



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

**CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN
RESERVADA EN LA RELACIÓN LABORAL**

Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas

INTEGRANTES:

Daniela Grau Gabrielli

Jorge Parker Jiménez

José Uzal Castro

PROFESOR GUIA : RICARDO JURI SABAG

Santiago, Chile

2007

A nuestros Padres

	Página
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TRATAMIENTO DE LA INFORMCIÓN CONFIDENCIAL	3
--	---

1.1. Consideraciones preliminares	3
1.2. Del contenido ético de la relación laboral a la ciudadanía de la empresa.	10
1.3. Derecho de Información y sus limitaciones.....	22

CAPÍTULO II

DEBER DE RESERVA A NO DIVULGAR INFORMACIÓN	32
CONFIDENCIAL DE LA EMPRESA. EL DEBER DE RESERVA	

2.1. Consideraciones preliminares	32
2.2. El deber de reserva	33
2.3. Naturaleza jurídica del deber de reserva	36
2.4. Delimitación del deber de reserva en la relación laboral	38

CAPÍTULO III

EL DEBER DE RESERVA EN LAS DIFERENTES ETAPAS DE LA.....	44
RELACIÓN LABORAL	

3.1. Consideraciones preliminares	44
---	----

3.2. Etapa precontractual	45
3.2.1. En que consiste	45
3.2.2. Legislación aplicable. El principio de la buena fe	46
3.2.3. El deber de información	52
3.2.4. El deber de reserva como emanación del principio de buena fe y..... del deber de información.	57
3.3. Etapa contractual	58
3.3.1. ¿Qué entendemos por Información Confidencial?	63
3.3.2. Requisitos básicos para que una información sea considerada	64
secreto comercial	
3.3.3. Protección de la información confidencial de la empresa	65
3.3.3.1. Protección interna	65
3.3.3.2. Otros medios de protección interna de la información.....	66
corporativa o confidencial.	
3.3.3.3. Protección legal	68
3.3.3.3.1. Ley de propiedad industrial: Ley 19.966	69
3.3.4. Acciones civiles en la nueva ley de propiedad industrial	75
3.3.4.1 Características	76
3.3.5. Código del Trabajo	79
a) Artículo 160 N°1	79
b) Artículo 160 N°2	80
c) Artículo 160 N°7	82
3.3.6. El deber de secreto y las cláusulas de confidencialidad en el	83
ámbito laboral.	
3.3.7. Cláusulas de confidencialidad	85
3.3.7.1. Contenido básico de una cláusula o pacto de confidencialidad	85
3.3.7.2. Límites de la obligación de confidencialidad y secreto	87
3.3.7.3. Modelos de acuerdo de confidencialidad	88
3.3.7.4. Tipos de cláusulas de confidencialidad	95
3.3.8. El deber de reserva en la administración pública	108

3.3.9. Excepciones al deber de reserva	110
3.3.10. Sanciones a la violación del deber de reserva	116

CAPÍTULO IV

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR FRENTE AL EMPLEADOR	122
--	-----

4.1. Los derechos fundamentales	122
4.1.1. Los derechos humanos de primera generación	124
4.1.2. Los derechos humanos de segunda generación	124
4.1.3. Derechos humanos de tercera generación	124
4.2. De los derechos fundamentales, de intimidad y privacidad; precisión ..	132
nocional	
4.2.1. Que se entiende por derecho a la intimidad	135
4.2.2. La intimidad y su protección	139
4.2.3. Derecho a la intimidad y el Derecho Laboral en particular	146
4.2.4. La peculiaridad de la relación laboral	148
4.2.5. Control de la actuación laboral	154
4.2.5.1. ¿ Pero cuando es que se traspasa el límite del ejercicio	154
del derecho de control?	
4.2.5.2. ¿Debe el empleador tener acceso al nivel de	157
endeudamiento financiero del trabajador?	
4.2.5.3. ¿Puede el empleador establecer un control extralaboral	158
en relación a la vida del trabajador?	
4.2.6. El derecho a la autodeterminación informática	160
4.2.6.1. En un primer momento	163
4.2.6.1.1. Limitaciones al derecho de la privacidad y la	167
inviolabilidad de las comunicaciones.	
4.2.6.1.2. Autodeterminación informativa en el ámbito laboral	168
4.2.6.1.3. El deber de informar	175

4.2.6.2 En un segundo momento	176
4.2.6.2.1. Tutela de la intimidad informática	176
4.2.6.2.2. ¿Qué derechos tiene el trabajador frente al tratamiento.....	179
atomizado de sus datos?.	
4.3. Medios de protección del derecho de intimidad del trabajador	184
4.3.1. La acción Constitucional de Protección o Recurso de Protección	184
4.3.2. La intervención judicial	187
4.3.3. La acción civil de indemnización de perjuicios	187
4.3.4. La intervención administrativa para la protección de los derechos	188
fundamentales.	
4.4. Acceso a Internet y el problema de la correspondencia electrónica	190
4.4.1. ¿Cuál es la situación hoy en día existente entre el tema de la	190
correspondencia electrónica y el derecho de intimidad del trabajador?	
4.5. Límites a la intimidad informática del trabajador	195
4.6. Libertad de Expresión	198
4.7. Consecuencias que conlleva mantener un sistema de controles ante	200
la función del trabajador.	
4.7.1. Controles orientados a verificar el uso inadecuado por el trabajador	200
de los medios tecnológicos de información y comunicación.	
4.7.2. Casos de incumplimientos laborales del trabajador, por el uso de los	201
medios tecnológicos de información y comunicación.	
4.7.3. Calificación de la conducta del trabajador	202
4.7.4. La tolerancia empresarial.....	204
4.7.5. La cuestión de la prueba	205
4.7.6. Controles por el empleador no ajustados a derecho	206
 CONCLUSIONES.....	 209
 BIBLIOGRAFÍA.....	 212

RESUMEN

La presente obra se inicia revisando la evolución histórica del manejo de la información confidencial en la relación laboral, señalando cual ha sido la regulación a la que ha estado sujeta a través del tiempo y como ha ido cambiando la concepción de la relación entre el trabajador y su empleador. A continuación se trata en profundidad el concepto de deber de reserva, su naturaleza jurídica y sus manifestaciones en las distintas etapas de la relación laboral. Este último punto se analiza desde una doble perspectiva:

En primer lugar se analiza el tratamiento de aquella información reservada propia del empleador a la que accede el trabajador producto del ejercicio de su labor, examinando la legislación vigente y las distintas sanciones en caso de incumplimiento en las diferentes formas de trabajo, atendiendo a si existen diversos grados de responsabilidad en cada una de ellas, haciendo un paralelo con el derecho comparado.

En segundo lugar y para concluir esta obra, se estudia el desarrollo del Derecho a la intimidad del trabajador en la relación de trabajo, es decir, se trata el tema de la confidencialidad de información, ya no desde el punto de vista de la empresa, sino desde los derechos y garantías que tiene el trabajador frente a ésta, examinando la legislación vigente y los límites que tiene el empleador en su actuar.

INTRODUCCIÓN

La relación laboral existente entre el empleador y el trabajador supone una serie de interrogantes y situaciones de hecho, como en todo tipo de relación humana. Sin embargo, la relación de trabajo ha sido, sobre todo desde comienzos del siglo XX, hasta la actualidad, objeto de estudio de las ciencias jurídicas.

También, y desde que comenzó el reconocimiento de los derechos esenciales de la persona humana el derecho a la intimidad ha sido parte de la discusión de nuestra doctrina.

A esto debemos sumar la fuerte disputa que existe (y existirá) entre los derechos que los trabajadores hacen propios y los derechos que defienden los empleadores.

Es en este ámbito del Derecho en donde centraremos nuestra discusión, puesto que, a pesar de los intentos legislativos y reglamentarios, se trata de un sector normativo que aún no ha encontrado unanimidad en su interpretación. Esta memoria se centra en el análisis de la información reservada que el empleador exige a cada uno de sus trabajadores y su ámbito de obligatoriedad.

Es por ello que dividiremos nuestra investigación en, principalmente, tres etapas metodológicas. Por una parte delimitaremos el concepto de deber de reserva y de información confidencial, que serán el objeto central de nuestro estudio, desentrañando desde su acepción semántica, hasta la naturaleza jurídica de las mismas. En un segundo momento, analizaremos cada etapa de la relación laboral ya constituida, referido al ámbito del íter contractual y como en todas estas etapas se manifiesta el deber de secreto

al que hacemos referencia. No escapa a este estudio las soluciones prácticas que resuelven estos conflictos ni la discusión que eso conlleva. Y, sin bien es cierto, este trabajo se centra en el tratamiento de la información confidencial, no es menos cierto que el deber de reserva no se aplica solamente en las relaciones laborales entre privados, por lo que veremos que sucede, también en el ámbito de la administración pública.

La última etapa de esta memoria, está destinada al análisis y síntesis del derecho a la intimidad del trabajador frente al empleador y, en definitiva, como este deber de reserva se aplica en ambos sentidos de la relación laboral. No es baladí esto último, puesto que como se podrá apreciar, las soluciones que el Ordenamiento Jurídico nos otorga son consecuentes con esta bilateralidad en la relación.

Metodológicamente hablando, nuestro estudio se centrará en el análisis jurídico, no sólo de nuestras normas positivas vigentes, sino que en toda la realidad que circunscribe la relación laboral que, por el principio de la primacía de la realidad en el ámbito del Derecho Laboral, se hace tan trascendente como el conocimiento de la realidad legislativa.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

1. Consideraciones preliminares.

Para comenzar el tratamiento de este capítulo es necesario partir por descubrir las raíces y fuentes de la información confidencial. Como salta a la vista el concepto “confidencial” o “secreto” está sumamente ligado al de intimidad, concepto éste último que tiene un ámbito de aplicación más general, como a continuación desarrollaremos, existiendo incluso entre ambos una relación de género a especie.

Intentaremos, por lo tanto, hacer un recorrido histórico partiendo del concepto general para llegar al concepto particular y específico de “información confidencial”.

En la cultura occidental de origen greco-romana, las relaciones entre las personas fueron desde los orígenes del imperio Romano reguladas por el Derecho, en las cuales evidentemente existía una amplia desigualdad entre las elites y el pueblo, teniendo los primeros una serie de privilegios que los segundos no podían aspirar. En lo que respecta al tratamiento de información confidencial o secreta sólo se maneja en el ámbito público, entendiendo por tal a los órganos que ejercen el poder, y de una manera no sistematizada. Con esto nos referimos al hecho que, en esta época, los particulares no gozan de ninguna garantía respecto del poder público, en cuanto a la protección de su esfera privada. En la Edad Media esta desigualdad entre los grupos de poder y el pueblo

continúa y aún no se puede configurar un concepto de intimidad puesto que los sujetos se encontraban recíprocamente relacionados por fuertes redes comunitarias organizadas ya de manera estamental¹. Lo que si existe Durante la época de la Monarquía absoluta es una política basada sustancialmente en el secreto, en los llamados arcana o medios y consejos internos y secretos que poseen los que ejercen el dominio del Estado; constituirían algo así como "secretos profesionales", dirigidos únicamente a quienes ejercen el poder². Más adelante, con las revoluciones burguesas, tomó forma un principio republicano distinto: el de publicidad del poder político, que se convierte en un asunto general, público: lo que es público, en la medida en que le conviene a todos debe ser público. Es así como empiezan a consolidarse los Derechos Básicos o fundamentales provenientes de el ideario Liberal del siglo XVIII inspirado en la teoría del “contrato social” a través de diversas cartas constitucionales en un plano estatal interno y en declaraciones de principios, las cuales tienen un carácter idealmente universal, que vienen a contraponerse a la idea de un Estado Absoluto. Es en estas dos fuentes es donde se estampan los Derechos Primarios de las sociedades civilizadas, y siendo una garantía tratada y protegida por ambas, el Derecho a la Intimidad, pese a que en realidad las declaraciones de principios no tienen un carácter vinculante.

Los primeros instrumentos legales en amparar estos derechos fundamentales son la constitución francesa de 1791 y el Código de Napoleón de 1805, los cuales consagran la libertad individual, que, como veremos es uno de los pilares en que se sustenta el respeto a la intimidad como principio del derecho. Es durante el siglo XVIII donde se empiezan entonces a consagrar los derechos individuales de carácter fundamental, pero que

¹ Ugarte, Juan Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. (en línea) Boletín Oficial Dirección del Trabajo <http://www.dt.gob.cl/1601/article-65179html> (consulta 28 octubre 2006)

²NAVA GOMAR, Salvador O. Información Reservada. Biblioteca Jurídica Virtual (en Línea) MEXICO D.F <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/4/art/art5.htm> (consulta: 27 octubre 2006)

claramente tuvo importantes limitaciones y discriminaciones, tanto por motivos de sexo, raza u otras condiciones. Ya en el siglo XX son varias las constituciones en el mundo que empiezan a manifestar estos derechos fundamentales³. Fue así como la Constitución Política Chilena de 1925 consagra en su artículo 10 N° 12 asegura a todas las personas la inviolabilidad del hogar y el N° 13 la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica⁴. Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 12 señala que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”. La Declaración de Derechos Civiles y políticos de 1966 en su artículo 17 expresa “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Por su parte la Convención Americana de los Derecho del Hombre de San José de Costa Rica de 1969, en su artículo 11, números 2 y 3 señala “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

En cuanto nuestra actual Constitución Política, en su artículo 19 N°4 consagra “la constitución asegura a todas las personas: 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

³ tal hecho lo podemos apreciar en las cartas constitucionales de Venezuela (1961), Bolivia (1967) Ecuador (1967) Egipto (1971) y España (1978).

⁴ Constitución de 1925, promulgada 18/09/1925. art. 10°: La constitución asegura a todos los habitantes de la república: 12. La inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite el territorio chileno solo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente. 13. La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por ley.

Estos preceptos por tienen como campo de aplicación todas las esferas del Derecho por lo que sólo dan las pautas mínimas e indispensables para el tema que queremos abordar en este capítulo.

Siendo entonces el Derechos a la Intimidad o a la Privacidad un concepto de carácter general debemos acercarnos hacia uno mas específico en cuanto a la relación laboral se trata, pero para eso debemos partir por delinear los aspectos que involucra el concepto de intimidad. Algunos autores entienden en el concepto de intimidad tres aspectos principales, señalando entonces que el concepto de intimidad es tridimensional, distinguiendo entre la intimidad decisoria, la intimidad física o corporal y la intimidad de la información⁵

La intimidad decisoria es reconocida por la Constitución como principio o base de la institucionalidad al señalar el artículo 1º, inciso 1º al señalar que “la personas nacen libres...”, estableciendo que toda persona debe ser tratada como agente moral responsable de sus propias decisiones y, por lo tanto en tal espacio de decisión no caben intromisiones de carácter externo. Esta clase de intimidad es dudoso que esté configurada como un Derecho Constitucional, por lo que los actos que la vulneran solo generarían “las responsabilidades y sanciones que determine la ley”, tal como señala el artículo 6º inciso final de la Constitución. Por lo tanto esta intimidad decisoria no operaría como consecuencia inmediata de la carta fundamental o *ex Constitutione*, sino que se requerirá de una intervención previa del legislador para concretar el alcance del principio en cada uno de los campos o materias regidas por el derecho privado. Sin embargo el artículo 19

⁵ Palavecino Cáceres, Claudio, La intimidad del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos. Revista de Derecho, Valdivia, Chile, vol. XVIII (2): 27-53, dic. 2005. Págs. 5-15.

Nº 4 de la Constitución, que como ya se señaló, asegura el respeto y protección de la vida privada, permitiría reconducir por vía interpretativa la protección de este principio al resguardo constitucional por la acción de protección establecida en el artículo 20 de la carta fundamental.

La intimidad corporal por su parte recibe con mayor claridad un resguardo de tipo constitucional al asegurar a todas las personas en su artículo 19 Nº 1 “el derecho a la vida y a la integridad física...” y en su artículo 19 Nº 7 asegurar “el derecho a la libertad personal”. Con estos preceptos la constitución se encarga de proteger el aspecto físico de aquella autonomía respecto de acciones externas no consentidas e ilegítimas como también protegen la posibilidad de ejercer decisiones respecto de su propio cuerpo en relación al desplazamiento de un lugar a otro.

Es en cuanto a la intimidad de la información donde este principio o garantía se manifiesta principalmente en la relación laboral. Pese a que la constitución no se refiere explícitamente a la intimidad informativa parece evidente que el concepto de “vida privada”, enunciado en el artículo 19 Nº 4 abarca a aquel. Es menester entonces, para poder entender precisamente que abarca este concepto el desarrollar una definición a su respecto. Se ha señalado que la intimidad de la información comprende una serie de aspectos de las más diversas índoles. En el plano empresarial algunos autores y comisiones de libre competencia han señalado como tipos de información confidencial el secreto comercial⁶, el secreto industrial⁷, y la información sobre seguridad nacional y

⁶ Se considera secreto comercial aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las firmas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa. Tal es el caso de los aspectos relativos a la estrategia competitiva, datos relacionados a la estructura de costos, términos de negociación y condiciones contractuales acordadas, etc.

⁷ el secreto industrial es un conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros (definición del artículo 117 de la ley propiedad industrial de México)

relaciones exteriores⁸. Es por lo tanto muy difícil configurar una definición que enuncie todos y cada uno de los aspectos que significan una información confidencial, por lo que debemos atenernos mas bien a buscar un significado en cuanto a los requisitos que debe cumplir algún dato para que tome el carácter de confidencial. La Real Academia de la Lengua Española define “Confidencial” como “que se hace o se dice en confianza o con seguridad reciproca entre dos o más personas”, y “Confidencialidad” como “la cualidad de confidencial”. Así, el empresario tiene la libertad de calificar como Confidencial, cualquier documento o información, que a su juicio, influya directa o indirectamente en el desarrollo del negocio: estrategias empresariales, métodos de negocio, documentos contractuales, propiedad intelectual, patentes, desarrollo de nuevos productos, etc.

Por ahora sólo nos detendremos a dar un concepto de lo que es la información confidencial ya que en los siguientes capítulos ahondaremos en sus características y manifestaciones en el plano laboral. Así las cosas, podríamos definir a la información confidencial como todos aquellos datos cuyo contenido dé testimonio o revele antecedentes que para su titular importe dejar de manifiesto alguna circunstancia o hecho que pertenece a su esfera privada y que expresa o tácitamente se desea mantener en reserva.

⁸ es el caso, por ejemplo, de los secretos militares

1.2. Del contenido ético jurídico de la relación laboral a la ciudadanía en la empresa

Por largos años las relaciones entre trabajador y empleador ha sido tema de observación y análisis por parte de la doctrina, en el entendido que esta interacción entre ambas partes de la relación laboral no se encuentra directamente gobernada por las leyes laborales a cabalidad. El asunto es de real importancia puesto que dependiendo del criterio que se tenga, distintas van a ser las garantías y derechos con que contarán los trabajadores, los cuales a claras luces son la parte más débil en esta relación.

Los profesores William Thayer y Patricio Novoa distinguen tres contenidos en el contrato de trabajo⁹. En primer lugar se encuentra aquel de naturaleza jurídico institucional, comprensivo de la facultad de mando del empleador y del deber de obediencia del trabajador. En segundo lugar existe un contenido de carácter patrimonial, consistente en la obligación de prestar los servicios convenidos así como su respectiva remuneración. En tercer lugar nos encontramos con el contenido ético-jurídico, basado en que el contrato de trabajo tiene un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas. Este último contenido encuentra su razón de ser en los orígenes del derecho laboral.

El contrato de trabajo que conocemos en la actualidad es en gran parte una mezcla o combinación de las tradiciones romanistas y germanistas del derecho del trabajo. En este aspecto la cultura romanista tiene su antecedente remoto en lo que se conoce como la *Locatio Operarum*¹⁰. En esta tradición las relaciones de trabajo se entienden como una

⁹ Thayer William y Novoa Patricio, Manual de derecho del trabajo, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 167 y 168

¹⁰ la locatio operarum o también llamada locatio conductio operarum en el derecho romano fue el contrato en virtud del cual se cede el arrendamiento de servicios que deriva de la locación de esclavos y tiene por objeto los trabajos manuales que se realizan a cambio de una merced. En el el trabajador debía realizar las obras personalmente y el arrendatario estaba obligado a pagar la merced pactada. Este contrato cesaba por la muerte del arrendador, pues la del arrendatario no extingue el contrato puesto que se transmite a los herederos

operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales. Por su parte, la tradición germánica además de la relación de trabajo servil se contemplaba el contrato de vasallaje, a través del cual un hombre libre se colocaba a disposición de otro que le concedía a cambio protección, ayuda y representación. Esta relación constituía un verdadero vínculo personal de fidelidad recíproca que se emparentaba con los vínculos familiares, y hacía participar a quienes se unían por medio de él en una comunidad de derechos y deberes. Para los germanos la relación laboral se concibe como una situación de pertenencia personal a la comunidad, hallándose el trabajador asalariado en una situación estatutaria y no propiamente contractual.

