Sindicatos 1 y 2 de la Empresa Aquachile S.A. en contra de Jon Polentzi Errayquin Valliant, de doña Marcela Sepúlveda y de don Rodrigo Cancino en sus calidades de representante legal, Gerente de Recursos Humanos y Gerente de Planta de la Empresa Aquachile S.A. , respectivamente. No se condena en costas a los recurrentes, por estimar que han tenido motivo plausible para litigar. Acordada con el voto en contra del Ministro don Hernán Crisosto Greisse quien estuvo por acoger el recurso de protección atento las siguientes fundamentos: I) Que si bien no es ilegal que una empresa instale cámaras para efectos de vigilancia de sus dependencias y control a distancia del proceso productivo, ocurre que en el caso de autos se han usado parte de estas cámaras con otros fines. II) Que al efecto el artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo dispone que en ejercicio de las facultades que les confiere al empleador, tiene como limite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. III) Que el uso de la cámara de vigilancia destinada a la protección del establecimiento, de las instalaciones y personas que laboran en ella; para el seguimiento de trabajadores que interactúan con otros con fines de carácter sindical, constituye a juicio de este sentenciador un agravio al derecho a la honra de tales trabajadores puesto que implícitamente se les trata de sujetos sospechosos de ejecutar algún acto ilícito, de aquellos que para su constatación y represión se han instalado las cámaras. IV) Que en consecuencia estuvo por disponer que el recurrido se abstenga de hacer uso de las cámaras de seguridad para vigilar en forma encubierta la actividad gremial de sus trabajadores, por cuanto ello atenta contra la honra de los mismos. Redacción de la Ministro Titular doña Sylvia Aguayo Vicencio. Pronunciada

por los Ministros Titulares don Hernán Crisosto Greisse, doña Sylvia Aguayo Vicencio y el Abogado Integrante don René Schmidt Gebauer. Regístrese y archívese. Rol ing. 156-2005

ANEXO N° 3

SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA CORTE
SUPREMA EN CAUSA ROL 5234-2005

Santiago, cinco de enero de dos mil seis. Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos segundo a décimo que se eliminan. Y teniendo en su lugar, y además, presente: 1) Que el recurso de protección de fojas 1 ha sido deducido, a favor de los trabajadores integrantes de los Sindicatos N°1 y N°2 de Empresas Aqua Chile S.A., con el objeto que se declare: a) que el sistema de vigilancia vía video cámara constituye un control ilícito de los trabajadores cuando su uso tiene por objeto vigilar el desempeño laboral de estos, porque se afecta el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los dependientes; b) que dicha empresa debe abstenerse de emplear las cámaras de videos para el seguimiento y vigilancia de los trabajadores que en ella laboran; sin perjuicio de las demás providencias que el tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección a los afectados; 2°) Que la recurrente sostiene que en la especie al existir un control ilícito o vigilancia de los trabajadores, por medio de las cámaras instaladas en la empresa que laboran, se está vulnerando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia; 3°) Que es un hecho de la causa que en la empresa recurrida existen instaladas cámaras de video, y la justificación dada por ésta, es que cumplen un rol de protección del establecimiento, de las instalaciones y de las personas que laboran en ella. Sin embargo, los actores, sostienen que son utilizadas con el objeto de controlar y vigilar a los trabajadores, al extremo de que ellas se usaron para el seguimiento de personas determinadas, efectuando respecto de algunos trabajadores acercamientos o encuadres en primer plano, lo que configura una abierta violación del derecho a la intimidad, a la vida privada y a la honra del trabajador, constituyendo un acto arbitrario o ilegal que debe ser remediado por esta vía; 4) Que en el caso de autos, es menester previamente determinar si

las empresas pueden o no tener instaladas en sus dependencias cámaras de video. En este sentido, preciso es sentar, como primera premisa, la facultad y el derecho que le asiste al empleador para proveerse de todo tipo de elementos que le permitan resguardar y proteger su propiedad y la seguridad de los trabajadores que laboran en ella. En el caso preciso del sistema de vigilancia vía cámaras de video, por las características de ellas, y los bienes jurídicos protegidos que se ven involucrados en su utilización propiedad, seguridad, intimidad, entre otros- ella debe serlo dentro de un marco regulatorio que al efecto, y para el caso de trabajadores regidos por el estatuto laboral Código del Trabajo- tiene un marco legal aplicable que debe ser respetado; 5) Que en este orden de ideas el inciso 1° del artículo 5 del Código del Trabajo establece que El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. Por su parte el artículo 154 del mismo cuerpo normativo que señala las disposiciones que debe contener el reglamento interno, consigna en su inciso final que Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador.; 6°) Que de las normas transcritas se desprende que el sistema de vigilancia vía cámaras de video puede ser utilizado por las empresas, pero su utilización debe ser incorporada en su reglamento interno, tomando conocimiento de ellos los trabajadores que laboran en la misma, y con el preciso objeto para el que han sido concebidos, protección y seguridad, lo que a la luz de los antecedentes aparece que no se ha cumplido, toda vez que según consta del informe de fiscalización que al efecto realizó la Inspección del Trabajo de Puerto Montt, se estableció que el sistema implementado en la empresa Aqua Chile S.A. no cumple con los requisitos legales, toda vez que no se contiene en el Reglamento Interno existente en la empresa, estipulación alguna referida al sistema de videocámaras implementado al interior de ella; 7°) Que de lo señalado precedentemente, aparece de manifiesto que la empresa incurrió en un acto ilegal al utilizar un sistema de vigilancia, que ha sido establecido con inobservancia de la normativa legal correspondiente; 8°) Que luego debe analizarse la garantía supuestamente amagada con el actuar de la recurrida, a la luz de los antecedentes y que ha