Es producto de esta mezcla de ambas culturas el hecho que el derecho laboral se halla recargado de derechos, emanados de normas legales, colectivas o bien de la jurisprudencia. Claramente esta síntesis no es estable ni uniforme ni se ha dado de la misma forma en todos los países, pero se ha producido igualmente en todo el mundo occidental. A este respecto, es decir, del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, se está manifiestamente más cercano a la tradición germánica del derecho del trabajo.

Pero el camino para llegar al sistema que hoy en día conocemos no ha sido llano, puesto que desde los tiempos de la revolución industrial hasta a mediados del siglo XX las industrias, principales fuentes de trabajo en las zonas urbanas, fueron instituciones autorreferenciales y totalizadoras en las cuales los trabajadores debían básicamente abstenerse a las reglas dadas por sus empleadores. El respeto por los derechos fundamentales de los trabajadores fue una lucha constante desde el interior de estas industrias, batalla que paso a paso se fue concretando en medidas que permitieron amparar sus derechos básicos, como son la duración de las jornadas de trabajo, los descansos y por sobre todo la sindicalización. Con estos avances conseguidos con mucho sacrificio por parte de la clase obrera hace que desde la última década del siglo XIX se

establezcan protecciones jurídicas mínimas impuestas por el estado a favor de quienes resultan más débiles frente a una contraparte poderosa, que como dijimos, puede imponer sus propias condiciones. En esta época es donde incuestionablemente surgen derechos fundamentales consagrados constitucionalmente como en los distintos tratados internacionales de derechos humanos que sólo pueden ejercerse en el ámbito de la empresa, los cuales pueden tener ya sea un carácter individual o bien colectivo.

Los primeros son principalmente la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución y la no discriminación frente al trabajo¹¹. Los segundos, los derechos de sindicación y de negociación colectiva¹².

En nuestro ordenamiento jurídico el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo lo deducimos del artículo 1546 del Código Civil, a razón de que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. En virtud de este principio se contemplan obligaciones que se integran a la ejecución de buena fe del contrato por expresa

¹¹ Constitución Política de la República, Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 16° La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

¹² Constitución Política de la República, artículo 19N° 16 inc 4° La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

disposición de la ley en diversos preceptos del Código del Trabajo, como son las normas de protección a los trabajadores¹³ o las causales de caducidad.

Este contenido además es deducible de los principios propios del derecho laboral como también de la interpretación a contrario *sensu* de muchas de sus normas, en especial las referidas a la terminación del contrato de trabajo, como es el caso de la causal de falta de probidad¹⁴.

Por otra parte el contenido ético-jurídico se ha fundamentado en el hecho que el trabajador, a diferencia de otras actividades que realiza en su vida civil, se compromete con su propia persona, desplegando sus capacidades físicas y mentales en pro de su labor, lo cual hace que su prestación tenga un carácter de personalísimo. Más aun, si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo se desarrolla a lo largo del tiempo, bien pudiendo hablarse de un contrato de tracto sucesivo, en él se originan relaciones personales y permanentes, lo que lo diferencia aun más de una simple transacción mercantil.

Este concepto de contenido ético-jurídico en el contrato de trabajo, producto de ser el regulador de las relaciones entre las partes de la relación laboral, se encuentra íntimamente relacionado con el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Con esta expresión, llamada por la doctrina alemana como la *Drittwirkung der Grundrechte*, elaborada a mediados del siglo XX por Hans Carl Nipperdey, es que se ha denominado el hecho de que los particulares se encuentren

¹³ Libro II de Código del Trabajo de la República “de la protección a los trabajadores”, artículos 184 y ss.

¹⁴ Art. 160. 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.- Alguna 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;

ligados entre sí por los derechos fundamentales en oposición al “efecto vertical” en que sólo resultan oponibles a las acciones de entes públicos. Para los “verticalistas” los derechos humanos encuentran su justificación en el hecho que garantizan a los particulares un espacio de inmunidad, en el que la esfera privada es protegida frente a la intrusión del poder público. El preservar ese ámbito de libertad en que cada cual puede perseguir sus propias concepciones acerca del bien, exige necesariamente que los derechos constitucionales se apliquen exclusivamente frente a actuaciones del poder estatal.

En cuanto a quienes sostienen la existencia de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales, encontramos dos corrientes principales, por una parte están los “horizontalistas directos”, para quienes los derechos humanos deben necesariamente gobernar también las relaciones entre privados. Postulan que no existe una distinción rígida entre lo público y lo privado. Todo el derecho está sujeto a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella, por los que en vez de estar haciendo divisiones artificiosas entre lo público y lo privado, es preferible aceptar que todo tipo de normas jurídicas, y consecuentemente cualquier tipo de relación pública o privada quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos, es decir, la señalada carta fundamental. Esta sería la forma, según ellos, de hacer respetar la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección al sujeto de derecho. Conforme a esta postura en principio, un particular puede poner a otro particular directamente un derecho fundamental sin la necesidad de un acto del legislador o de alguna mediación. Los argumentos en que se apoyan quienes defienden esta postura se encuentran fundamentalmente en el carácter normativo de la Constitución, la cual articula la forma básica en que se ordena la sociedad toda, siendo por lo tanto aplicable de igual manera a todas las relaciones jurídicas, privadas o públicas, y en el hecho de que los derechos constitucionales ponen en el centro de las relaciones sociales el valor supremo

de la dignidad humana en su sentido amplio, valor a que se encuentran obligados a respetar no sólo los entes públicos sino también los particulares. Algunos autores defensores de esta postura incluyen como justificación la existencia de poderes privados en la sociedad actual de los cuales provendrían amenazas a los derechos de las personas, aun mayores que los emanados del poder público. Estas situaciones, según estos autores se podrían suscitar entre los ciudadanos y las grandes corporaciones o grupos de poder económico, por lo que se hace evidente la necesidad de extender los derechos fundamentales a una relación horizontal.

Quienes sostienen esta tesis, también conocida como *unmittelbare Drittwirkung* reconocen que deben existir límites a esta transposición. Es así como los derechos fundamentales no son oponibles de la misma manera al poder estatal y a los demás ciudadanos. Se está conciente de la necesidad de respetar la lógica interna del derecho privado en cuanto se encuentra en juego la autonomía negocial en la que descansa el derecho. Algunos autores señalan que el límite debe encontrarse en la dignidad humana¹⁵. En el caso en que se vea comprometido un derecho constitucional cuyo propósito sea proteger la dignidad de la víctima – como sería en caso del derecho a no ser discriminado – el derecho deberá tener eficacia contra cualquiera que lo comprometa, sea público o privado. Es probable que esta propuesta no sea completamente suficiente para solucionar todas las hipótesis que se pueden plantear ya que no prejuzga de cómo establecer la vigencia de la dignidad humana, sino que sólo la hace necesaria, no habiendo mas opción que tener que buscar una solución precisa en el caso a caso.

Otro criterio que se ha utilizado para encontrar los límites a esta transposición se encuentra en hacer una analogía entre el poder privado y el público en cuanto a los abusos de derecho. Esta propuesta si bien reviste gran utilidad, dejaría afuera los casos en que las partes se encuentren en una relativa igualdad de condiciones.

¹⁵ Andrew CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 145 y ss.

Como se puede apreciar, los argumentos otorgados por la teoría de la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales sirven claramente para hacer evidente la necesidad de una eficacia horizontal, en oposición a la verticalidad pero no ocurre lo mismo con el hecho que deba ser directa, puesto que no deja otra alternativa que dejar entregado a la decisión del juez que conozca del asunto llevado entre particulares.

Por otra parte está quienes sostienen la existencia de una horizontalidad indirecta o también llamada *mittelbare Drittwirkung*, según la cual se exige por una parte la intervención estatal para que los derechos fundamentales se apliquen directamente, pero por otra parte permite un grado de horizontalidad dado por la exigencia de construcción del derecho privado conforme a la Constitución, aún cuando sea una disputa puramente entre individuos y particulares. Esta interpretación de la normas civiles para hacerlas consistentes con los valores sociales manifestados en los derechos fundamentales no es voluntaria para el juez, sino que tiene como fuente positiva la supremacía formal de las normas constitucionales.

Se ha observado que las diferencias prácticas entre la eficacia directa o indirecta son menores. Los horizontalistas indirectos reconocen que los derechos constitucionales influyen las disputas privadas penetrando en ellas con rango de principios que tienen consecuencias jurídicas determinantes para la solución al caso¹⁶. Por su parte quienes siguen la horizontalidad directa ponen el acento en fijar los límites de este efecto, sosteniendo que se aplicaría respecto de algunos derechos constitucionales. También sostienen que el grado con que deben actuar variará dependiendo del derecho y del tipo de relación privada que se trate, pero que de todas formas será diferente a la forma en que

¹⁶ Jana Linetzky, Andrés, Eficacia horizontal de los derechos fundamentales, Pág. 17

operan contra acciones estatales. Además señalan que no todos los derechos constitucionales confieren derechos subjetivos cuando se trata de relaciones entre privados, y que el contenido de ese derecho, cuando se le reconoce como derecho subjetivo, se deberá determinar casuísticamente.

En nuestro ordenamiento jurídico, según la opinión del profesor José Luíís Ugarte, los derechos fundamentales tienen plena eficacia en las relaciones entre particulares, incluida la relación laboral sustentada en un contrato de trabajo. Así lo dispone el artículo 6° de nuestra Constitución al señalar que “los preceptos de esta constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (los órganos del Estado) como a toda persona, institución o grupo”, lo que en su opinión significa que los derechos constitucionales son exigibles directamente no solo respecto de los órganos públicos y estatales, sino también respecto de particulares¹⁷.

Indudablemente algunos de estos derechos consagrados a nivel constitucional como en los distintos tratados sobre Derechos Humanos sólo pueden ejercerse en el ámbito de la empresa, y son por tanto derechos laborales, como ya señalamos anteriormente, pero también existen algunos derechos que no están estrictamente restringidos en su aplicación al ámbito laboral pero que sin duda tienen una gran importancia en la relación laboral. Estos han sido denominados como los derechos fundamentales inespecíficos y que el profesor español Manuel Palomeque López lo define como “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que son, al propio tiempo, son trabajadores”.¹⁸

¹⁷ XVII congreso mundial del derecho del trabajo y de la seguridad social. Informe nacional de Chile, punto II. Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales. Ugarte, José Luíís.

¹⁸ Palomeque López, Manuel “LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA”

Es a este respecto que el concepto de un contenido ético jurídico ha evolucionado a lo que hoy se denomina como “Ciudadanía de la empresa”, puesto que los derechos fundamentales inespecíficos, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador.

Dentro del catálogo de derechos fundamentales consagrados por nuestra carta fundamental encontramos que gran parte de estas garantías pueden y deben aplicarse en el ámbito laboral. Entre ellos debemos mencionar El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art 19 N° 1); La igualdad ante la ley (art. 19 N° 2); La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art. 19 N° 3); El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4); La inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5); La libertad de conciencia (art. 19 N° 6); La libertad personal y la seguridad individual (art. 19 N° 7); El derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9); El derecho a la educación (art. 19 N° 10); El derecho de reunión (art. 19 N° 13); El derecho de asociación (art. 19 N° 15); La libertad de trabajo y su protección y la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal (art. 19 N° 16); El derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18); El derecho de sindicalización (art. 19 N° 19); El derecho de propiedad y a la propiedad (art. 19, N°s 23 y 24).

Junto a estas garantías enumeradas en el artículo 19, la Constitución en su artículo primero garantiza la igualdad de las personas o entre las personas, al señalar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La igualdad enunciada en este artículo tiene claramente una aplicación mas amplia que la señalada en el artículos 19 respecto a la igualdad ante la ley, puesto que esta última sólo puede hacerse valer frente a los órganos del Estado, mientras que esta igualdad, que como se ha dicho, es una igualdad de trato y de oportunidades, la cual se puede hacer valer frente a cualquier persona que lo intente vulnerar, y por lo tanto es manifiestamente oponible en la relación laboral.

Dentro del listado recién expuesto encontramos que con el 19 N° 4 el sistema jurídico chileno reconoce una cláusula general y expresa de la intimidad del trabajador. Esta disposición se encuentra complementada por el artículo 5° del Código del Trabajo, que señala 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” En la referida disposición legal, según Dictamen N° 2856/0162 de 30.08.2002 de la Dirección del Trabajo, se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa, es decir, la ciudadanía en la empresa.

El legislador a través de la última reforma laboral buscó el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, la que se expresa a través del conjunto de límites y garantías que hacen posible la plena realización de la norma constitucional en el específico ámbito de la empresa. Con la incorporación en el inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo se intentó limitar o ponerle freno a los poderes empresariales respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores. La señalada norma esta revestida de un indudable valor normativo y dotada de una gran fuerza expansiva para impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el sentido de dar plena vigencia a los derechos fundamentales de las personas en el ámbito laboral. Los derechos fundamentales necesariamente aparecen como límites a los poderes del empleador, siendo esto un principio o valor normativo, que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquellos sobre éstos. Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, tanto al inicio de la relación laboral, incluso antes de los procesos de selección de personal, en su desarrollo como en su conclusión, tema que será analizado en profundidad en los siguientes capítulos de esta obra.

- **1.3. Derecho de información y sus limitaciones.**

Los distintos ordenamientos jurídicos nacionales acostumbran instituir una formulación positiva del derecho de información laboral estableciendo, por una parte, una obligación al empresario de informar y por otra parte garantizando el derecho del empleado a recibir dicha información.

El derecho de información es un derecho de estructuración jurídica compleja, puesto que presenta múltiples manifestaciones y confluyen en torno a él una serie de facultades y deberes de distinta especie. La doctrina italiana ha señalado una triple manifestación de este derecho de información, a saber, el derecho de los trabajadores a “ser informados”; el derecho a informarse; y el “derecho a informar”.¹⁹

Estas manifestaciones no son sólo diferencias terminológicas, sino que responden a concretas delimitaciones jurídicas. En función de cada una de ellas las facultades otorgadas al titular del derecho serán diferentes, como también serán distintos los deberes impuestos al sujeto pasivo.

El derecho a “ser informado” deja en manos del empresario la iniciativa del suministro de la información correspondiente. Se trata de un derecho que se establece con un carácter pasivo y en el que la dirección de la empresa se limita a cumplir con su obligación en función de los requisitos establecidos legal o convencionalmente.

¹⁹ L. Silvagna, *Il Diritto di informarze nel rapporto di lavoro*, Editorial Giuffré, Milan, 1977, págs 36 y 37.

El derecho a “informarse”, por su parte, supone un derecho de mayor envergadura en el sentido de que la iniciativa corresponde al trabajador. Ésta parte se encuentra facultada para exigir al empresario el suministro de la información que requiera en el curso de las negociaciones entabladas con éste. Este derecho por lo tanto lo ejercen particularmente los representantes de los trabajadores, el cual es perfectamente compatible con el resto de las facultades que van a tener estos órganos representativos de los trabajadores, como la investigación y acceso a las fuentes informativas, la de asistirse de técnicos o expertos o la solicitud de información complementaria y la de contar con los medios idóneos para conseguir una eficaz tutela de los intereses de sus representados. Estas facultades supondrán del lado empresarial, en algunos casos un comportamiento negativo o de omisión, como sería el no intervenir la información o el acceso a fuentes informativas, y en otros casos importaría una conducta positiva o de acción, como cuando le corresponde facilitar o financiar la ayuda técnica o cuando tenga que facilitar cierta documentación.

En cuanto al derecho a “informar”, este consiste en la facultad, o en algunos casos la facultad-deber, que tienen los representantes de los trabajadores de mantener informados a sus representados respecto de las gestiones realizadas en defensa de sus intereses. Este derecho no consiste en una mera rendición de cuentas a los trabajadores ya que podría suponer también el traslado a éstos de los datos o información relativos a la empresa que los representantes conozcan en razón de su acción representativa. Esta vertiente del derecho de información requiere que los órganos de representación tengan a su alcance los medios necesarios para canalizar el traslado de la información a sus representados. Esto supone para el empresario los deberes de respeto y tolerancia, deberes que tienen un carácter negativo o de abstención en cuanto a que éstos no deben poner trabas o dificultar la labor informativa de los representantes.

El derecho de información recién desmenuzado será más eficaz en la medida que abarque el mayor número de manifestaciones del mismo. Pero no todos los ordenamientos jurídicos regulan con la misma precisión ni rigor las distintas manifestaciones del derecho de información. Es el propio reconocimiento de cada legislación que haga del derecho de información el que delimitará los ámbitos de actuación de tal derecho, como al reconocer determinados titulares del derecho o si alguna información se suministra sólo si se presentan determinadas circunstancias particulares. De esta manera la regulación existente, ya sea legal o convencional e incluso la interpretación jurisprudencial irán marcando los parámetros dentro de los cuales podrá moverse el derecho en cuestión. Esto constituye una limitación de carácter estructural o intrínseca que condiciona de entrada el derecho de información y que responde por lo tanto al tipo de derecho que se reconoce.

Existen dos grandes formas de reconocer el derecho de información, por un lado están los ordenamientos jurídicos que establecen un sistema de “cláusula general”, a través del cual se presenta una fórmula abierta, que no encuadra, a primeras luces, a determinados supuestos el suministro de información. Se establece una política de información permanente en la empresa que parece garantizar la suficiencia informativa requerida para el cabal cumplimiento de la función de quienes representan a los trabajadores. Por otra parte existe un sistema de “cláusulas específicas” o también llamado de “informaciones concretas”, que, por su parte ofrece un listado legal, más o menos detallado según cada ordenamiento, de las informaciones que deben comunicarse a los representantes de los trabajadores. Este sistema presenta el problema de que, en principio, lo que no se encuentra expresamente regulado en la ley no tendría por qué suministrarse a los trabajadores.

Mas allá de esta limitación, que como dijimos es de carácter estructural, todos los ordenamientos de una u otra forma enmarcan el derecho de información, dando por una parte al empresario la posibilidad de no comunicar cierta información y por la otra parte obligan al trabajador a no divulgar a terceros la información recibida de la empresa.

La colisión de intereses en el ámbito del derecho de información en la empresa ha determinado una serie de límites a este derecho, con lo que se busca alcanzar un cierto equilibrio de los ya mencionados intereses en juego, a saber, el de los trabajadores de ser informados y el de los empresarios a que no se divulguen a terceros la información cuya revelación pueda generarle algún perjuicio a la empresa. Tales limitaciones responden a las diversas posturas que de una y otra parte se han esgrimido, para solucionar el conflicto de intereses en cuestión.

Para un sector la disyuntiva planteada se resuelve permitiendo al empleador rehusarse al suministro de información cuando la divulgación de la misma implique un potencial peligro para la empresa. Esta posición, así de cruda, puede poner en peligro el derecho de información por cuanto quienes serían los receptores de dicha información no tendrán la posibilidad de desmentir o contradecir el carácter secreto atribuido a la información, a no ser que acuda a los órganos jurisdiccionales. Para otro sector lo que debe prevalecer es el derecho de los trabajadores a ser informados, lo que importa que el empleador debe suministrar en cada oportunidad y de la manera mas completa posible la información a los trabajadores. Como contrapartida eso si, los representantes de los

trabajadores, quienes reciben esta información, deberán soportar la carga de no divulgar posteriormente a terceros la información calificada como reservada por el empresario.²⁰

Estas diferentes posturas representan claramente las opciones legislativas que se han ido asumiendo, tanto en la normativa internacional como en la de los diversos países, para delimitar el alcance a la información laboral. En estos sistemas encontramos principalmente dos tipos de límites, por una parte el “veto empresarial” y por otra el “deber de reserva o secreto de los representantes de los trabajadores”. A la luz de estos límites al derecho de información –tema que será desarrollado con mayor extensión en el transcurso de esta obra- se pueden establecer hasta tres clases de información con repercusiones diferentes.

En primer lugar encontramos la información no comunicable o también denominada de “confidencialidad absoluta”, cuyo conocimiento puede quedar vedado para los trabajadores. Esta clase de información se supone de unas características tales que hacen que el legislador la ampare con el máximo grado de reserva, ya que su exteriorización fuera del estricto círculo del empresario podría generar graves perjuicios tanto para sus intereses como para los de terceros relacionados con él. Por lo tanto, no se le impone al empresario la obligación de suministrar dicha información. Este es el espacio o ámbito en donde es viable el derecho de veto empresarial.

²⁰ esta materia es tratada por la doctrina española en especial referencia al manejo de la información entre el empresario con los representantes de los trabajadores, en el entendido de existir delegados u algún tipo de organización entre los trabajadores dentro de la empresa, pero no vemos problemas a extrapolar esta clasificación de la información al campo de las relaciones directas entre empleador y trabajador.

Como se mencionó recientemente, el empresario puede bien proteger intereses personales al moverse en una economía de mercado competitiva y en ocasiones también proteger los intereses de terceros. Esto sucederá cuando, por ejemplo, por razones comerciales o laborales éstos han cedido al empresario cierta información a título confidencial. De ahí la necesidad de proteger dicha información y evitar que se divulgue. Es necesario también tener en cuenta que la vaguedad con que muchas veces se regula la facultad empresarial en comento puede dar a éste un ámbito de actuación desmesurado y terminar poniendo en duda la eficacia misma del derecho de información reconocida a los representantes de los trabajadores. En tal sentido, son varias las observaciones que se pueden formular a la regulación del derecho a veto del empresario. En primer lugar debe señalarse que la propia extensión del derecho de veto no está claramente delimitada en sus distintas regulaciones. La duda se centra en determinar, muchas veces, si la facultad de no comunicar información o solamente a parte de ella. Esto tiene relación con el enunciado genérico y difuso que suelen utilizar los distintos preceptos que regulan la materia, como por ejemplo la “información perjudicial” para las partes o la empresa, utilizada en la Recomendación 129 de la OIT, que no permiten dilucidar cuales son las materias cuya transmisión o divulgación pudiese generar algún daño o perjuicio. También se puede apreciar que la normativa falla cuando permite dejar de comunicar información perjudicial para la empresa o las partes, puesto que no es la información en si misma la perjudicial, sino que es su divulgación la que puede generar el daño. Por ello es preferible que se establezcan supuestos concretos en los que el empresario queda facultado para ejercitar su derecho de no comunicar información. El ideal sería obviamente de definir establecer los casos excepcionales en que se puede abstener de comunicar. Hay legislaciones como la belga que hacen un gran esfuerzo por dar con esta fórmula²¹, lo que

²¹ el artículo 32 del Real Decreto de 1973 establece la obligación de los representantes de los trabajadores en el comité de empresa de garantizar la información al personal de la misma, sobre la base de los informes que se le faciliten a aquellos. Esta comunicación se encuentra rodeada de una serie de límites, como el que todo trabajador debe mantener en secreto

significa intentar delimitar tanto por el legislador, las partes o la jurisprudencia el alcance de la facultad en cuestión. Mientras no se acredite la confidencialidad de los datos requeridos a la empresa debería subsistir la obligación de suministrarlos, en cuanto resulten necesarios para el ejercicio de la función representativa de los trabajadores.

Por otra parte y en concordancia con lo anterior, parece necesario también que se cuente con mecanismos de control ya sean internos o externos, para fiscalizar la objetividad con que el empresario determina el grado de confidencialidad de la información con el fin de evitar las posibles arbitrariedades de su parte. Partiendo de la base que no toda la información debería ser calificada como perjudicial o confidencial, los trabajadores o quienes los representen deben contar con los medios para filtrar la información cuya divulgación pueda ocasionar perjuicio al empresario de aquella que no le ocasiona.

Por lo tanto queda a la vista que una fórmula abierta de derecho a veto pone de manifiesto el peligro que puede representar el uso indiscriminado de esta clase de limitación que podría eventualmente llegar a vulnerar por completo el derecho de información. Es por ello que debe hacerse una interpretación de carácter restrictivo de ella, en cuanto es un límite de un derecho.

En segundo lugar, existe un tipo de información que se puede denominar como de “confidencialidad atenuada”, la cual también es información de carácter reservado, pero no es incommunicable, es decir, no se exonera al empleador de la obligación de

cualquier información confidencial que haya sido adquirida en el curso de la actividad laboral. Además este decreto establece dos obligaciones mas para los representantes de los trabajadores de carácter complementaria que consisten en un deber de discreción y la obligación de no divulgar a terceros información de naturaleza confidencial. Toda comunicación escrita efectuada por algún miembro del comité de empresa debe presentarse previamente al secretario del comité de empresa. Además en su artículo 33 de este Real Decreto se establece que al momento de suministrar información al comité de empresa, el director de ésta puede indicar el carácter confidencial de aquellos informes cuya difusión pudieran perjudicar a la empresa.

suministrarla. Siguiendo la legislación belga, se parte aquí del supuesto de que la información llega efectivamente a los trabajadores, pero con una obligación de reserva o secreto que no les permite divulgar la información recibida a terceros ajenos a la empresa.²²

En tercer lugar está aquella información que por no tener el carácter de confidencial no se encuentra sometida ni al derecho de veto ni recae sobre ella un deber de secreto. Esta información es la que podrá ser utilizada sin problema para su retransmisión entre los trabajadores.

²² La legislación española por su parte regula este tipo de información entendiendo que los receptores de dicha información son los representantes de los trabajadores, y que por lo tanto la obligación que ellos tendrán será la de no divulgar la información recibida por el empresario al resto de los trabajadores, es decir, sus representados.

CAPÍTULO II

DEBER DE NO DIVULGAR INFORMACION CONFIDENCIAL DE LA EMPRESA. EL DEBER DE RESERVA

- 2.1. Consideraciones preliminares.

En este capítulo intentaremos abordar el resguardo de la información confidencial mirado desde el punto de vista de la protección que ampara al empleador en cuanto a su calidad de sujeto activo en la relación laboral. Se intentará desarrollar este tema visto desde una perspectiva temporal, para así tratar de analizar en cada etapa de la relación laboral, es decir, en la etapa precontractual, durante la relación contractual y también en la etapa post contractual, como se maneja y regula el tratamiento de información que puede ser sensible su divulgación a terceras personas.

Abriremos este capítulo intentando conceptualizar en que consiste el deber de reserva, su naturaleza jurídica y alcance, indagando tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado si este deber es materia ya regulada y bajo que circunstancias. Además analizaremos las figuras afines a ella que también pueden tener gran relevancia en la protección de la información confidencial.

Como se mencionó en los primeros capítulos de esta obra, la difícil definición de lo que es la información confidencial hace sumamente arduo el trabajo de quien intente enmarcarla dentro de una regulación clara y precisa en cuanto a sus límites y en general, el determinar qué clases de información abarca. Como también se ha mencionado, es el choque de intereses entre lo que es por una parte la libertad de expresión (garantía del ciudadano-trabajador, como en su momento se explicó), manifestado en el derecho de

información -y de informar- y por la otra el derecho del empleador o empresario a que no se divulgue la información de carácter confidencial a terceros, lo que nos lleva al estudio de lo que constituye en definitiva la carga que debe soportar el trabajador que tiene acceso a este tipo de información, es decir, el deber de reserva.

- **2.2. El deber de reserva**

Debemos partir señalando que el estudio en particular de esta materia es muy escaso en la doctrina nacional. Es sólo a propósito del análisis de otras materias que podemos desprender algunas conclusiones respecto a que comprende en definitiva el deber de reserva o también llamado deber de secreto.

Autores españoles señalan a propósito de la distinción que hacen respecto del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores con el deber de secreto que éste último es una obligación que surge en las obligaciones contractuales laborales que exige mantener en reserva los datos relativos a la empresa cuya divulgación pudiera ocasionar algún perjuicio al empresario.²³

A partir de esta definición, para poder entonces visualizar cuando estará presente este deber es que debemos intentar señalar cuales son esos datos relativos a la empresa cuya divulgación pudiera ocasionar algún perjuicio al empresario. Como vimos en capítulos anteriores, estos datos corresponden a los que definimos como información confidencial. Nos toca ahora entonces ir viendo qué puntos abarca específicamente dicha información.

²³ Boza Pro, Guillermo, El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs 221 y 222.

Podría decirse que la confidencialidad se aplica frente a información que tenga el carácter de secreta para quien la posee por presentar una ventaja competitiva en el mercado y que por este motivo no quiere que se divulgue al resto de los participantes del mercado. Este tipo de información la encontramos principalmente desarrollada en el concepto de secreto empresarial.

En el ordenamiento jurídico internacional podemos encontrar en el artículo 260 de la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que se considera como secreto empresarial “cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial y que sea susceptible de transmitirse a un tercero”²⁴. La información a que se refiere dicho precepto, es todo conocimiento objeto de una creación intelectual, por lo tanto el secreto podrá referirse a cualquier creación del intelecto, sin ninguna limitación, o bien, en palabras del profesor colombiano Ricardo Metke, “no existe una limitación legal o lista taxativa de creaciones intelectuales protegibles por el secreto. Bien por el contrario, se trata de una lista abierta”²⁵

Por su parte algunos autores lo han definido a su vez como “el conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que, el empresario por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto”.^{26 27}

²⁴ artículo 260 de la Decisión 486 de la comisión de la Comunidad Andina

²⁵ METKE, Ricardo. LECCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (II). Los diseños industriales en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena. Ediciones Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda. Bogotá 2002, página 91.

²⁶ PACHÓN, Manuel. SÁNCHEZ AVILA, Zoraida. El régimen Andino de la Propiedad Industrial, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá 1995, página 181.

²⁷ Estamos abiertamente a favor de la definición doctrinaria, puesto que la definición dada por dicha comisión solo enuncia que datos comprende el secreto empresarial, pero en definitiva no da un concepto de éste. Por su parte, a nuestro juicio, creemos que la definición dada por la doctrina se acerca muchísimo mas al concepto del secreto empresarial, al señalar que es el “conocimiento reservado” de ideas, productos etc., ya que el secreto empresarial es un hecho -el conocimiento de un dato o información confidencial- y no una cosa -el solo dato o información confidencial-.

Respecto al tipo de información que puede abarcar esta norma, se ha señalado que se puede referir a la naturaleza, características o finalidades de productos, métodos o procesos de producción o medios de forma de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

Un buen punto de partida a este tema en el derecho nacional nos lo puede dar la ley N° 19.996, que vino a modificar la ley 19.039 sobre propiedad industrial, la que, en su artículo 86 señala que se entiende por secreto empresarial “todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”²⁸. Esta ley, al referirse exclusivamente a la propiedad industrial protege el conocimiento sobre los productos o procedimientos industriales, pero debemos preguntarnos si, a falta de una mayor legislación, esta norma puede ampliarse para el resto de las actividades en que existe una relación laboral y hay datos o información confidencial. Esta hipótesis tendría como fundamento el principio básico que rige al ámbito contractual, que es que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que este principio se manifiesta en el uso prudente y diligente de la información a que se accede. Esto está claramente asociado por ende al nivel de diligencia y cuidado que se le exige a un trabajador ya que al fin y al cabo es parte de un contrato bilateral

- **2.3. Naturaleza jurídica del deber de reserva**

El deber de reserva de información confidencial dentro de la relación laboral puede tener distintas fuentes –legales o convencionales-, tema que será analizado mas adelante, cuando vayamos pasando revista de las manifestaciones del deber de reserva en cada

²⁸ Ley 19.996, publicada el 11.03.2005, modifica ley N° 19.039 sobre propiedad industrial

etapa de la relación laboral. Pero lo que nos aboca en esta parte de la obra es determinar cual es su naturaleza jurídica. ¿El deber de reserva es un elemento de la naturaleza del contrato de trabajo o bien es un elemento accidental? ¿El deber de reserva en el ordenamiento nacional importa un silencio absoluto o existen matices al respecto? Son estas dos preguntas las que intentaremos responder en este capítulo.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del deber de reserva no nos cabe duda que se trata de un elemento de la naturaleza del contrato de trabajo y que, tal como señala el código civil en su artículo 1444 son aquellas cosas que “no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial”. Eso se ve de manifiesto puesto que las partes en virtud de un acuerdo de voluntades pueden limitar o bien eliminar este deber de reserva.

Ahora bien, en cuanto al carácter de absoluto del deber de secreto debemos partir señalando que en cuanto a la obligación misma, ésta tiene un carácter absoluto, en el sentido que no es necesario que se produzca ni un daño al empleador ni un beneficio para el trabajador con la revelación del secreto. Se entiende que la sola divulgación del secreto quebranta la buena fe contractual y que es razón suficiente en el ámbito laboral para imponer las sanciones correspondientes al trabajador infractor. Pero si el incumplimiento de la obligación de secreto puede acarrear sanciones en el ámbito laboral, también podría tener repercusiones de tipo civil o penal. Existen, claro está, excepciones a este deber de reserva en cuanto a que le va a estar permitido divulgar información confidencial al trabajador, y mas que eso, se va a ver obligado a hacerlo. Eso sucederá cuando es conminado por la autoridad pública a declarar ante la posibilidad de ilícitos dentro de la empresa. Evidentemente esta divulgación de información hacia la autoridad competente también debe manejarse con la debida prudencia por su parte, manteniendo en todo

aquello que no es de interés público secreto absoluto. Por interés público queremos expresar aquellos actos o hechos que tienen una connotación delictual y que por ende atentan contra el orden público.

- **2.4. Delimitación del deber de reserva en la relación laboral**

En este capítulo intentaremos exponer cuales son los rasgos delimitadores del deber de secreto en las relaciones entre empleador y trabajador, tema que analizaremos desde un triple punto de vista, en primer lugar desde un punto de vista subjetivo, luego en cuanto a su contenido y finalmente desde el ámbito temporal.

- Desde el ámbito subjetivo, el deber de reserva aparentemente no presenta mayores dificultades, puesto que todas las personas vinculadas a la empresa con un contrato de trabajo se verán afectadas por la referida obligación. Se pone de manifiesto así, el alcance personal general del deber de secreto que afecta a todos los trabajadores, independientemente de su categoría o de la labor específica que realicen.

La situación puede ser un poco menos clara respecto de las personas que no se encuentran vinculadas a la empresa directamente por un contrato de trabajo pero que por algún motivo acceden a información confidencial. Es el caso de los asesores técnicos o expertos de ciertas materias que colaboran en determinados asuntos específicos. Desde nuestro punto de vista no nos parece haber ninguna traba para que este deber de reserva se extienda a estas personas, es más, nos parece absolutamente necesario puesto que si ello no sucediera el fin perseguido por este deber impuesto a los trabajadores no cumpliría su función.

- En cuanto al contenido del deber de reserva debemos hacer un análisis un poco más exhaustivo, ello porque la falta de una delimitación legal parecería dotar de una mayor amplitud el contenido de la obligación en cuestión. Al no existir parámetros mínimos ni máximos dentro de los cuales deba moverse el empresario –más allá del respeto que éste de tener del principio y deber de buena fe contractual- podría pensarse que, en principio, cualquier materia que sea secreta a juicio del empleador y de la que tuviera conocimiento el trabajador por razones de su trabajo, no sería susceptible de ser divulgada por éste. Por lo tanto la existencia del secreto o la reserva deber encontrarse sujeta a ciertas condiciones o requisitos²⁹. En primer lugar debemos señalar que es secreto aquello que está reservado y oculto, un hecho o dato que sólo es conocido por el empleador y por un estrecho círculo de personas ligadas a él y al que ha tenido acceso el trabajador³⁰. En ese sentido, carácter reservado o el desconocimiento por terceros de tales hechos o datos constituye el presupuesto para la aplicación de la obligación de secreto. Pero esta circunstancia por sí sola no es suficiente para el nacimiento de una obligación de secreto. Es necesaria también la intención de conservar el secreto, es decir, el deseo de su titular de mantener oculta cierta información, de impedir que llegue a conocimiento de otros. Esta voluntad debe ser manifestada, lo que significa que el deseo de mantener en reserva ciertos datos, noticias o información de la empresa debe ser expresado con claridad y por un medio idóneo para tal fin.

Creemos que ello puede realizarse de distintas maneras, ya sea a través de una comunicación escrita dirigida al trabajador o trabajadores afectados o mediante la inserción en una cláusula contractual –tema que será analizado en profundidad en los capítulos siguientes-. A nuestro juicio se consigue igual resultado y con carácter general al establecerse como por medio de un convenio colectivo la obligación de guardar reserva. Esto suele ocurrir cuando se impone al empresario la obligación de suministrar cierta información a los trabajadores ya que se impone ahí paralelamente el deber de estos últimos de mantenerla en reserva. Una situación así es la que se plantea en la

²⁹ respecto a este punto el artículo 260 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina establece que para que exista un secreto empresarial es necesario que la información reúna determinadas condiciones. En primer lugar, esta deber ser secreta, en el sentido de que, como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva. En segundo lugar, es necesario que dicha información tenga un valor comercial por ser secreta, y en tercer lugar, que dicha información haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

³⁰ A Fernández Miranda en su libro “el secreto profesional de los informadores” define “secreto” como un hecho no conocido o de conocimiento limitado y concreto sobre cuya ocultación hay un interés serio

legislación española, la que en el estatuto de los trabajadores en su artículo 65.2 compromete a los miembros de los comités de empresa³¹, los cuales van a tener acceso a información de carácter reservado, a observar sigilo profesional de todas las materia que conozcan, y que, una vez que estos trabajadores cesen en sus funciones dentro del comité, deberán igualmente guardando reserva de aquellas materias que tengan el carácter de reservado.³²

A estos dos requisitos -que la información tenga carácter de reservado y la voluntad de mantenerlo en secreto- se les exige la presencia de un tercero, el cual tiene un carácter objetivo, el que consiste en el interés económico que el secreto encierra para la empresa, es decir que exista un interés en que dicha información se mantenga en reserva para que la empresa mantenga su situación competitiva en el mercado, o en palabras del profesor José Antonio Gómez Segade “el interés objetivo será tanto mayor cuanto mas grande sea la preeminencia que la posesión del secreto otorga a la empresa frente a sus competidores”³³ La concurrencia de estos tres requisitos recién expuestos delimita, por consiguiente, la existencia de datos o información secretos que al empresario le interesa preservar fuera del alcance de terceros y justifica la protección de ese interés empresarial mediante la imposición de prohibiciones al trabajador, como es la obligación de no

³¹ los comités de empresa, según los define el artículo 63 de la ley de estatutos de los trabajadores son los órganos representativos y colegiados del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o mas trabajadores. También es posible formar comités de empresas intercentros cumpliendo una serie de condiciones que establece el estatuto de los trabajadores citado.

³² Artículo 65. Capacidad y sigilo profesional. 2. Los miembros del comité de empresa, y éste en su conjunto, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del apartado 1 del artículo anterior, aun después de dejar de pertenecer al comité de empresa y en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado. En todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla y para distintos fines de los que motivaron su entrega. (Ley del estatuto de los trabajadores, España.

³³ Gómez Segade, José Antonio. “el secreto industrial, concepto y protección” Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1974., págs. 246-247”.

divulgación de secretos o el uso indebido de la información que ha conocido.³⁴. En caso contrario, de tratarse de asuntos de conocimiento público, o cuando se divulgue el secreto por algún sujeto diferente a los obligados, el secreto dejaría de ser tal y decaería, consecuentemente, la obligación que pesa sobre el trabajador. Esto es evidente, puesto que la revelación de un secreto, que trae como consecuencia la pérdida de su carácter confidencial, puede producirse por actos no imputables al trabajador, como por ejemplo, si un tercero ajeno a la empresa (como un competidor) lo divulga. También podría ser el propio empresario quien revele directamente el secreto o autorice su divulgación.

Como ya mencionamos en el capítulo anterior, a propósito de la naturaleza jurídica de este deber de secreto, hay circunstancias excepcionales en que el trabajador aun sin contar con la autorización del empleador podrá igualmente divulgar lícitamente cierta información secreta, como es por ejemplo el caso de la revelación de hechos delictivos del empresario o la imposibilidad de ocultar informaciones sobre la empresa que sean requeridas por la autoridad competente. En este sentido, las situaciones descritas operarían como verdaderos límites de la obligación de secreto impidiendo acciones de encubrimiento como el señalado, el que a primera vista se encontraría amparado por la buena fe contractual, sino que incluso podrían llegar a constituir una infracción del deber de cooperar con el trabajador, potencial afectado por sanciones administrativas en la empresa.

- Desde el punto de vista del ámbito temporal del deber de secreto, cabe señalar que tiene un gran campo de aplicación, que abarca todo el íter contractual. Este punto, y en especial las formas como se va manifestando el deber de reserva a lo largo de la relación laboral será justamente el tema que trataremos en profundidad en el siguiente capítulo.