sido invocada por los actores, esto es la consagrada en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia. (Texto vigente a la época de interposición del recurso, el que fue modificado en virtud de la ley N° 20.050 de 26 de agosto de 2005, quedando en definitiva El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.); 9°) Que los actores sostienen al efecto la circunstancia que el control y/o vigilancia que se realiza por la empresa a través de videos, en la práctica constituye un control ilícito en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores. Pero, para resolver si el actuar de la recurrente ha vulnerado la garantía que se señala, preciso es determinar que es el derecho a la intimidad y cual es su esfera de protección; 10°) Que etimológicamente intimidad proviene del latín Intimus que significa lo más recóndito, interior, secreto, profundo, interno. Aquella parte personalísima o reservada de una persona o cosa. Por su parte la expresión privacidad, deriva del Latín Privatus, sinónimo de particular, propio, individual y personal. En general son numerosas las definiciones que se han formulado respecto de aquello en que consiste el derecho a la intimidad, las que en su mayoría lo conciben como un poder de exclusión, como una manifestación de la libertad en el sentido negativo, como el derecho a ser dejado en paz, solo y tranquilo. En la actualidad, se impone una concepción respecto de la intimidad, que pone el énfasis en su carácter de derecho humano y libertad fundamental que arranca de la dignidad de la persona. En tal sentido, se le ha definido como aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en sociedad. (Pilar Gómez Pavón, La intimidad como objeto de protección penal, Editorial Akal S.A. Madrid, 1989, páginas 35 y siguientes.); 11°) Que dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación; 12°) Que de lo dicho resulta que la utilización de cámaras de video por la empresa recurrida, en

la forma realizada, a más de ilegal, vulnera la garantía invocada por los actores, lo que hará que el recurso en estudio deba ser acogido como se dirá. Por estas consideraciones y lo dispuesto en el Auto Acordado de esta Corte Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se revoca la sentencia apelada de treinta de septiembre de dos mil cinco, escrita a fojas 105, que rechazó el recurso interpuesto y en su lugar se declara que se acoge el deducido en lo principal de fojas 1, debiendo la empresa recurrida ajustar a la legalidad vigente la utilización de video cámaras de vigilancia en su empresa, no afectándose, con su empleo, el derecho a la intimidad de los trabajadores que en ella laboran. Se previene que el Ministro Sr . Rodríguez Ariztía, concurre a la revocatoria, teniendo únicamente presente que la utilización de las cámaras de video lo han sido con fines diferentes para los que han sido instaladas, según lo dicho por la recurrida protección y seguridad-, por lo que estuvo por ordenar que en lo sucesivo la empresa recurrida debe abstenerse del uso de las mismas para otros fines que aquellos primitivamente esgrimidos para su instalación. Se previene que los Ministros Sres. Tapia y Muñoz, concurren a la revocatoria, teniendo, además, presente: 1.- Que, del mérito de los antecedentes, en especial del análisis de los videos que han sido acompañados a los autos, se puede advertir que la empresa, amparada en un uso de cámaras con fines de vigilancia y seguridad, las ha empleado con el objetivo de conocer y observar actividades de quienes tienen intereses laborales y sindicales comunes, los que desean mantener en esa esfera, por lo que con la acción de la empresa se vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores dentro del recinto laboral, que está constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, necesario para el ejercicio de otros derechos, sin que en él se permita la intromisión de terceros; derecho humano y libertad fundamental que emerge de la dignidad de las personas y en este caso de los trabajadores, garantizado por el Constituyente. 2.- Que en efecto, conforme lo que ha sostenido el ente fiscalizador, la jurisprudencia administrativa asociada al tema, señala las características básicas que deben cumplir estos sistemas de vigilancia para poder cumplir cabalmente con la legislación vigente marco legal- estableciendo criterios que en lo pertinente indican: En cuanto a los requisitos generales de toda medida de control, de conformidad al inciso final del artículo 154, del Código del Trabajo, dichas medidas de control: a) deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de

Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley; b) sólo pueden efectuarse por medios idóneos y concordante con la naturaleza de la relación laboral; c) su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir no debe tener un marco discriminatorio; y d) debe respetarse la dignidad del trabajador.; 3.- Por otra parte, la jurisprudencia administrativa referida, y en lo tocante con los requisitos específicos de los mecanismos de control audiovisual y que arrancan de su propia naturaleza, ha establecido que: 1.- no deben dirigirse directamente al trabajador, sino que, en lo posible, orientarse a un plano panorámico; 2.- deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y 3.- su emplazamiento no debe abarcar lugares, aún cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores, y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuario, etc.; 4.- Que en el caso de autos, las cámaras de vigilancia implementadas por la recurrida han sido destinadas, más allá de los fines propios de su instalación -seguridad y protección-, en el seguimiento de trabajadores, lo que a la luz de lo dicho, resulta atentatorio con la garantía constitucional invocada por los recurrentes. Regístrese y devuélvase con su agregado. Nº 5234-05. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W. Jorge Rodríguez A., Domingo Kokisch M. y Sergio Muñoz G. No firman los Ministros Sres. Tapia y Muñoz no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y haciendo uso de su feriado legal el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.