³⁴ a este respecto el código civil italiano consagra explícitamente ambas prohibiciones en su artículo 2105 “no divulgar noticias relativas a la organización y a los métodos de producción de la empresa o utilizarlas de modo que puedan causarle un perjuicio”

CAPÍTULO III
EL DEBER DE RESERVA EN LAS DIFERENTES ETAPAS DE LA RELACIÓN
LABORAL

- **3.1. Consideraciones preliminares**

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo es de aquellos que se desarrolla en el tiempo, iremos haciendo un recorrido a través de los principales momentos de esta relación contractual para poder explicar de una manera mas organizada nuestro tema en investigación. Partiremos dividiendo este capítulo en los tres grandes momentos de la relación contractual, vale decir, en la etapa precontractual, la etapa contractual propiamente tal y la etapa post contractual. En cada una de ella explicaremos en que consiste, cual es la legislación vigente en el ordenamiento nacional -en el caso de haber-, como se regula en el derecho comparado, y fundamentalmente señalar como se manifiesta el deber de reserva de la información confidencial en cada una de estas etapas.

- **3.2 Etapa precontractual**

-

3.2.1. En que consiste.

El período precontractual es aquel que precede al momento del perfeccionamiento del contrato de trabajo y su existencia, que será mas o menos extensa según cada caso en particular, se caracteriza, en esencia, según el profesor uruguayo Jorge Gamarra, por el hecho de que los actos que tienen lugar dentro de la misma carecen de valor vinculante entre las partes.³⁵ Se trata de una etapa de formación en donde predomina la incertidumbre en cuanto a su resultado final, el que podría consistir en el acuerdo de voluntades o culminar de manera mas o menos abrupta, en el caso de que alguno de los sujetos que desarrolla las tratativas, es decir, el empleador y el candidato a trabajador, opte por abandonarlas antes de que se alcance dicha instancia.

De las tres etapas de la relación laboral, ésta es, sin lugar a dudas, la que menos dedicación le han dado los autores laboristas tanto nacionales como extranjeros. En general, las pocas veces en que se analiza esta etapa es a propósito de temas que no tienen una directa relación con el tratamiento del contrato de trabajo en si, como son el tema del desempleo y su combate. Pese a esto, no debemos dejar de resaltar la importancia de este período en la relación laboral puesto que es en ella donde se configuran y trazan las principales líneas de lo que será la labor del trabajador dentro de la empresa.

Contrariamente a lo que sucede generalmente en el derecho civil, en donde los contratos por lo general pueden tener una formación prácticamente instantánea, el contrato de trabajo requiere, salvo contadas excepciones, de la existencia de una etapa

³⁵ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XI, FCU, Montevideo., 1979, p. 12. En el código civil uruguayo, su artículo 1265 habilita la potestad de revocación tanto de la propuesta como de la aceptación. Por su parte en artículo 1264 del mismo código establece el carácter no vinculante de la actividad preparatoria de los contratos solemnes. Es de estos dos artículos de donde este autor desprende el carácter de no vinculante de los actos ejecutados en la etapa precontractual.

precontractual más o menos prolongada. Ello se desprende del carácter personalísimo que asume la prestación a que se obliga el trabajador y el consecuente interés del empleador por conocer los rasgos personales y aptitudes de quien habrá de contratar. En la mayoría de los casos, la etapa precontractual se destinará casi por completo a que el empleador pueda desentrañar cual de los diversos aspirantes al cargo es el mas idóneo para ocuparlo.

3.2.2. Legislación aplicable. El principio de la Buena Fe.

La casi inexistente regulación normativa de la etapa precontractual del contrato de trabajo determina un escenario en el que las partes se manejan con la más absoluta libertad en el momento de establecer su contacto inicial, no siendo posible detectar ninguna norma heterónoma que imponga restricciones o condicionamientos al respecto y resultando en la actualidad extremadamente infrecuentes las disposiciones de origen convencional que establezcan -como aconteciera otrora en relación con ciertos sectores de actividad - procedimientos o formalidades específicas que necesariamente deban respetarse a los efectos de proveer una vacante.

Pero esta aparente absoluta libertad en que se mueven las partes en la etapa precontractual o de formación de la relación laboral presenta ciertos límites. Resulta evidente que por no existir una regulación expresa respecto a esta materia, debemos recurrir a las normas y principios generales del derecho. Pese a que en derecho civil no existe una reglamentación sistematizada al respecto, este período se desenvuelve en una dinámica sujeta a la égida de un principio que ostenta la doble función de pertenecer a la teoría general del derecho y al acervo propio y particular del derecho del trabajo, este es, el principio de la Buena Fe.

Esta buena fe constituye una normativa o pauta específica que debe ser respetada por las partes durante el desarrollo de la etapa precontractual y que se expresa como un deber objetivo de comportarse en forma ideal³⁶.

Sin embargo, esta pauta de conducta no se agota en un deber pasivo de no dañar a otro, sino que, mucho más allá de ello, incluye la necesidad de ajustar el comportamiento propio a un deber positivo de colaboración. El artículo 1546 de nuestro código civil prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que, por consiguiente, los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Esta regla o principio de buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato.³⁷

A diferencia de la buena fe subjetiva, la cual se aprecia *in concreto*, es decir, teniendo el juez la misión de indagar en la convicción íntima y personal del sujeto implicado, la buena fe objetiva se aprecia *in concreto*, prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar, él, la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos, y en general al “modelo del hombre razonable”.

La actitud exigida es la de hablar claro, absteniéndose de las afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de silencios que puedan conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra.

³⁶ GARMENDIA ARIGÓN, MARIO. La formación profesional en la etapa pre-contractual. En su: Derecho del trabajo y formación pp 29-48.

³⁷ López Santa María, Jorge. Los contratos parte general, tomo I. pág. 395.

Durante esta fase cada negociador procura representarse de manera exacta al sujeto con quien se va a vincular y a las prestaciones que el contrato proyectado haría nacer.

La información de buena fe exige, por ejemplo, respecto a los sujetos, que no incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud física y mental, sobre sus aptitudes laborales o destrezas técnicas o artísticas según sea el caso.

Es claro que la violación de alguno de estos deberes puede configurar dolo al momento de la conclusión del contrato, es decir una vez que ya estamos en presencia de la etapa contractual propiamente tal, siendo aplicable en ese entonces el artículo 1458 del código civil, el cual permite la rescisión del contrato.

La riqueza normativa de la buena fe en los tratos preliminares radica en la necesidad que, aun sin dolo, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por *culpa in contrahendo*. En virtud de esta doctrina encabezada por el jurista alemán Rudolf von Ihering, se postula que la obligación de diligencia de las partes no sólo se debe observar en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo. Este deber de diligencia nace con la oferta y termina al firmarse el acuerdo o contrato. La acción de indemnizar perjuicios está a favor del perjudicado; los límites para la extensión del resarcimiento se desprenden de las teorías del interés positivo y del interés negativo. En virtud de la primera, en el supuesto del incumplimiento de un contrato válido, el acreedor tiene derecho a la indemnización del “interés positivo” o de cumplimiento, que comprende todo daño causado por la inejecución. En cuanto a la segunda, en el supuesto de culpa in contrahendo debe resarcirse el “interés negativo” o de confianza, consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio,

por lo que pudo haber ganado o por los perjuicios sufridos, llámese lucro cesante y daño emergente.³⁸

Se discute en la doctrina de si la *culpa in contrahendo* es de naturaleza contractual o extra contractual. Sin ánimo exhaustivo, vale la pena confrontar sintéticamente dos posturas. El profesor Meruzzi al conjugar los artículos 1218 y 1338 del Código civil italiano de 1942 concluye que la *culpa in contrahendo* es de naturaleza contractual: “A favor de la naturaleza contractual militan en primer lugar una serie de argumentos tradicionales adoptados por los sostenedores de tal tesis, es decir: que la buena fe en las tratativas o en la formación del contrato implica una restricción de los tratantes que va más allá de las genéricas obligaciones de abstención que caracterizan el instituto del hecho ilícito; que tales deberes de cooperación positiva obligan solo a las partes tratantes, diferenciándose del deber general de abstenerse de realizar comportamientos dañosos; que colocar el deber de buena fe en regímenes de responsabilidad diferenciada según el diverso momento en que su violación se despliega, sería del todo irracional; además y sobretodo, que la *culpa in contrahendo* está dirigida a sancionar el incumplimiento no del contrato, sino de la obligación (artículo 1218 c.c.) y que por el mismo hecho de haberse iniciado las tratativas nace en cabeza de los tratantes la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe”³⁹.

Otros sostienen que las falsas informaciones que inducen al destinatario de ellas a cumplir un acto de disposición de su propio patrimonio, es un ilícito aquiliano o de naturaleza extracontractual. “La falsa información y la reticencia despliegan un rol importante en la fase de las tratativas contractuales; de allí que los artículos 1337 y 1338

³⁸ el profesor Gabriel Fagella refuta la teoría de Rudolf von Ihering, señalando que la etapa precontractual comprende las tratativas preliminares anteriores a que se emita la oferta. Señala además en cuanto a la extensión del resarcimiento se limita solo al daño emergente, es decir los gastos efectivamente realizados durante las tratativas pero no comprende el lucro cesante.

³⁹ MERUZZI, GIOVANNI. *La trattativa maliciosa*, Padova, CEDAM, 2002, p. 322 y 323.

del Código Civil italiano (en particular este último) prevén a cargo de los futuros contratantes la responsabilidad precontractual por violaciones al deber de información a la luz de la observancia de los principios de buena fe y de lealtad. [...] en otros ordenamientos, el concepto de falsa declaración y el similar de reticencia (o sea, el silencio sobre circunstancias cuyo conocimiento interesa al otro sujeto con el cual se vincula), configuran, cuando están acompañados de la inducción al error, casos concretos de hechos ilícitos”.⁴⁰ De este principio de la buena fe, que como ya señalamos, es aplicable a cada una de las etapas del contrato y que se materializa en la práctica a través de la prescripción de diferentes deberes y reglas de conducta dentro del iter contractual, se observa que dentro de la etapa precontractual, constituida básicamente por los tratos preliminares, la oferta y la aceptación, se manifiesta en ciertos deberes de conducta. En primer lugar encontramos una clara manifestación del principio de la buena fe en lo que respecta al deber de información, visto como el conjunto de circunstancias que adornan la realidad y muestran de una manera cierta la versión propuesta por la contraparte dentro de las negociaciones. En segundo lugar vemos una manifestación del principio de la buena fe en el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa. En tercer lugar encontramos una concreción del principio ya mencionado en el deber de reserva, en el sentido de cómo debe ser utilizada la información suministrada durante esta etapa.

Creemos que el deber de reserva viene a ser una consecuencia del deber de información, puesto que es en virtud de esta obligación que las partes intercambian antecedentes, los cuales a veces pueden ser de contenido confidencial.

⁴⁰ VISINTINI, GIOVANNA. *Tratado de la responsabilidad civil*, trad: Aida Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, t. I, 1999, p. 367 y 368.

Es por esto que analizaremos primeramente el deber de información en la etapa precontractual, para así poder examinar las distintas manifestaciones del deber de reserva durante esta etapa.

3.2.3. El deber de información.

Por informar el diccionario de la Real Academia Española de la lengua entiende “enterar o dar noticia de algo”. También podemos señalar que informar consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer.

Es entonces el deber de informar o deber de información la obligación correlativa de las partes de poner en conocimiento de la otra de todas las circunstancias y hechos que se requieren para tener un pleno conocimiento de la realidad de las circunstancias sobre las que van a contratar.⁴¹

⁴¹El deber de información es recogido expresamente por el proyecto de Código Europeo de Contratos: “1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. 2. En caso de omitir la información, o declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el artículo 6º, apartado 4º [es decir, “la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes”]. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error” Es decir que para el proyecto de Código Europeo de Contratos la falsa información es un supuesto de responsabilidad precontractual y si el contrato ya ha sido perfeccionado puede impugnarse su validez, pero no por causal autónoma, sino por el tradicional vicio del error.

Se señala que la actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad de las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte.

El deber de informar, en la era de la información, ha adquirido mayor entidad y envergadura. De un deber social, ha pasado a estructurarse como un deber jurídico. En el contrato de compraventa, por ejemplo, tradicionalmente la información exigida al vendedor se refería a aquella vinculada a los vicios ocultos de la cosa. En la actualidad, el deber de información es más extenso e intenso y abarcaría, en principio, toda la información privada en poder del vendedor que pudiese afectar la decisión del comprador. En general, podríamos afirmar que se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento. De ahí que se sostenga que la información debe ser exacta, suficiente y completa.

La intensidad y calibre de la información como deber precontractual dependerá de la clase de negocio o contrato. La satisfacción de dicho deber dependerá de si el acto de disposición de intereses ha sido negociado o si se trata de contratos con cláusulas predispuestas o de negocios que disciplinan relaciones de consumo. Lo cierto es que habrá contratos en donde informar de manera clara, exacta y suficiente es un deber esencial del deudor de la obligación y habrá contratos en donde si bien no es un deber primario, la obligación resulta ser específica o derivada del deber general de comportarse de buena fe en la etapa de formación del contrato, es decir, que las partes contratantes se deben comportar según la buena fe y procurar que no queden fallidas las recíprocas

expectativas. La buena fe es, esencialmente, una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner lo mejor de sí, las mejores energías al servicio de los intereses ajenos.

En cuanto a la extensión del contenido mismo de este deber de información, debemos señalar que este no es definible en términos abstractos, puesto que debe ser en concreto graduada en base a las condiciones personales de las partes y según la naturaleza y objeto del contrato.

Las soluciones que da la ley y las más de las veces la doctrina cuando se viola el deber precontractual de información se pueden resumir en tres tipos de sanciones. En primer lugar dando lugar a la posibilidad de declarar la nulidad del acto de disposición de intereses; en segundo lugar otorgando la facultad de resolver el contrato; y en tercer lugar afectando la duración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento que se concede al consumidor⁴².

La información, pues, tiene por fin contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo, o lo que es lo mismo, a evitar que el consentimiento pueda resultar afectado o viciado. Ahora bien, se podría pensar que la violación del deber precontractual de información supone una ampliación de la teoría general de los vicios del consentimiento, un nuevo juicio de reproche cuando éste es prestado como consecuencia de información defectuosa. Surgiría una nueva obligación de información completa y veraz que incide en la dinámica que debe existir entre la oferta y la aceptación. Algunos señalan que la obligación de informar vendría a complementar, no a sustituir, otros conceptos como el del dolo y el de la buena fe.

⁴² RENGIFO GARCIA, ERNESTO. “El deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación” (en línea)
<http://www.garridorengifo.com/documentos/Deber%20de%20informaci%C3%B3n%20y%20las%20condiciones%20generales%20de%20contrataci%C3%B3n.pdf>. (consulta 05 febrero de 2007)

La trascendencia que esa obligación ha asumido, podría pensarse en elevarla a causal autónoma e independiente dentro de la teoría general de los vicios del consentimiento o verla, desde el punto de vista dogmático, como expresión concreta del deber genérico de comportarse de buena fe. Nosotros estamos por esta segunda alternativa puesto que la ejecución de la prestación de informar resulta ser una de las formas de concreción específica del deber abstracto de actuar de buena fe.

Ahora bien, en cuanto al contrato de trabajo propiamente tal este deber de información en la etapa precontractual lo vemos reflejado en el proceso de oferta de trabajo, y mas específicamente en los procesos de selección de trabajadores, puesto que en muchos casos los trabajadores antes de firmar un contrato, es decir, antes de perfeccionar el contrato, pueden quedar a prueba, debiendo el empleador igualmente entregarles información necesaria para el desempeño de sus funciones.

Como señalamos anteriormente este deber de información es recíproco, por lo que el postulante a ocupar una plaza de trabajo también debe brindarle la información que le solicite el empleador⁴³.

3.2.4 El deber de reserva como emanación del principio de buena fe y del deber de información

⁴³ a este respecto hay que tener presente que existen ciertos límites para el empleador de inmiscuirse en la esfera privada del trabajador, quedando facultado únicamente para solicitar del postulante aquella información que sea relevante para el correcto desempeño de la labor a la que aspira. Todo esto relacionado con la prohibición de no discriminar al trabajador tal como enuncia el artículo 19 N° 16 de la Constitución política de la República.

Como ya señalamos, el deber de reserva deriva del principio de la buena fe, y mas aun, tiene como antecedente directo el deber de información. El deber de reserva por ende lo veremos manifestado en la etapa precontractual en el evento de que los negociantes obtengan información de carácter confidencial de su contraparte. Como hemos recalcado, este deber de reserva al emanar del principio de buena fe podemos ver que su ámbito de aplicación se expande a las tratativas preliminares o negociaciones previas al perfeccionamiento del consentimiento.

Como respuesta y medida de protección al deber de información, definir que abarca el deber de reserva va a depender directamente de que información a la que tengan acceso los negociantes en las tratativas preliminares es la que se entenderá por confidencial.

En lo que respecta al contrato de trabajo, este deber de reserva en la etapa precontractual lo veremos manifestado, al igual que el deber de información, en los procesos de selección de personal, en donde por tener acceso a información reservada de la empresa a la cual postula deberá mantener discreción respecto a esos datos⁴⁴. Esto tendrá gran importancia en el evento que no se alcance a perfeccionar la relación laboral, sea que el trabajador no haya sido encontrado idóneo por parte del empleador o bien porque el mismo trabajador desistió de aceptar el cargo⁴⁵.

- **3.3. Etapa contractual**

⁴⁴ El Código Europeo de Contratos prescribe un deber de reserva que se desarrolla así: "Artículo 8-1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares."

⁴⁵ Respecto a este punto debemos tener presente que una de las manifestaciones del principio de la buena fe en la etapa precontractual es el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa.

Una vez analizado el tema del deber de reserva en la etapa precontractual y siguiendo un orden cronológico de las diversas etapas que constituyen la relación laboral, corresponde el análisis de dicho deber en la etapa contractual.

Es en esta etapa de la relación laboral, en la que el deber de reserva juega un papel más preponderante para el empleador que para el trabajador, debido a los intereses que entran en juego, tal como se demostrará durante el transcurso del presente capítulo.

La etapa contractual es aquella en que ya se encuentra perfeccionado el contrato de trabajo y su existencia, es decir ya hay un acuerdo de voluntades; es desde este momento en que los derechos y deberes de las partes se hacen exigibles mutuamente, es la etapa en que la relación laboral deja de ser una expectativa, transformándose en un hecho cierto.

Es en esta etapa que los empleados deben mantener reserva de la información confidencial que les confían la Compañía o sus clientes, excepto cuando su divulgación esté autorizada por el Departamento Legal o sea requerida por las leyes o las reglamentaciones. La información confidencial incluye toda información no pública que pueda ser de utilidad para los competidores, o perjudicial para la Compañía o sus clientes, si es revelada. También incluye información que los proveedores y clientes nos confiaron. La obligación de preservar la información confidencial continúa incluso después de terminada la relación laboral.

Todos los empleados deben proteger los activos de la Compañía y garantizar su uso eficiente, excepto que la Compañía autorice específicamente el uso de los mismos en otro destino. Los activos de la Compañía deben usarse únicamente para los fines

comerciales y sólo deben ser usados por los empleados o por las personas designadas autorizadas. El robo, descuido y derroche tienen un impacto directo en la rentabilidad de la Compañía.

Por ejemplo los equipos de la Compañía no deben utilizarse para actividades que no sean de la Compañía, aunque se permite el uso personal ocasional.

La obligación de los empleados de proteger los activos de la Compañía incluye la información de propiedad exclusiva de la Compañía. Dicha información incluye la propiedad intelectual como secretos comerciales, patentes, marcas comerciales y derechos de autor, como así también planes comerciales, de marketing y de servicio, ideas de ingeniería y de fabricación, diseños, bases de datos, registros, información salarial y cualquier dato o informe financiero no publicado. El uso o la distribución no autorizada de esta información constituyen una violación a la política de la Compañía, así como también puede ser ilegal y puede dar como resultado sanciones civiles o penales.

Supongamos por ejemplo que un cliente en su primera visita al taller de su concesionario, recibe un servicio de muy buena calidad por parte del mecánico que lo atiende y su auto queda en impecables condiciones, claramente dicho cliente se va con una muy buena impresión del mecánico que lo atendió. En su segunda visita, el trato es exactamente el mismo, de la misma calidad, es decir atención personalizada, cumplimiento estricto de los plazos y su vehículo nuevamente queda en perfecto estado. Sin embargo el mecánico que lo atiende por segunda vez le informa que le ofrece la misma atención, pero a un precio mucho menor y en un recinto reservado sólo para sus

clientes de confianza, lo que, teniendo en consideración las anteriores atenciones parece una oferta que no se puede rechazar bajo ninguna circunstancia.

Esta situación, ya le genera al concesionario y empleador del mecánico, un grave perjuicio, como lo es perder un cliente, y por ende ver afectados sus ingresos.

Supongamos que sucede en el caso de un banco o bien de una empresa, si uno de sus ejecutivos hace uso de la información financiera de los clientes para asesorar a alguien, claramente ese alguien va a tener una ventaja comparativa, respecto de otros individuos e incluso por sobre la empresa a la que se le filtró la información. Este es el riesgo que corren las empresas de cualquier tipo cuando alguno de sus ejecutivos arma su propio negocio o empresa paralela, aprovechando la infraestructura y los contactos que le ofrece su empleador; en estos casos cabe preguntarse qué intereses entran en contradicción cuando un empleado público por ejemplo con facultades para tomar decisiones tiene sus propios negocios.

El problema que se genera, desde este punto de vista, es que los trabajos paralelos para el trabajador, implican un mayor desarrollo económico y realización profesional para él, pero también constituyen un peligro latente para el empleador. Tal es la preocupación por el tema que a los asesores laborales los obliga a estipular lo más detallado posible en los contratos de trabajo, cuáles son las condiciones bajo las que los trabajadores pueden desarrollar actividades económicas en forma paralela. Como por ejemplo, se deberá estipular en los contratos de trabajo, la prohibición de prestar servicios

en forma particular similares a los que ofrecen en su empresa, ya que de lo contrario, algunos profesionales podrían desviar clientes y convertirse rápidamente en su competencia. Lo que si claramente se puede permitir es que desempeñe actividades económicas distintas a su giro, pero fuera de horario de trabajo y preocupándose que nadie haga uso indebido de la infraestructura ni del personal, como por ejemplo utilizar al junior de la oficina en las hora de trabajo exclusivamente en beneficio de sus negocios propios y en desmedro de su empleador.⁴⁶

Es de suma importancia estipular en el contrato de trabajo todas estas condiciones, ya que de otro modo, por mucho que se descubra y compruebe que uno de los empleados desvía clientes hacia su negocio particular, su única forma de hacer cesar la relación laboral, será enfrentarse a un juicio laboral con resultados inciertos, en el mejor de los casos.

Si se probara, por ejemplo, que un empleado tiene una oficina donde ofrece los mismos servicios que su empleador en Chile, el juez podría preguntarse ¿dónde está escrita la prohibición? Si no está, seguro que pierde el caso, aún cuando exista el deber ético por parte del trabajador.

Ahora bien, una vez efectuada una pequeña introducción al tema, ahondaremos en su estudio, analizando que es la información confidencial.

⁴⁶ OBREGÓN CASTRO, PABLO. “Riesgo del trabajo paralelo”. Publicado el 21 de enero de 2003. http://www.paritario.cl/actualidad_trabajo_paralelo.htm. [consulta 22 de enero de 2007]

3.3.1. ¿Qué entendemos por Información Confidencial?

La Real Academia de la Lengua Española define “Confidencial” como “que se hace o se dice en confianza o con seguridad reciproca entre dos o más personas”, y “Confidencialidad” como “la cualidad de confidencial”.

Así, el empresario tiene la libertad de calificar como Confidencial, cualquier documento o información, que a su juicio, influya directa o indirectamente en el desarrollo del negocio: estrategias empresariales, métodos de negocio, documentos contractuales, propiedad intelectual, patentes, desarrollo de nuevos productos, etc.

Esta Información Confidencial ha de gozar de una protección especial, tendente a evitar su filtración, divulgación o difusión a terceros, acciones que pueden causar graves perjuicios a su empresa (imaginemos por ejemplo, que una determinada estrategia empresarial tendente a posicionar en el mercado una determinada empresa, es filtrada y difundida previa y fraudulentamente a la competencia, lo que impide al empresario el posicionamiento deseado).⁴⁷

⁴⁷ GONZALEZ MORENO, MARIA. “La importancia de la protección de la Información corporativa. Los acuerdos o pactos de confidencialidad”. http://www.microsoft.com/spain/empresas/guia_lopd/informacion_confidencial.msp. [Consulta 20 Diciembre 2006]

3.3.2. Requisitos básicos para que una información sea considerada secreto comercial

Si bien es cierto cada legislación de los diferentes países que existen en nuestro globo, puede exigir diversos requisitos para que una información sea considerada como confidencial, sin embargo existen normas generales:

a) La información debe ser secreta (en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión).

b) Debe tener un valor comercial por ser secreta.

c) Debe haber sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por parte de la persona que legítimamente la controla, como por ejemplo, mediante cláusulas de confidencialidad en contratos de empleo, acuerdos de no divulgación, etc.

Entre algunos ejemplos notables de información comercial confidencial protegida como secreto comercial cabe citar la fórmula para fabricar la bebida Coca-Cola y el código fuente de Windows.⁴⁸

3.3.3. Protección de la información confidencial de la empresa

3.3.3.1. Protección interna.

⁴⁸ Ibid

Respecto a la Protección de la Información Confidencial dentro de la propia empresa la ley no hace distinción entre los trabajadores comunes y aquellos que ocupan puestos directivos como gerentes, administradores o directores, aun cuando manejen distinto tipo de información, aunque claramente los que ejercen cargos de dirección manejan información más importante que aquellos.

Se entiende que existe una obligación de confidencialidad y secreto inherente a la relación laboral, incluso cuando no exista una referencia expresa a la misma en el Contrato de Trabajo o no se hayan firmado Acuerdos de Confidencialidad específicos.

Con la firma de estos Acuerdos o Pactos de Confidencialidad, informaremos a los trabajadores de las pautas a seguir en el tratamiento de la Información Confidencial, sus obligaciones y los límites establecidos, pudiendo, con esta medida, reducir algunas prácticas que se dan en el mundo empresarial, como por ejemplo: llevarse las bases de datos o información confidencial o reservada, desarrollos de nuevos productos, etc. en el momento de abandonar el puesto laboral o, en caso contrario, tener un documento que pueda servir como prueba en juicio en el que se manifiesta expresamente la obligación de confidencialidad y secreto, y el conocimiento del trabajador de tal obligación.⁴⁹

Más adelante se tratarán los Pactos de Confidencialidad con más detalle

3.3.3.2. Otros medios de protección interna de la Información Corporativa o Confidencial.

Además del establecimiento de Acuerdos o Pactos de Confidencialidad, la empresa deberá tener establecidos medios técnicos u organizativos que permitan la protección de

⁴⁹ Ibid

la información confidencial independientemente del soporte en el que sea tratada o almacenada.

Así es recomendable establecer las siguientes medidas de protección:

- Limitar el acceso a la información confidencial. Es decir, permitir el acceso a dicha información sólo al personal que por razón de su cargo o funciones es necesario que acceda a dicha información, no permitiendo tal acceso al resto del personal.
- Establecer medidas técnicas que permitan la visualización o tratamiento de información confidencial, como por ejemplo: uso de contraseñas para el acceso a los documentos, criptografía, etc.
- Mantener/Almacenar los documentos confidenciales en soporte papel, en armarios que se encuentren cerrados bajo llave o cajas fuertes, a las que sólo tengan acceso las personas autorizadas.
- Realizar copias de seguridad que eviten la pérdida de información confidencial o sensible en caso de catástrofe, guardando una copia fuera de las instalaciones principales de la empresa.
- Educar a los empleados sobre la política de la empresa relativa a la revelación de información confidencial con definiciones y directrices claras sobre cómo acceder, gestionar, proteger, distribuir, etiquetar y/o divulgar eventualmente una información confidencial.
- Identificar los secretos comerciales y darles prioridad de conformidad con su valor e importancia.

- Asegurarse de que sólo un número limitado de personas conozca la información confidencial de valor para la empresa o tenga acceso a ella, y que quienes están en esta situación sean bien conscientes de que es información confidencial.
- Firmar acuerdos de no divulgación con los asociados comerciales siempre que se les comunique información confidencial.
- Por último, y en relación a la protección de la información confidencial dentro del ámbito interno de la empresa, hay que señalar que en la prestación de determinados servicios se accede a información confidencial de terceros, existiendo de este modo, una obligación específica de confidencialidad con respecto a esa tercera empresa, obligación de confidencialidad que se extiende a los trabajadores que tratan dicha información, y que por tanto, debe quedar expresamente regulada a nivel interno, a fin de evitar posibles responsabilidades derivadas de la negligencia de algún trabajador de la empresa.⁵⁰

3.3.3.3. Protección legal

En nuestra legislación laboral la protección de la información confidencial no ha sido tratada sistemáticamente, sino que se encuentra escondida, por así decirlo en unos pocos artículos del Código del Trabajo, específicamente aquellos que dicen relación con la terminación de la relación laboral.

Tal es la importancia de la regulación de esta materia que la nueva ley 19.996, se ha preocupado de regular la protección de la información confidencial.

⁵⁰ www.milwnaalcaayaga.cl/preguntasfrecuentes.html

Debido a su especialidad y a la forma en que se trata la materia comenzaremos analizando esta nueva ley.

3.3.3.3.1. Ley de propiedad industrial: Ley 19.966

Dicho cuerpo legal fue publicado el 11 de marzo de 2005 en el Diario Oficial, la cual viene a complementar nuestra antigua ley de propiedad industrial.⁵¹

La Ley 19.996 incorpora tres artículos que abordan el tema del secreto empresarial, que es definido, en el texto mencionado, como todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva.

La nueva normativa sobre Propiedad Industrial considera que hay violación de un secreto empresarial cuando existe adquisición ilegítima, divulgación o explotación sin autorización de su titular y la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, a condición de que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar a su titular.⁵²

Si bien algunas de estas conductas podrían implicar responsabilidad penal, la nueva ley dispone de diversas medidas civiles eficaces para la persecución de estas conductas.

⁵¹ Ley 19.030 sobre propiedad industrial

⁵² DIAZ, PAOLA. “Comienza a regir nueva Ley que aumenta protección a propiedad industrial” En Línea. http://www.ceo.cl/609/article-69991.html/#h2_5.

Dicha ley refuerza la observancia de los derechos en ella establecidos, ya que posee un título especial que contempla las acciones civiles que garantizan una eficaz protección de los mismos, tales como la demanda civil de cesación de actos, de indemnización de daños y perjuicios, de medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción, publicación por anuncios de la sentencia a costa del demandado, entre otras y que son aplicables en los casos pertinentes a la violación de secretos empresariales, los que se ejercerá mediante un procedimiento sumario.

Atendiendo la nueva normativa relativa al secreto empresarial, resulta fundamental tomar las medidas pertinentes para mantener la información confidencial absolutamente resguardada.

Cada empresa, organismo o institución debería elaborar un tipo de procedimiento, un reglamento interno que permita mantener la información absolutamente resguardada, de modo que todos los empleados sepan específicamente cómo va a operar, lo que dependerá de las características particulares de cada establecimiento. La ley da una directriz, pero de nada servirá si las empresas no saben aprovechar los beneficios que dicha ley les otorga.

Es por estas razones que deben utilizarse las herramientas que las nuevas normas otorgan y así tratar de disminuir los riesgos existentes, como por ejemplo la contratación de personal estratégico de la empresa por parte de una empresa competidora, fuga de empleados y ejecutivos destacados constituyendo una nueva empresa, espionaje industrial, acceso no autorizado a know-how documentado, compra de know-how a empleados desleales, etc.

La reforma legal citada implica una modificación importante a nuestro sistema regulatorio de la propiedad sobre marcas comerciales, patentes de invención, los modelos

de utilidad, los dibujos y modelos industriales, agregando ahora protección a "los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados", "indicaciones geográficas", "denominaciones de origen" y a lo que nos interesa, los "secretos empresariales".

La ley 19.996 en su artículo en su Artículo 86 define el secreto empresarial como: "Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva". Por su parte el Artículo 87 define la violación del secreto empresarial como: "la adquisición ilegítima del mismo, su divulgación o explotación sin autorización de su titular y la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, a condición de que la violación del secreto haya sido efectuada con animo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar a su titular".

Largo tiempo se ha debatido a nivel de doctrina en qué medida los "secretos empresariales" son susceptibles de protección por la legislación de propiedad industrial, confiriéndole a su titular un verdadero monopolio en el referido secreto sobre producción de bienes o procedimientos industriales, siendo el fundamento de tal protección la competencia leal en el comercio. El Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, ley de la Republica desde 30 de septiembre de 1991, obliga a los Estados miembros a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal, y define la competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". En nuestra legislación de propiedad industrial se protege bajo esta denominación, tanto el secreto industrial (para algunos know-how) como el llamado secreto de gestión o procedimiento.

Como nuestra Ley de Propiedad Industrial no sujetó los secretos industriales a régimen de registro ante el Departamento de Propiedad Industrial, es el propio

empresario o la empresa poseedor o poseedora de un "secreto empresarial" el o la que debe y deberá describirlo y resguardarlo bajo medidas de protección extremas, por ejemplo depositarlo materialmente en una caja de seguridad, otorgarle fecha cierta a dicho acto ante Notario, entre otras medidas de protección, para darle certeza y seguridad. El resguardo de dicha información corresponde exclusivamente a su titular, por lo tanto, el mayor esfuerzo por resguardar tal "secreto empresarial", es decir para mantenerlo en una esfera de privacidad corresponde a su titular, constituyendo por cierto una información estratégica de cada empresa en su giro de negocios.

Cada empresario o empresa deberá, atendida a su realidad, sujetar a pacto o cláusula expresa de reserva o confidencialidad a los ejecutivos o trabajadores que tengan acceso a dicha información y tipificar la conducta prohibida u obligación de no divulgación de tal información reservada a nivel de contratos individuales de trabajo; y hacerla incluso aplicable una vez que el ejecutivo o trabajador deje de formar parte de la empresa.

La nueva regulación de propiedad industrial ha dado al propietario de "Secretos industriales" una tutela legal eficaz para su resguardo o protección, pudiendo a quien se ha aprovechado del secreto ajeno, solicitar la cesación de actos que violen el derecho protegido, la indemnización de daños y perjuicios, la adopción de medidas cautelares para evitar que prosiga la infracción. Se contempla, además, la publicación de la sentencia que condene al infractor en diario a elección del demandante, con el objeto de dar publicidad a terceros en cuanto al autor de las infracciones.

La tutela a los secretos empresariales reviste principal importancia frente a los posibles atentados a la propiedad, en aquellos casos en que ejecutivos principales o clave de una empresa, a quienes el empresario ha confiado sus secretos empresariales en el ámbito de una relación laboral de confianza, ingresen a posteriori a otra empresa de la

competencia y revelan los llamados secretos empresariales de su ex empleador al nuevo, con inmediato y evidente daño y perjuicio a éste. Lógicamente, estas conductas configuran una competencia desleal, toda vez que son actos que desconocen o traicionan los usos y conductas honestas en el comercio, significando además una conducta desleal o abuso de confianza con el ex empleador, que además configura responsabilidad en el ámbito del derecho laboral (causal de terminación de contrato por falta de probidad) y en el ámbito del derecho penal. A nivel de derecho penal, nuestro viejo Código Penal de 1874 tipifica como delito, relativo a la industria y al comercio, en su Artículo 284 "el que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once sueldos vitales".

Lo novedoso es que se ha definido por la Ley de Propiedad Industrial qué se entiende por "secreto empresarial", otorgándole amparo a nivel de derecho de propiedad, con sanciones civiles, laborales y penales, con lo que habrá que estar atento a los procesos de levantamiento de ejecutivos de una empresa a otra y como estos procesos de movilidad laboral no pueden significar la revelación de los llamados secretos empresariales al nuevo empleador, hechos que constituyen actos contrarios a una competencia leal. Esto obligará a los empresarios a tomar reservas y medidas extremas para proteger los secretos empresariales, lo que exige la asesoría de especialistas en estas materias.

3.3.4. Acciones civiles en la nueva ley de propiedad industrial⁵³

⁵³ <http://www.sargent.cl>. "Acciones civiles en la nueva ley de propiedad industrial". Boletín informativo Junio de 2006. [consulta 15 de enero de 2007]

Como ya se mencionó anteriormente, la Ley N° 19.996 que vino a modificar nuestra legislación relativa a la propiedad industrial, estableció las acciones civiles, que podrán ser ejercidas por el afectado en caso de infracción de los derechos de propiedad industrial.

Según un informativo de Junio de 2006 de Sargent & Krahn, se señala que dentro de las modificaciones más importantes de la Ley N° 19.996, es la instauración de acciones civiles que puede ejercer el titular de un derecho de propiedad industrial cuando su derecho se ha visto violado.

Agregan que el nuevo texto legal, en su Artículo 106, expresamente dispone lo siguiente: “El titular cuyo derecho de propiedad industrial sea lesionado podrá demandar civilmente: a) La cesación de los actos que violen el derecho protegido; b) La indemnización de los daños y perjuicios; c) La adopción de las medidas necesarias para que no prosiga la infracción; d) La publicación de la sentencia a costa del demandado, mediante anuncios en un diario a elección del demandante. Esta medida será aplicable cuando la sentencia así lo señale expresamente”.

3.3.4.1. Características⁵⁴

Según expertos de Sargent & Kranh, las principales características de estas acciones son las siguientes:

a) Se ejercen ante un Juez Civil. La ley 19.039, en su texto, sólo se contemplaban como sanción acciones penales por la infracción a los derechos de propiedad industrial, sin perjuicio de las acciones civiles por indemnización de perjuicios que pudiesen

⁵⁴ Ibid

corresponder, entabladas según las reglas generales. La modificación de la nueva ley incorpora en forma expresa la posibilidad de interponer acciones civiles de protección de los derechos de propiedad industrial, con lo que nace una posibilidad paralela y complementaria a las acciones de tipo penal.

b) Su tramitación se sujeta al procedimiento sumario, con lo que se busca una mayor rapidez en la solución del conflicto, al ser más concentrado, esto debido a que los plazos de tramitación son considerablemente menores que el procedimiento ordinario.

c) De la misma manera que en los procedimientos de oposición y nulidad ante el Departamento de Propiedad Industrial, los jueces deben apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica, es decir, la valoración de la prueba no está sujeta a los formalismos del sistema de prueba legal, sino que el juez debe hacer un análisis y valorarla según lo que la lógica y la experiencia le dicten.

d) La acción puede tener por finalidad amparar el derecho lesionado, ya que puede tratar de obtener “la cesación de los actos que violen el derecho protegido” y “la adopción de las medidas necesarias para que no prosiga la infracción”.

e) La nueva ley establece una serie de medidas precautorias, que son complemento de las acciones civiles. Dichas medidas son: “a) La cesación inmediata de los actos que constituyan la presunta infracción; b) El secuestro de los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla; c) El nombramiento de uno o más interventores; d) La prohibición de publicitar o promover, de cualquier manera, los productos motivo de la presunta infracción; y e) La retención de los bienes, dineros o valores que provengan de la venta o comercialización de dichos productos”.

f) Si esta acción se ejerce con el objeto de reclamar perjuicios, la Ley le permite al titular afectado del derecho, para determinar dichos perjuicios elegir entre las reglas generales

contempladas en nuestro ordenamiento jurídico o entre cualquiera de las siguientes reglas:

- i) Las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción;
 - ii) Las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción; o
 - iii) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.
- f) La Ley no exige una intencionalidad especial por parte del infractor de los derechos de propiedad industrial como requisito para interponer dichas acciones civiles, lo que las diferencia de las acciones penales, las cuales hacen una referencia expresa a la malicia del infractor y al uso comercial del derecho infringido.
- g) Finalmente, la acción puede incluir como sanción una medida de publicidad, ya que la sentencia condenatoria puede ser publicada en un diario, si así lo dispone la misma sentencia.

Señalan los expertos de Sargent & Krahn que se trata sin duda de una medida que puede producir un fuerte impacto disuasivo, debido a que opera como una sanción pública para un hecho que, por la naturaleza propia de un juicio civil entre las partes, es en principio de naturaleza privada

En definitiva, señalan los expertos que estas acciones debieran ser una herramienta efectiva para la protección de los derechos de propiedad industrial, sin tener que recurrir obligadamente o como único recurso, al ejercicio de las acciones penales.

3.3.5. Código del Trabajo

En el Código del Trabajo no existe una norma que regule expresamente el deber de reserva, sin embargo debemos recordar que en la relación laboral, tal como lo ha señalado la doctrina existen deberes éticos jurídicos tanto para el empleador como para el trabajador.

Tal como se señaló anteriormente, este deber de fidelidad se protege a través de las normas que regulan las causales de terminación del contrato de trabajo, cuyo incumplimiento trae como sanción la separación del puesto de trabajo sin derecho a indemnización ya que se enumeran una cantidad de causales, las cuales podríamos encasillarlas como violación del deber de reserva.

a) ARTICULO 160 N°1: Se establece como causal de término de relación laboral la “Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobadas”

La probidad es la rectitud y honradez en el obrar, por lo tanto, la falta de probidad es la ausencia de rectitud, de honradez o integridad en el actuar o proceder de una persona, en el desempeño de sus funciones.

Sólo la conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, puede dar lugar a la aplicación de esta causal.

Expresamente, se exige para la procedencia de estas causales, que concurren las condiciones que se indican:

1. Deben ser conductas indebidas.
2. Se requiere que tales conductas sean de carácter grave.
3. Al igual que todas las causales de término de contrato, deben ser debidamente comprobadas.

Claramente la revelación de información confidencial cumple con los requisitos que establece la norma, en razón de que implica una falta de probidad o bien una conducta inmoral grave, ya que como es sabido existe un deber de fidelidad del trabajador hacia el empleador.

b) ARTICULO 160 N° 2: “Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubiere sido prohibida por escrito en el respectivo contrato por el empleador”

Para que sea procedente invocar esta causal, es indispensable, que la prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio, se encuentre consignada por escrito en el contrato de trabajo, pues si en este, no aparece estampada la mencionada prohibición, no procede considerar justificado el despido por haberse efectuado tales negociaciones.

En este caso el trabajador podría utilizar información confidencial, con el objeto de obtener ventajas comparativas con la finalidad de obtener mayores beneficios, en incluso en desmedro de su empleador.

Cuando la prohibición se encuentre consignada en el contrato, producirá efecto tanto dentro como fuera de la empresa, pero si la prohibición solamente se ha establecido en el Reglamento Interno, su ámbito de aplicación es más reducido, ya que sólo produce

efectos dentro de la empresa, sin que se pueda invocar como causal de término de contrato, haciendo procedente las sanciones que se contengan en el mismo Reglamento.

Ahora bien, si el reglamento interno es considerado parte integrante del contrato de trabajo a través de una cláusula que expresamente lo disponga, y contiene la prohibición de efectuar negociaciones relativas al giro del negocio de la empresa, el trabajador que incumpla la prohibición incurre en esta causal.

Esta prohibición que puede consignarse en el contrato, debe referirse únicamente a los trabajos que el dependiente pudiere ejecutar dentro del giro de la empresa, resultando jurídicamente improcedente establecer una cláusula que obligue al trabajador a abstenerse de desempeñar actividad alguna fuera de la empresa en la que presta servicios.

Si al momento de suscribir el contrato, no se estipuló la prohibición a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, no puede unilateralmente el empleador introducir, durante la vigencia del contrato, una cláusula de esta naturaleza, sino que requiere el consentimiento del trabajador para incorporarla, ya que ello implica una modificación del contrato y al tenor del artículo 5° del Código del Trabajo, estos instrumentos pueden ser modificados, por mutuo consentimiento.

Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado lo siguiente "Es legal la modificación de un contrato de trabajo que incorpora la obligación de reserva del dependiente sobre información industrial y comercial de la empleadora, sin embargo, adolece de inconstitucionalidad la prohibición de que el dependiente trabaje para una empleadora distinta y del ámbito de la competencia, luego de expirado su contrato de trabajo y por un plazo de cinco años"⁵⁵.

⁵⁵ Ordinario N° 1300/0059, de 03.04.2001

c) ARTICULO 160 N° 7 “Incumplimiento grave de las obligaciones contractuales”:

Esta es una causal bastante genérica, ya que el contrato de trabajo impone obligaciones a ambas partes, tanto al trabajador como al empleador, por lo que en la medida que se produzca un incumplimiento de tales obligaciones, y pueda ser calificada de grave, se podrá poner término justificadamente al contrato.

Lo que debe entenderse por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, es una cuestión de hecho que debe resolverse caso a caso, sin que se pueda dar una fórmula genérica. En todo caso, la determinación de si el cumplimiento reviste la gravedad suficiente para ser invocada, como causal de término de contrato, es una cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia.

En algunos casos, la gravedad del incumplimiento estará dada por la magnitud de la conducta, en cambio, en otros casos, el hecho en si mismo no será de la gravedad suficiente como para terminar el contrato, sin embargo, la reiteración de la conducta le dará el carácter de grave, como puede ocurrir, con los atrasos reiterados.

Volviendo al tema del contenido ético jurídico, es una obligación del trabajador el deber de fidelidad hacia su empleador.

En síntesis si un trabajador viola el deber de reserva que le impone la relación laboral, podría exponerse a perder su trabajo, ya que como se indicó puede ser despedido invocando cualquiera de la causales antes mencionadas, esto sin perjuicio de las otras sanciones que pueda llevar aparejadas como una indemnización de perjuicios o multas.

3.3.6. El deber de secreto y las cláusulas de confidencialidad en el ámbito laboral

Dentro del ámbito laboral no existe una norma específica que regule el deber de secreto propiamente tal, sin embargo este aspecto suele ser tratado en los Convenios elaborados por las propias empresas.

Tal como se señaló anteriormente la importancia que, en el momento actual, reviste la información que mantiene una organización o entidad dentro del ámbito empresarial, se ha convertido en práctica habitual, como ya se ha expresado, incluir en el contrato de trabajo una cláusula en la que expresamente se especifica la obligación del trabajador de someterse a este deber de reserva o de secreto.

Es tan importante el tema que algunas empresas están optando por formalizar un contrato de confidencialidad específico con sus empleados, paralelo al contrato laboral, contrato que incluso puede ser considerablemente más extenso que el contrato de trabajo mismo.

Es facultativo para el empleador adoptar cualquiera de las dos opciones antes mencionadas, depende del grado de importancia que le da cada uno al tema. Lo que en definitiva importa es que quede regulado al momento en que se inicie la relación laboral y así el empleador pueda quedar protegido ante cualquier fuga de información.

Dentro de la información que se maneja diariamente en una empresa, un porcentaje muy elevado y de gran importancia lo constituyen los datos de carácter personal que son objeto de tratamiento, éstos son titularidad, entre otros, tanto de sus empleados, como de sus clientes, o proveedores. Este supuesto, ha determinado que en el momento de describir las implicaciones relativas a este deber de secreto se enumere de forma detallada el contenido exacto del concepto general de información, por lo que es

recomendable que se efectúe una referencia concreta a esta obligación en relación con los datos de carácter personal.

Después de todo lo expuesto, se concluye que el secreto profesional es una obligación ética que es regulada desde el ámbito legal con el objetivo de tutelar el derecho de las personas al honor y la privacidad.

3.3.7. Cláusula de confidencialidad:

Las cláusulas de confidencialidad son disposiciones particulares dentro de un acto o contrato (en este caso en el contrato de trabajo) por el cual el empleador impone la obligación al trabajador de mantener reserva de cierto tipo de información que es considerada de vital importancia para la empresa, que cuyo incumplimiento puede traer aparejada sanciones que en la misma cláusula o contrato se tipifican.

3.3.7.1. Contenido básico de una Cláusula o Pacto de Confidencialidad.

-Establecer claramente qué se entiende por Información Confidencial. En este sentido, se puede establecer el deber de guardar secreto respecto de toda o determinada información tratada, siendo recomendable huir de referencias genéricas a la confidencialidad, es decir tratar de especificar lo más posible cual es la información considerada como confidencial

-Establecer en forma precisa y clara, cuales son los medios, recursos o información que se pone a disposición del trabajador o empresa externa, determinando la titularidad de la misma.

-Establecer expresamente la obligación de secreto y confidencialidad, el deber de actuar diligentemente en cuanto al acceso, tratamiento, conservación, almacenamiento, transporte, etc., estableciendo que en todos los casos deberán adoptarse todos los medios que protejan y garanticen dicho secreto, y por ende que se evite su pérdida o el acceso a la misma de terceras personas no autorizadas.

-Establecer la obligación de restituir al empleador la información confidencial a la que se ha tenido acceso con ocasión de la relación laboral al momento que termine la relación contractual, estableciendo, igualmente, que a pesar de dicha terminación, la obligación de confidencialidad y secreto permanecerá vigente durante un plazo, el que será establecido por las partes (la práctica habitual en este sentido, es establecer un plazo de 2 años después de finalizada la relación contractual).

-Es de suma importancia, igualmente, informar de las consecuencias que pueden traer en su contra al trabajador o empleado, producto del incumplimiento de dicha obligación de confidencialidad y secreto, esto como una forma de disuadir al trabajador para que no revele la información. Así puede establecerse que la sustracción o revelación de dicha información puede ser constitutivo de un ilícito de naturaleza penal (aplicación de la sanción contenida en Artículo 284 del Código Penal), puede ser objeto de acciones disciplinarias de carácter laboral (amonestación por escrito, despido justificado por aplicación de las causales del Artículo 160 del Código del Trabajo), y por último una sanción civil (Indemnización por daños y perjuicios causados al empleador, entre otras).

-Por último, en los Acuerdos o Pactos de Confidencialidad pueden establecerse todas las especialidades, que por razón de la relación contractual que se establece, sean establecidas por las partes.

Es mucho más común de lo que se piensa el mal uso de la información confidencial y la desviación de clientes por parte de trabajadores y profesionales que tienen sus propios negocios o empresas, pero a espaldas de su empleador.⁵⁶

3.3.7.2. Límites de la Obligación de Confidencialidad y Secreto.

Hay que señalar que la Obligación de Confidencialidad y Secreto queda limitada en aquellos casos en los que, por imperativo legal, la parte obligada sea requerida por un organismo jurisdiccional o administrativo para facilitar determinada información.

En estos casos, deberán ser atendidas aquellas órdenes en las que:

- La obligación de entrega venga determinada de manera concreta en la orden.
- Sea dictada por una administración o juzgado competente.
- Sea firme.

En estos casos, se informará a la otra parte de inmediato sobre el requerimiento recibido, siempre que no exista obligación de guardar secreto sobre el mismo por mandato legal, administrativo o judicial.⁵⁷

3.3.7.3. Modelos de acuerdo de confidencialidad

⁵⁶ GONZALEZ MORENO, MARIA. Op. Cit.

http://www.microsoft.com/spain/empresas/guia_lopd/informacion_confidencial.msp. [Consulta: 20Diciembre 2006]

⁵⁷ Ibid.

Acuerdo de Confidencialidad

Entre los suscritos, por una parte _____, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de _____, _____, identificado con el pasaporte número _____ de _____, actuando en su calidad de Representante de la sociedad _____ (en adelante y para efectos

de este acuerdo el “**DESTINATARIO**”) actualmente en ejercicio de su objeto social, organizada y existente de conformidad con las leyes de _____, con domicilio en _____, _____, y por la otra, _____ mayor de edad, domiciliado en la ciudad de _____ identificado con cédula de ciudadanía número _____ de _____, quien actúa en calidad de Representante Legal de la sociedad _____, (en adelante y para efectos de este acuerdo “**PROPONENTE**”) de conformidad con el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara, organizada y existente de conformidad con las leyes de _____, con domicilio en _____, (conjuntamente el **PROPONENTE** y el **DESTINATARIO** serán denominados para los efectos de este acuerdo la(s) “**PARTE(S)**”) se ha celebrado el siguiente **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD** (en adelante el “**ACUERDO**”), el cual se regirá por lo dispuesto en las siguientes cláusulas.

CONSIDERANDO

1. Que el **PROPONENTE** posee una información secreta que tiene un valor comercial para el desarrollo de negocios de importancia, información que quiere presentar al **DESTINATARIO**.

2- Que el **DESTINATARIO** está interesado en conocer dicha información para establecer contactos con potenciales clientes que eventualmente participarán en el desarrollo de los negocios.

3. Que las partes han acordado realizar este **ACUERDO** con el propósito de establecer los términos, condiciones y obligaciones bajo los cuales deberá ser manejada la información que el **PROPONENTE** pondrá en conocimiento o divulgará al **DESTINATARIO**.

En vista de los considerandos anteriores las **PARTES** del presente **ACUERDO** se comprometen a lo siguiente:

CLÁUSULAS

PRIMERA: DEFINICIONES: Para los efectos del presente **ACUERDO**, el siguiente será el sentido que se le da a los términos que a continuación se indican:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL incluye sin limitación alguna, todas las descripciones, datos, productos, procesos y operaciones, métodos, fórmulas, know-how y cualquier otra información de naturaleza técnica, económica, financiera y de otra naturaleza perteneciente a las operaciones, estrategias, políticas, y manejo de actividades, programas o sistemas de cómputo, software, códigos fuente o códigos objeto, programas o sistemas de cómputo que revele el **PROPONENTE** al **DESTINATARIO** con motivo de su relación de negocios, algoritmos, fórmulas, diagramas, planos, procesos, técnicas, diseños, fotografías, registros, compilaciones, información de clientes o interna de los contratantes y, en general, toda aquella información que esté relacionada con programas, inventos, marcas, patentes, nombres comerciales, secretos industriales, y derechos de propiedad industrial o intelectual, licencias y cualquier otra información oral o escrita que revele el **PROPONENTE** al **DESTINATARIO** dentro del marco de este **ACUERDO**.

Dentro de la **INFORMACIÓN CONFIDENCIAL** no se incluirá: (a) aquello que sea del dominio público, por una razón diferente del incumplimiento a la confidencialidad aquí pactada, (b) que esté en posesión del **DESTINATARIO** y que la haya recibido legítimamente con anterioridad a la celebración de este **ACUERDO**, o (c) que por orden válida de autoridad competente deba revelarse en tal forma que pase al dominio público.

La INFORMACIÓN CONFIDENCIAL no dejará de serlo cuando deba revelarse a cualquier entidad oficial, nacional o internacional, por orden válida de autoridad competente, sin que pierda su calidad de confidencial y reservada.

USUARIO(S) significará(n) cualquier persona que reciba, utilice, distribuya, estudie, organice, y que de cualquier manera tenga acceso a la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL expuesta o entregada por el PROPONENTE.

SEGUNDA: Por medio del presente acuerdo el DESTINATARIO y los USUARIOS se obligan a:

- a. Mantener la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL en secreto y no divulgarla.
- b. Usar la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL únicamente con el propósito de evaluar la información y de ninguna manera para utilizar esta información para llevar a cabo un proyecto igual o similar al presentado por el PROPONENTE.
- c. El DESTINATARIO deberá responder frente al PROPONENTE por la utilización que de la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL hagan sus empleados, agentes, asesores, consultores y funcionarios. Igualmente, tanto el DESTINATARIO como los USUARIOS se comprometen a no utilizar la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL de ninguna manera que pudiere causar perjuicio directo o indirecto al PROPONENTE.

TERCERA: El PROPONENTE no está obligado a revelar al DESTINATARIO ningún otro tipo de

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL, salvo aquella INFORMACIÓN CONFIDENCIAL necesaria para que el DESTINATARIO haga su evaluación del negocio propuesto.

La INFORMACIÓN CONFIDENCIAL no será accesible, copiada, reproducida, distribuida o transmitida por ningún medio conocido o por conocer, en todo o en una parte, sin el previo y escrito consentimiento del PROPONENTE. Todas las personas a las cuales les sea comunicada

la información, deberán ser informadas de su confidencialidad tanto por parte del DESTINATARIO como de los USUARIOS, y quedarán igualmente vinculadas a este ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD como si fueren parte del mismo. Adicionalmente, el DESTINATARIO

mantendrá una lista de los USUARIOS de la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL, que será entregada al PROPONENTE cuando este lo solicite.

En este sentido, el DESTINATARIO se compromete a que cualquier USUARIO antes de tener conocimiento de la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL, deberá suscribir un documento en el cual de manera expresa se acoge a todas y cada una de las manifestaciones establecidas en este ACUERDO.

CUARTA: Tanto el DESTINATARIO como los USUARIOS reconocen por medio de este ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD que no gozan de ningún derecho o licencia en relación con el uso de la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. Asimismo los USUARIOS y el DESTINATARIO se comprometen a que una vez hayan empleado la INFORMACIÓN

CONFIDENCIAL para su evaluación, devolverán al PROPONENTE todos los documentos y medios, en originales y copias que hubieren hecho, en los cuales esté contenida la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. Adicionalmente, se compromete a destruir cualquier documento o medio que contenga INFORMACIÓN CONFIDENCIAL, incluidos aquellos que se hubieren elaborado con dicha INFORMACIÓN CONFIDENCIAL, y enviará constancia escrita de la destrucción al PROPONENTE.

QUINTA: El DESTINATARIO así como sus USUARIOS entienden que el presente ACUERDO no pretende crear ninguna relación contractual, ni de ningún otro tipo, ni obligación alguna más allá de los términos del presente ACUERDO. Igualmente, ninguna de las PARTES será responsable frente a la otra de cualquier decisión, obligación, costos, gastos o cambios en las prácticas del negocio, planes, organización, productos, servicios

en que la otra PARTE haya incurrido como resultado de este ACUERDO o de cualquier intercambio de INFORMACIÓN CONFIDENCIAL.

SEXTA: Las PARTES se comprometen a conceder reciprocidad, en el evento que cualquiera de las PARTES al amparo del presente ACUERDO, proporcione revele o divulgue a la otra PARTE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL, siempre y cuando sea identificada por la PARTE como información de carácter confidencial al momento de ser proporcionada, revelada.

SÉPTIMA: En el evento que cualquiera de las PARTES reciba un requerimiento u orden de revelar en todo o en parte la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL en términos de una resolución válida y efectiva de un tribunal o autoridad competente, la PARTE se obliga a comunicar de inmediato a la otra PARTE la existencia, términos y circunstancias de dicho requerimiento; y a efectuar su mejor esfuerzo para que la autoridad judicial o administrativa le dé un tratamiento de confidencialidad a la INFORMACIÓN CONFIDENCIAL requerida.

OCTAVA: SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PRESENTE ACUERDO Y RESPONSABILIDAD: El incumplimiento del deber de confidencialidad por parte del DESTINATARIO o cualquier USUARIO dará lugar al pago de una multa a favor del PROPONENTE equivalente a la suma de _____, así como al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios que guardan relación causal con el incumplimiento.

NOVENA: El presente ACUERDO tendrá una vigencia de _____ a partir de la fecha de en que las PARTES iniciaron conversaciones para el desarrollo del negocio planteado, término que será prorrogado por un plazo igual al inicialmente pactado, en caso de que cualquiera de las PARTES no de aviso por escrito a la otra PARTE de su voluntad de darlo por terminado, dentro de los treinta (30) días hábiles anteriores a la fecha de terminación.

DÉCIMA: Las obligaciones contenidas en el presente ACUERDO no podrán ser cedidas por cualquiera de las PARTES, sin el previo consentimiento por escrito de la otra PARTE.

DÉCIMA PRIMERA: Para todos los efectos legales, el presente ACUERDO hace parte integral de los respectivos contratos de trabajo, y de servicios suscritos por el DESTINATARIO y por los USUARIOS.

DÉCIMA SEGUNDA: Este ACUERDO, así como las obligaciones entre las PARTES será regido e interpretado de acuerdo con las leyes de Colombia.

EN FE DE LO CUAL, las partes firman el presente ACUERDO en dos ejemplares, el día _____ del mes de _____ del año _____

Por el DESTINATARIO Por el PROPONENTE⁵⁸

3.3.7.4. Tipos de cláusulas de confidencialidad:

1) Confidencialidad. Todo el conocimiento y la información expresamente identificados por la empresa por escrito como «confidencial» a los que el trabajador tenga acceso durante el término de su relación, con referencia al negocio y los productos de la empresa serán mantenidos bajo la más estricta confidencialidad por parte del trabajador y, a excepción hecha del caso en que la empresa expresamente lo autorice por escrito, no serán divulgados ni publicados por el trabajador ni autorizará el trabajador a terceros a divulgarlos o publicarlos.

⁵⁸ <http://www.I-Uris.com/minutas/conf.html>

Lo que se entiende por «información confidencial», a la que se refiere este apartado, no incluye la información que sea o pase a ser de público acceso, siempre y cuando la divulgación de dicha información no sea el resultado de una iniciativa por parte del trabajador.

2) Confidencialidad. A los efectos de cumplir con el objeto del presente contrato, el término confidencialidad de la información comprende cualquier clase de información referente al proyecto relacionado. Dicha información será mantenida en reserva por quien la recibe y no será revelada de ninguna forma, en todo o en parte, a ninguna persona física o jurídica que no sea parte de este contrato.

La empresa se obliga a entregar al trabajador toda la información confidencial o no, relativa al proyecto relacionado que sea necesaria; por su parte, el trabajador se obliga a utilizar dicha información confidencial en forma reservada y será responsable frente a la empresa ante el incumplimiento de esta obligación.

La obligación de mantener la confidencialidad de la información entregada continuará en vigor indefinidamente.

El trabajador se obliga a devolver inmediatamente a la empresa, luego de recibido su requerimiento por escrito, todas las copias de la información confidencial facilitada, o también a requerimiento escrito, destruir totalmente las mencionadas copias. La destrucción de la información confidencial deberá ser confirmada por escrito por el trabajador.

3) En el curso de su trabajo a las órdenes de la empresa tendrá en ocasiones acceso a información secreta y confidencial de la empresa y/o de sus clientes y/o de sus

proveedores y/o de sus asociados y/o de terceros que hayan confiado tal información a la empresa.

El trabajador manifiesta conocer que las informaciones confidenciales a cuyo conocimiento acceda o que genere con motivo de su relación con la empresa forman parte del patrimonio de ésta, de sus clientes y/o de terceros de los cuales es depositario de secreto.

El trabajador afirma saber que el mantenimiento de una absoluta reserva respecto de todas y cada una de estas informaciones constituye una condición esencial de sus relaciones laborales presentes y futuras con la empresa, dando cumplimiento con ello a lo establecido en la legislación vigente, dado que el conocimiento por terceros de dichos secretos perjudicaría a la empresa en el desarrollo de su actividad comercial y/o lo colocaría en falta respecto de su obligación de guarda de secretos hacia los clientes y/o terceros.

En razón de lo anterior, el trabajador se obliga a utilizar toda la información a la que tenga acceso únicamente en el marco de la relación laboral y para el mejor desarrollo de la misma y a preservar los secretos de la empresa, de los clientes y/o de los terceros, manteniéndolos en estricta confidencialidad.

El trabajador debe entender que en este sentido asume una obligación laboral específica, y que en el caso de contravención, dicho incumplimiento podrá ser motivo de sanción, como por ejemplo el despido por causa justificada, incluso pudiéndose generar además en favor del empleador una acción judicial de indemnización por los daños y perjuicios que pudiesen haberle ocasionados a él mismo e incluso a terceros.

El trabajador acepta que por la índole especial de las comunicaciones e informaciones a la que tendrá acceso en el desempeño de su tarea que debe considerar en principio secreta toda la información, por vía escrita, oral o electrónica, a la que acceda o genere en el curso de su relación con este. Particularmente, considerar como informaciones respecto de las cuales existe la obligación de guardar secreto todas aquellas que se refieran a su método de trabajo, a los negocios, a la organización interna de la empresa o de los clientes o de los terceros que le comunicaron secretos en general.

Sin perjuicio de lo estipulado en este convenio, las partes declaran que no existirá obligación de confidencialidad cuando se pruebe que:

- a) La información ya se encontraba en el dominio público al momento de conocerse, producirse o utilizarse, o entró luego en el dominio público sin culpa del trabajador.
- b) La información estaba en el conocimiento del trabajador, sin obligación de guardar confidencialidad, con anterioridad a su relación con la empresa.
- c) La información fue desarrollada o recibida legítimamente de terceros por el trabajador en forma personal y privada, absolutamente independiente de su relación con la empresa.
- d) Publicación en web.

Ambas partes declaran conocer que cualquier revelación de la información confidencial a la que tenga acceso, podrá constituir un ilícito de naturaleza penal, de acuerdo a lo que establece el Código Penal, sujetándose en consecuencia a las sanciones que prevé dicha disposición, haciéndose asimismo responsable de los daños y perjuicios que su actitud pueda ocasionar tanto al trabajador como a la empresa, a los clientes de los mismos o a los terceros propietarios de secretos confiados a la guarda de alguna de las partes.

Las partes se obligan a devolver cualquier documentación, publicación, material o antecedente sustentado en cualquier tipo de soporte que constituya una información confidencial o secreta, en el acto de cesar su relación laboral en razón de cualquier circunstancia.

Las obligaciones derivadas del presente se mantendrán vigentes, aun luego de finalizada la relación entre la empresa y el trabajador y durante los seis meses posteriores a esta finalización.⁵⁹

Comercial xxxxxxxx.

Y

(Razón Social de la Empresa)

En Santiago de Chile, a ____ de _____ de _____ entre Don (nombre del Representante Legal de la Empresa), (Profesión), C.I. x.xxx.xxx –x, representante legal de la Sociedad xxxxxxxxx, del giro de xxxxxxxx, Rut N° xx.xxx.xxx – x, domiciliados ambos en xxxxxxxxxx , en adelante “Prestador de Servicios”, por una parte; y por la otra, Don xxxxxxxxxx, Ingeniero Comercial, C.I. xxxxxxxx quien comparece en representación de xxxxxxxxx S.A., Rut. N° xxxxxxxxx, en adelante “prestador de servicios” domiciliado en xxxxxxxxxx, Comuna de Santiago, se ha acordado el siguiente acuerdo de confidencialidad:

PRIMERO: LA EMPRESA hará entrega de información y documentación comercial y técnica perteneciente a su empresa al "prestador de servicios". Lo anterior tiene por objeto definir un instrumento de apoyo a decisiones estratégicas y tácticas para LA EMPRESA . De este modo, considerando la naturaleza altamente reservada de dicha

⁵⁹ <http://www.consultor.com/entornolaboral/secreto.asp>. [consulta 20 de diciembre de 2006]

documentación e información, y mediante el presente instrumento, las partes acuerdan que toda la información, documentación y antecedentes que LA EMPRESA entregue o haya entregado al " prestador de servicios " y que éste reciba directa o indirectamente, y que diga relación con sus actividades comerciales y el objeto del estudio o prueba de rendimiento, deberán ser consideradas como Información Confidencial (entiéndase por confidencial todo lo que se dice en confianza o con seguridad recíproca entre las partes, y en el caso de los documentos, a todo documento, a no ser que expresamente contenga la palabra "PÚBLICO", en cada una de sus páginas).

La Información Confidencial incluye entre otras materias:

- (i) Información escrita, gráfica, computacional, electrónica o de cualquier otra especie referente a la historia, operaciones, ventas, marketing, aspectos legales y la situación financiera y económica de LA EMPRESA, incluyendo documentos, archivos, estados financieros, información contable, contratos, informes, memorandos y cualquier otra información relacionada con las partes o sus filiales que operan en Chile, esté o no especificada como confidencial;
- (ii) Toda información comunicada oralmente por LA EMPRESA al Proveedor, y a sus directores, ejecutivos, trabajadores, operarios, agentes o representantes;
- (iii) Todo material, muestra, fórmula, proceso, sistema, patente de invención, modelo de utilidad, software, archivo computacional, etc.; y
- (iv) Toda otra información no contemplada en los numerandos anteriores, y que en definitiva pueda ser útil para la competencia, ya sea directa o indirecta de LA EMPRESA.

En virtud de lo anterior, y con respecto a la Información Confidencial, el "prestador de servicios" se compromete a lo siguiente:

1.- Los documentos que deban entregarse con ocasión del presente acuerdo de confidencialidad solamente podrán extenderse en fotocopias. De esta manera, queda totalmente prohibido enviar o retirar documentos originales.

2.- Tener bajo custodia todos y cada uno de los documentos, CDs, disquetes, cintas magnéticas, e-mail u otros medios físicos o electrónicos de intercambio de Información Confidencial, o documentos relativos al presente acuerdo, que hubieren recibido de LA EMPRESA. La custodia mencionada supone que ellos se guardarán reservadamente, a la cual solamente tendrán acceso aquellas personas que sirven en cargos de exclusiva confianza y que se aluden en el numeral tres siguiente. Para los efectos de la custodia de la Información Confidencial, el "prestador de servicios" responderá de culpa levísima, de acuerdo a los términos del Artículo 44 del Código Civil.

3.- El "prestador de servicios" se obliga a que la Información Confidencial sólo será conocida y utilizada por él en forma personal, personas que ocupen cargos gerenciales o ejecutivos, jefes de proyecto, o por ciertos y determinados empleados de ésta. Es la intención de las partes que la documentación e información entregada no sea conocida por la gran mayoría de los trabajadores del Proveedor, sino que sólo por los ejecutivos y funcionarios de las calidades antes aludidas

Si el Proveedor quisiere involucrar a otros trabajadores o asesores en el conocimiento y análisis de la Información Confidencial entregada por LA EMPRESA, requerirá autorización expresa y por escrito, en forma previa de ésta. Dicha autorización podrá darse por cualquier medio escrito incluyéndose el fax, telegrama, correos, correo electrónico y otros. En dicho caso, los nuevos trabajadores o asesores del Proveedor que tengan acceso a la Información Confidencial, quedarán sujetos a las mismas normas que dispone el presente Acuerdo de Confidencialidad

El "prestador de servicios" se hace responsable del cumplimiento de la obligación asumida en esta cláusula. respecto a sus ejecutivos, gerentes, jefes de proyecto, trabajadores, asesores y dependientes en general, por lo que en este acto se constituye como responsable de una promesa de hecho ajeno por tales obligaciones. A mayor abundamiento, el Proveedor se obliga a incorporar en los contratos de trabajo que suscriba con dichas personas y en los acuerdos que regulen sus relaciones profesionales, la obligación de reserva de las mismas con respecto a la Información Confidencial a la que puedan tener acceso

4.- Las partes aceptan que la Información Confidencial entregada por LA EMPRESA será considerada como secreto industrial y comercial de relevancia para el desarrollo de su giro, esté o no amparado en sistemas registrales de propiedad intelectual o industrial. De esta manera, ninguna podrá atribuirse para sí (o para sus respectivos empleados), procesos industriales, marcas comerciales y otras cosas incorpóras susceptibles de someterse al registro de propiedades intelectuales o industriales, que hayan conocido con ocasión de la ejecución del presente acuerdo, hasta por lo menos dos años después de la expiración del presente acuerdo.

La prohibición antes mencionada supone que ninguna de las partes podrá intentar inscribir a su nombre, como registro de propiedad intelectual o industrial, alguna de las cosas incorpóras que lleguen a su conocimiento con ocasión de la ejecución del presente acuerdo.

5.- El "prestador de servicios", incluyendo a los socios, ejecutivos, empleados y personas relacionadas directa o indirectamente con éstas, se abstendrá de copiar cualquier

documento, divulgar o hacer uso de cualquier información, que haya obtenido de LA EMPRESA.

6.- El "prestador de servicios" se compromete a dar aviso por escrito sin tardanza a LA EMPRESA, en caso de enterarse de cualquier apropiación indebida, divulgación o uso no autorizados de la Información Confidencial por cualquier persona, y a tomar las medidas solicitadas dentro de lo razonable por la parte que revela la información para restringir, reducir o remediar de otro modo la apropiación, divulgación o uso indebidos de esa información.

SEGUNDO: En el evento que las partes lleguen a un acuerdo en virtud del cual el "prestador de servicios" continúe prestando servicios profesionales a LA EMPRESA, tendrá derecho a retener los documentos intercambiados y a utilizar la información obtenida, pero sólo en el ámbito del acuerdo o contrato definitivo.

En el evento que las partes terminen su relación comercial, el "prestador de servicios" deberán restituir todos los antecedentes que hayan recibido de LA EMPRESA, dentro del plazo de 15 días hábiles después de solicitados por ésta. En este evento, no podrán divulgar siquiera el hecho de haber negociado acuerdos de cualquier naturaleza, salvo mediante autorización escrita de LA EMPRESA. En consecuencia, la obligación de reserva se mantendrá vigente en forma indefinida. (Esta obligación de reserva se mantendrá vigente hasta un plazo de 2 años contados desde la terminación de los servicios.)

TERCERO: Las restricciones de uso y revelación de la información no serán aplicables a aquella parte de la Información Confidencial que:

- a) Estaba legalmente en posesión del "prestador de servicios" antes del momento de su revelación por parte de LA EMPRESA. A la fecha de la revelación, la información ya era de dominio público.

Si el "prestador de servicios" o sus representantes fueren requerido por un tribunal de justicia o por una autoridad gubernamental, en forma legalmente obligatoria, y por escrito, para revelar la existencia y/o contenido de este acuerdo o del material confidencial, el "prestador de servicios" deberá informar por escrito a LA EMPRESA, dentro del tercer día del requerimiento, a fin de que éste último pueda adoptar las medias correctivas o de defensa que sean pertinentes. Si finalmente el "prestador de servicios" estuviere legalmente obligado a entregar información considerada como Información Confidencial, según los términos del presente acuerdo, se obliga a entregar única y exclusivamente la información mínima que por Ley está obligado a proporcionar, o que la justicia determine específicamente.

CUARTO: El presente acuerdo tendrá un plazo de duración indefinida y empezará a regir desde el momento en que el "prestador de servicios" haya recibido información, documentación y antecedentes de LA EMPRESA.

QUINTO: El presente acuerdo terminará por una cualquiera de las siguientes causales:

- a) Por común consentimiento de las partes y respetando lo indicado en la cláusula Segunda precedente, segundo párrafo.
- b) Por el uso indebido o por infracción a cualquiera de las normas contenidas en el presente acuerdo, como asimismo, por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que surgen del presente acuerdo. En este caso se dará por terminado el contrato ipso facto y de pleno derecho, debiendo LA EMPRESA enviar una carta

certificada al "prestador de servicios", al domicilio señalado en la comparecencia, comunicando el hecho de la terminación de pleno derecho del presente acuerdo y solicitando se dé cumplimiento a la obligación de restitución de la información y documentación entregada, de acuerdo a lo establecido en la cláusula Segunda precedente.

c) Concluirá asimismo el acuerdo por la concurrencia de una cualquiera de las causales establecidas en la ley.

El "prestador de servicios" se obliga a indemnizar y mantener indemne a LA EMPRESA de todo daño que le cause a ésta su incumplimiento o el de sus trabajadores, ejecutivos, gerentes, asesores, empleados o dependientes en general, respecto a las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo de Confidencialidad.

SEXTO: Por un periodo de un año contados desde esta fecha, las partes se obligan a no contratar para efecto alguno, ni iniciar o mantener contactos, salvo en el curso ordinario de sus negocios, con los ejecutivos, asesores, directores o empleados de la otra, o de alguna de sus subsidiarias, a menos que cuenten con su autorización expresa.

SÉPTIMO: Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre las partes con respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este acuerdo o cualquier otro motivo será sometida a Arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje vigente del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe al árbitro arbitrador de entre los integrantes del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. En contra de las resoluciones del arbitrador no procederá recurso alguno, por lo que las

partes renuncian expresamente a ellos. El árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y/o jurisdicción.

OCTAVO: El presente acuerdo se otorga en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada parte, el cual también deberá custodiarse, igual que todos los documentos sujetos al mismo.

3.3.8. El deber de reserva en la administración pública

A diferencia del sector privado, el sector público ha tratado de forma mucho más profunda el tema del deber de reserva, debido al interés social que representa, tal como se demostrará a continuación.

De conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los organismos que la componen se encuentran al servicio de la comunidad, debiendo atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Asimismo, deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación y la interferencia de funciones.

Por otra parte, todos los Servicios Públicos tienen el deber de colaborar con la acción de los Tribunales de Justicia, cuando éstos así lo requieran en el sentido que las Unidades Operativas deben poner a disposición de los Tribunales la información que posean sobre los contribuyentes que aquéllos les soliciten, salvo que la ley haya conferido a tales antecedentes el carácter de "secretos" o "reservados", casos en los cuales no podrán entregarla excepto cuando otra norma legal, en forma expresa, así lo haya dispuesto para el caso particular.

El Estatuto Administrativo⁶⁰, en el Artículo 55°, letra h), obliga a los funcionarios a "Guardar secreto de los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales".

De acuerdo a esta norma, no procede entregar a terceros ajenos al Servicio la información relacionada con antecedentes que tengan el carácter de reservados por mandato legal, de reglamento o por instrucciones especiales, o bien que revistan el carácter de reservados por "su naturaleza".

Aclarando lo anterior, se debe entender que un antecedente tendrá el carácter de "reservado por su naturaleza", cuando la exigencia de mantener la reserva del mismo no provenga directamente de la ley, del reglamento, o de instrucciones especiales, sino que por la esencia de su contenido se desprenda que existen razones de utilidad y conveniencia para mantenerlo al resguardo del conocimiento de terceras personas.

d) La infracción del deber de reserva se encuentra sancionada por el Código Tributario en su Artículo 101° N° 5, con suspensión del empleo de hasta por dos meses o hasta con la destitución del cargo del funcionario infractor, atendida la gravedad de la falta. La reincidencia en la falta es sancionada con la destitución.

e) Sin perjuicio de lo anterior, si en la configuración de la infracción apareciere ánimo doloso, el Código Penal, en su Artículo 246°, sanciona al empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, con las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien ambas conjuntamente.

⁶⁰ Contemplado en la ley 18.834 de la Republica

Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Por otra parte, el Artículo 247° del mismo cuerpo legal, sanciona al empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular los descubriere con perjuicio de éste, con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

3.3.9. Excepciones al deber de reserva

Debe tenerse presente que a pesar de la amplitud que el legislador ha conferido al deber de reserva que aquí se analiza, la propia ley ha tenido la necesidad de contemplar situaciones en que dicho deber debe ceder su fuerza por razones de superior interés social.

Todas estas situaciones se amparan bajo una ley expresa que ha autorizado a ciertos órganos públicos, y en determinadas circunstancias a adquirir conocimiento sobre determinadas materias que están amparadas bajo el deber de reserva y, consecuentemente, impone a los diversos organismos públicos que dicha información debe ser revelada.

A continuación se señalan algunas normas que hacen excepción al deber de reserva y que justifican las solicitudes de información secreta o confidencial.

a) El inciso tercero del Artículo 35° del Código tributario, dispone que el deber de reserva no obsta al examen de las declaraciones por los Jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o

información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuestos, sobre alimentos, y en los procesos sobre delitos comunes.

b) Artículos 54° y 55°, D.F.L. N° 1, de 1993, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo con los cuales los funcionarios del Servicio deben proporcionar, en la forma más expedita y rápida los informes, copias de instrumentos y datos que se les soliciten, como asimismo, prestar con la oportunidad y prontitud debida la cooperación que les requiera el Consejo de Defensa del Estado.

c) Artículo 4°, Ley 19.479, que autoriza al Servicio de Impuestos Internos para entregar información de contribuyentes al Director Nacional de Aduanas, cuando éste la requiera para cumplir las labores fiscalizadoras encomendadas a ese Servicio.

En estos casos será aplicable a los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas el artículo 35, inciso segundo, del Código Tributario, respecto de la información de que tomen conocimiento en virtud del inciso anterior

d) Además, se exceptúa del deber de reserva las investigaciones de antecedentes que sean necesarios en las gestiones de cobranza ejecutiva de las obligaciones tributarias, respecto de las cuales el Artículo 168° inciso tercero del Código dispone: "El Servicio de Tesorerías, a través de los funcionarios que designe nominativamente el Tesorero General, tendrá acceso, para el solo objeto de determinar los bienes del contribuyente, a todas las declaraciones de impuestos que haya formulado el contribuyente, como, asimismo, a todos los demás antecedentes que obren en poder del Servicio de Impuestos Internos, siendo aplicables en este caso la obligación y sanciones que este Código impone a los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, en relación al secreto de la documentación del contribuyente."

f) Artículo 49° del Código del Trabajo, en virtud de la cual corresponde determinar el capital propio del empleador invertido en la empresa y así calcular el monto de la utilidad líquida que deberá servir de base para el pago de las gratificaciones legales, antecedente, que debe comunicar al Juzgado del Trabajo o a la Dirección del Trabajo cuando éstos lo soliciten.

Asimismo, el Servicio deberá otorgar certificaciones en igual sentido a los empleadores, sindicatos de trabajadores o delegados del personal, cuando ellos así lo requieran.

g) Artículos 20° y 21°, Ley 17.374, Orgánica de la Dirección de Estadísticas y Censos, de acuerdo con los cuales, debe entregarse la información, datos o antecedentes que el Instituto Nacional de Estadísticas solicite acerca de hechos que por su naturaleza y finalidad tengan relación con la formación de estadísticas oficiales.

h) Artículo 33° inciso sexto Ley 18.409, de acuerdo con el cual procede entregar al Fondo Nacional de Salud los antecedentes que permitan a dicho Organismo determinar los ingresos mensuales de sus afiliados y que éste solicite.

h) Artículo 9°, Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso, según el cual "Los Organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por la Cámara o por organismo internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquellos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados."

"Los informes o antecedentes solicitados que revistan el carácter de secretos o reservados por su naturaleza o por disposición especial que no tenga fuerza de ley, serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del Ministerio del que dependan o mediante el cual se encuentre vinculado con el gobierno, manteniéndose los

respectivos documentos en reserva. Si tales informes y antecedentes fueren secretos, por comprometer la seguridad nacional, afectar la actividad económica o financiera del país, o por otro motivo justificado, el Ministro sólo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre."

i) Artículo 16º, Ley 19.366, párrafo seis, letra a) faculta al Ministerio Público requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades que sean objeto de la investigación, debiendo bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizadas o facultadas para operar en los mercados financieros, de valores y seguros cambiarios, proporcionarlos en el más breve plazo”.

j) Artículo 9º Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, la que en su inciso segundo establece que el Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de servicios o funcionarios los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponde.

Complementando lo anterior, el inciso final de la misma disposición estipula que las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Contraloría General la información o antecedentes que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto.

k) Artículo 9º, Ley N° 19.287, sobre Fondos Solidarios de Créditos Universitarios, cuyo inciso primero es el siguiente: "El Administrador General del Fondo de cada institución podrá verificar la información suministrada por los deudores con todos los antecedentes de que dispongan el Servicio de Impuestos Internos, las instituciones previsionales, empleadores y demás organismos públicos y privados, todos los cuales estarán obligados a proporcionar dichos antecedentes...".

l) De conformidad con la letra b) del Artículo 4 de la Ley 18.455 sobre Bebidas Alcohólicas y Vinagres, el Servicio Agrícola y Ganadero deberá velar por el cumplimiento de dicha ley, pudiendo requerir para tales efectos la intervención de otras autoridades las que, en conformidad a sus respectivas facultades, deberán prestarle toda la colaboración que aquél les solicite.

En especial, el Servicio Agrícola y Ganadero podrá exigir antecedentes que sean necesarios para la fiscalización del cumplimiento del mencionado cuerpo legal en relación a la producción, elaboración, envasado, guarda, comercialización, importación, exportación y transporte de productos.

m) Artículo 53 Ley 18.840, Orgánica del Banco Central, de acuerdo con el cual el Banco deberá compilar y publicar, oportunamente, las principales estadísticas macroeconómicas nacionales, incluyendo aquellas de carácter monetario y cambiario, de balanza de pagos y las cuentas nacionales u otros sistemas globales de contabilidad económica y social.

Para los efectos previstos en dicha norma, el Consejo deberá establecer, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial, la naturaleza, contenido y periodicidad de la información que dará a conocer.

Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo aludido, el Banco estará facultado para exigir a los diversos servicios o reparticiones de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y, en general, al sector público, la información que estime necesaria.

3.3.10. Sanciones a la violación del deber de reserva

Nuestro Código Penal, expresamente establece diversas sanciones en caso de que los empleados públicos cometan actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones o en razón de su cargo.

Dichas sanciones se encuentran establecidas en el libro II, título v denominado “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”

En el tema que nos atañe, la norma antes mencionada en su número 8 denominado “Violación de Secretos”, expresa en el artículo 246 del Código Penal que, “El empleado público que revelare los secretos que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y que no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte sueldos vitales o bien ambas conjuntamente.

Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa veintiuno a treinta sueldos vitales”

Por su parte el Artículo 247 del mismo cuerpo legal agrega que “El empleado público que, sabiendo por razón de sus cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de este, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.

Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ellas se les hubiere confiado”

Además, se sanciona el cohecho, consagrado en el Artículo 248 de dicho código el que expresa que “El empleado publico que por dativa o promesa cometiere alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este titulo, además de las penas señaladas para ellos, incurrirá en las de inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio y multa de la mitad al tanto de la dativa o promesa aceptada”

Al respecto debemos recordar aquel caso emblemático, por el cual se produjo una filtración de la información confidencial del Banco Central a manos de una empresa privada, más conocido como el caso INVERLINK.

El miércoles 29 de enero de 2003 el Presidente del Banco Central en ese entonces don Carlos Massad detectó irregularidades en su correo electrónico, lo cual lo hizo alertar a la Gerencia de Informática.

En una rápida investigación, se detecta que una persona distinta del Presidente estaba utilizando su cuenta de correo electrónico para enviar mensajes a su cuenta personal, para luego reenviarlos a terceros fuera del Banco Central.

Se constata que dicha persona es la Srta. Pamela Andrada, segunda secretaria de señor Carlos Massad. Frente a esta situación el señor Massad encarga al Gerente General

hacerse cargo del tema, con expresas instrucciones de adoptar las medidas correspondientes.

Durante la investigación interna llevada a cabo, se interroga a la Srta. Andrada y ella reconoce su participación en los hechos antes señalados, proporcionando diversos antecedentes al respecto. El mismo se le notifica que se pone fin a su contrato de trabajo, por incumplimiento grave de diversas disposiciones normativas y del propio contrato.

Con las pruebas que hasta ese momento se habían reunido, el Gerente General, junto con la Fiscalía del Banco, llegaron a la conclusión que correspondía al Banco Central presentar ante los Tribunales de Justicia querrela por los delitos relacionados con la divulgación de información de carácter reservado.

Opinión unánime fue interponer querrela con la máxima urgencia. La querrela quedó presentada al día subsiguiente en la mañana siendo ratificada al día siguiente a primera hora. Ese mismo día se informó a la Superintendencia de Valores y Seguros para los efectos legales correspondientes, ya que la información reservada se entregaba a Enzo Bertinelli, quien en ese entonces se desempeñaba como Gerente General de Inverlink Corredores de Bolsa S.A., empresa fiscalizada por esa Superintendencia.

El Consejo del Banco, tomó conocimiento formalmente de todos los antecedentes reunidos respecto de la sustracción de información reservada que afectó al Banco, del estado del proceso penal iniciado al efecto, y encargó al Gerente General del mismo que propusiese las medidas destinadas a complementar las normas y procedimientos que rigen en materia de información.

Al respecto el Banco comprobó y evaluó la gravedad de los hechos que lo afectaron, adoptó las acciones que legalmente le correspondían y puso los antecedentes a disposición de los Tribunales, únicos organismos competentes para investigar delitos y aplicar sanciones.

Posteriormente el Consejo acordó solicitar la designación de un Ministro en Visita para que se avoque exclusivamente a la sustanciación de este proceso, por considerar que la actuación de los Tribunales de Justicia constituye la mejor garantía de transparencia frente a la situación ocurrida. Así como informar a la Comisión de Hacienda del Senado acerca de los acontecimientos ocurridos y de las medidas adoptadas.

La querrela del Banco Central de Chile se interpuso en contra de la ex funcionaria Pamela Andrada Díaz; de Enzo Bertinelli, Gerente General y representante legal de Inverlink Corredores de Bolsa S.A., empresa que integra el conglomerado económico del mismo nombre; y en contra de todos aquellos que resulten responsables, en carácter de autores, cómplices o encubridores.

Según se indicaba en la querrela, Pamela Andrada transmitió información reservada del Banco Central de Chile al correo electrónico de Bertinelli y, para ello, previamente accedía al computador del Presidente del Banco en los momentos en que éste no se encontraba en su oficina. En otras ocasiones accedía al computador del Presidente y transmitía información de la naturaleza indicada al ubicado en su puesto de trabajo y desde allí la divulgaba a Enzo Bertinelli.

- La querrela se fundamenta en la trasgresión de las normas del artículo 247 bis del Código Penal, relativo al uso indebido de información reservada por parte del empleado

público; artículo 248 bis del Código Penal, sobre cohecho, en el caso de Pamela Andrada; y del artículo 250 del Código Penal, sobre soborno, en el caso de Enzo Bertinelli.

Además, la querrela se basa en los Artículos 2° y 4° de la ley 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática.

Con el mérito de los antecedentes reunidos, los Tribunales de Justicia decidieron someter a proceso a Pamela Andrada como autora de los delitos de cohecho previsto en el artículo 248 bis del Código Penal y de infracción al Artículo 4° de la ley 19.223, antes citada, y a Enzo Bertinelli como autor de los delitos de soborno de que trata el artículo 250 del Código Penal e infracción del artículo 2° de la ley 19.223, sobre figuras penales relativas a la informática.

El Pleno de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago acogió la petición planteada por el Banco Central de Chile y acordó designar Ministro en Visita Extraordinaria para que sustancie este proceso.

- La investigación judicial, una vez establecidos los delitos antedichos y la participación que en ellos correspondió a los procesados Andrada y Bertinelli, se ha centrado fundamentalmente, en el uso que pudo haberse dado a esta información reservada en el interior del conglomerado Inverlink, dada la posición relevante que ocupaba en éste el procesado Bertinelli.

Además se hizo parte en la causa en carácter de querellante, el Consejo de Defensa del Estado; la Superintendencia de Valores y Seguros interpuso querrela basada en la contravención de las normas aplicables a la información privilegiada, a que se refiere el Artículo 60 de la Ley de Mercado de Valores.⁶¹

⁶¹ ⁶¹ Fuente: Informe del Consejo del Banco Central de Chile sobre sustracción de información reservada

CAPÍTULO IV

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR FRENTE AL EMPLEADOR

Previo al análisis del tema que nos convoca, correspondiente al derecho de intimidad de los trabajadores como tema central del presente capítulo. Es necesario comenzar su estudio desde lo que son sus raíces u orígenes, como en forma pormenorizada también su real contenido y el debido reconocimiento y protección que la misma sociedad organizada le atribuye.

- 4.1. Los Derechos Fundamentales

La generalidad de las personas y organismos, entienden que estos derechos son inherentes a la persona, y que se encuentran reconocidos de forma legal y protegidos mediante todo un sistema procesal. Y que le pertenecen a todos los seres humanos dotados del status de personas o ciudadanos con capacidad de obrar. Pero pese a que se encuentran en su mayoría internalizados en la mentalidad de las personas, no existe dentro del ordenamiento jurídico nacional, una definición clara de lo que se entiende por Derechos Fundamentales.

Por su parte, la Constitución Política de la República señala en su artículo 5° inciso 2° *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Y es en el artículo 19°, que presenta una serie de derechos, los que de alguna u otra forma deben ser

considerados de modo ejemplar y de una manera abierta, admitiendo que nuevos derechos fundamentales se incorporen al mismo, debiendo ajustarse a las nuevas realidades políticas y culturales de nuestro país.

Hoy en día, la doctrina constitucional es conteste en considerar a los derechos fundamentales como: “Todos aquellos derechos que emanan de la naturales humana, y que corresponde exactamente a los denominados, en otro ámbito, derechos humanos. Pasando a ser derechos subjetivos que vinculan a los poderes públicos y les obliga a garantizar su pacífico ejercicio por quienes son sus titulares”.⁶² En otras palabras, existe definitivamente un reconocimiento generalizado, tanto expresa como implícitamente (en ciertos casos), que marca las pautas para lograr una verdadera convivencia de las personas dentro de un grupo social, como lo es la sociedad chilena.

La concepción que se tiene de los derechos humanos, cada día ha ido ampliándose hasta el punto de llegar a considerarse tres generaciones de derechos, así:

4.1.1. Los derechos humanos de primera generación:

Denominados así por ser los primeros en ser reivindicados, en la historia del hombre.

Corresponden a este grupo, los derechos democráticos, civiles y políticos. Los cuales se deben ejercer sin ningún tipo de limitación, siendo ésta condición sine qua non para la participación ciudadana en la tomo de decisiones, relacionadas con la dirección del país.

⁶² UGARTE, JOSE LUIS; Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003.

4.1.2. Derechos humanos de segunda generación:

Ellos son los derechos económicos, sociales y culturales. Los que sólo fueron reconocidos y aplicados luego de la Declaración Universal de 1948.

4.1.3. Derechos humanos de tercera generación:

Aludiendo con esto, a los “derechos de conservación de la sociedad”, siendo de esta forma los derechos de la Solidaridad, ya que buscan preservar la integridad del ente colectivo. Donde existen en forma destacada: el derecho a un medio ambiente sano, a la paz y al desarrollo de todos los pueblos y para las generaciones futuras.

El gran paso de universalización de los Derechos Humanos, se logra en la Asamblea General de Naciones Unidas de fecha de Abril de 2006, donde se decidió la constitución del Consejo de Derechos Humanos, cuya labor se basa en principios de universalidad, imparcialidad y diálogo internacional, “para así impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos y sociales”.

Siendo las Constituciones en general, muy cuidadosas en permitir el despliegue de los derechos de las personas sin que se vean obstaculizados en su ejercicio más que en los casos indispensables que lo exija el bien común.⁶³

Constitucionalmente se ha clasificado los derechos fundamentales en dos grandes grupos: los Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y los Derechos Económicos y Sociales por otro. Los derechos estrictamente relacionados con los personajes

⁶³ SOTO KLOSS, Suspensión y restricción, nociones claves para la debida defensa de los derechos fundamentales. Departamento de Derecho Público. Universidad de Chile.

protagonistas de éste cuerpo (como es el ámbito laboral) corresponden a los segundos, mientras que los llamados derechos fundamentales generalmente pertenecen al primero de los grupos. Los derechos económicos y sociales son aquellos que permiten a la persona alcanzar un nivel de vida más digno, ya que buscan mejorar las condiciones materiales de vida y lograr una igualdad material entre los hombres.

Por lo tanto, los derechos fundamentales laborales y los que no tienen un carácter netamente laboral, tienen plena vigencia en el contrato de trabajo. Y es por esto que la violación de estos derechos requiere necesariamente la actuación del Estado, para promover la protección de los mismos, en conformidad con el mandato constitucional.

La protección que se le ha dado a los derechos en el ordenamiento jurídico, se ve reflejada en la idea que los ciudadanos pueden ejercitar estos de manera directa, lo que bien suele denominarse “eficacia directa”, junto con tener el carácter de horizontal; lo cual implica que el lesionado puede recurrir a la jurisdicción constitucional en busca del amparo de sus derechos fundamentales contra un acto de terceros.

Bien así lo expresa el artículo 19° número 26 de la Carta Fundamental, que señala que: *“La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías constitucionales que ésta establece o que las limiten en los casos que autoriza, no podrá afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*. Sobre esta misma base, el profesor José Luis Ugarte y la doctrina en general dicen que el ejercicio de esto sólo se ha visto obstaculizado en casos, en que ha sido indispensable para proteger el bien común. Es decir, que para que éstos derechos tengan una plena vigencia, es necesaria la existencia de condiciones que posibiliten su ejercicio, lo que implica un rol activo del Estado, y por

otro lado, un reconocimiento efectivo de éstos junto con garantías reales que permitan su eficacia. Sabido es, que los derechos económicos y sociales han sido reconocidos por la comunidad internacional a través de diversos instrumentos, como lo son La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pero pese a ello, el reconocimiento dado por estos tratados se refiere sólo a que asegura su existencia y no necesariamente su realización plena, por lo que cada Estado parte debe entregar medios suficientes para hacer efectivos estos derechos.

A este respecto, el profesor Humberto Nogueira señala: *el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante erga omnes, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección, la que en algunos países se encuentra restringida sólo a las relaciones entre particulares y Estado.*⁶⁴

Importante es destacar que nuestro ordenamiento jurídico, además de los procedimientos ordinarios, cuenta con una vía procesal especial y cualificada para la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, y que específicamente corresponde a la llamada Acción de Protección; con la que se busca el restablecimiento en el goce del derecho violentado. La cual es de carácter general, por lo que, la agresión de los derechos fundamentales no tiene distinción entre actos que provengan de la autoridad pública y la que realicen los particulares, ya sean personas jurídicas o naturales. Es por eso, que determinadas conductas se ven limitadas por conceptos como “orden público, moral y buenas costumbres”, la cuales sólo son

⁶⁴ Nogueira Alcalá, Humberto; Dogmática Constitucional; Talca, Ed. Universitaria de Talca; 1997, pág. 145.

prohibiciones para no agredir la esfera particular de las personas ni los intereses colectivos de la sociedad, evitando así la ocurrencia de una colisión de derechos.

Sin perjuicio de la existencia del señalado medio de protección, en la práctica la acción ha resultado inútil e insuficiente para la protección que se ha pretendido, sobre todo, en lo que respecta en materia laboral, ya que de alguna u otra forma se ha producido un alejamiento de los principios propios del Derecho en general y por sobre todo del Derecho del Trabajo, y del rol compensador a favor del contratante más débil. Lo que se ha producido fundamentalmente por la falta de una especialización del proceso laboral. Pero de todas maneras es en la propia Constitución donde existen normas propias del Derecho Laboral, las que se encuentran garantizadas por la acción de protección. A estos derechos establecidos constitucionalmente en doctrina, se les conoce con el nombre de “derechos fundamentales específicos del trabajador o derechos fundamentales laborizados”.

“Así mismo, por su parte, la jurisprudencia administrativa, emanada de la Dirección del Trabajo, ha señalado que “mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas” (Dictamen N°297/14, de 11.01.96).⁶⁵

⁶⁵ UGARTE, JOSE LUIS; Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003.

Junto con expresar ciertos derechos a nivel constitucional, el Derecho del Trabajo tiene diferentes elementos que lo avalan como protector de los derechos fundamentales. Ejemplo de esto se puede señalar uno de los principios inspiradores del Derecho Laboral como lo es el Principio Protector o Tutelar, que dice relación con que el Derecho del Trabajo no debe inspirarse en un propósito de igualdad, sino de “tutelar a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador”.

Debido a que la Constitución y los Tratados Internacionales reconocen los derechos fundamentales a todas las personas, y que además tienen eficacia general en toda relación de carácter laboral. No es necesaria su incorporación legal para que tengan validez, pero con motivo de dar una seguridad jurídica, ha sido necesario redactar leyes especialmente concernientes al tema. Para ya de una vez, combatir eficazmente la violación de los derechos fundamentales de las partes en la relación laboral deben tener claro cuáles son estos derechos, principalmente debe hacerlo el trabajador, ya que éste se encuentra en la posición menos ventajosa. El trabajador debe entender que posee derechos que le son inalienables y que le son suyos por el sólo hecho de ser persona y que escapan del vínculo meramente contractual, pero que se incluyen en el contrato en virtud de los derechos que emanan de la naturaleza humana y que no pueden separarse, sino que se interrelacionan con los demás vínculos jurídicos que la persona realiza.

Según la opinión de José Luís Ugarte, “la vigencia o no de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo constituye un excelente observatorio jurídico para comprobar el tipo de eficacia de estos derechos, en las relaciones entre particulares, así como la medida e intensidad de dicha eficacia”⁶⁶. Es así como la ley cumple con la función de advertir a la sociedad que alguna determinada conducta configura un ilícito

⁶⁶ UGARTE, JOSE LUIS; Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social; Montevideo, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003; Informa Nacional de Chile; pág. 4

laboral, pero con la salvedad que no establecen ninguna sanción específica para el caso de violación o vulneración de los derechos fundamentales.

La relación laboral se ve reflejada en el contrato de trabajo, en el cual confluyen todos los derechos y obligaciones de las partes, y es por esto que hay que distinguir, por un lado entre el contenido ético-jurídico; que se refiere a los derechos y obligaciones que buscan proteger bienes jurídicos de carácter ético. Y por el otro, el contenido patrimonial; que viene representado por los intereses económicos de las partes, éste es el que conduce a contratar a las partes, la una con la otra.

En lo que dice relación con los mecanismos jurídicos de protección de los derechos propios de la relación laboral. La doctrina laboralista de nuestro ordenamiento presenta un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva, lo que se expresa, precisamente, en la falta de causas procesales idóneos y específicos. La falta de tutela judicial, se manifiesta tanto por la falta de tutela constitucional como por la falta de tutela por vía especial, ya que ésta última como se ha dicho anteriormente, se ha mostrado ineficaz e insuficiente.

Según la profesora Irene Rojas; no se puede afirmar la existencia de una nueva etapa en el Derecho del Trabajo respecto de nuestro ordenamiento jurídico, pero que efectivamente nos encontramos a mitad de camino, dado que se han verificado serios avances en el reconocimiento de los derechos aludidos dentro de la relación de trabajo, por lo que son escasos los medios de vigilancia y control judicial de los mismos.⁶⁷

⁶⁷ ROJAS MIÑO, IRENE; op.cit; pág.188.

- **4.2. De los derechos fundamentales, de intimidad y privacidad; precisión nocial**

-
A cada miembro de un grupo social, se le reconocen varios de los derechos que por esencia le pertenecen, y dentro de este grupo encontramos el derecho de intimidad. El que será materia de análisis dentro del presente capítulo, ya que, en relación a la persona del trabajador es probablemente el derecho de contenido más complejo y de unas implicancias más amplias.

Aún, cuando la construcción formal del derecho, como derecho subjetivo sea un logro relativamente reciente, la idea de intimidad (ese anhelo del ser humano por proteger y esconder “lo más propio y autónomo”), ha sido una constante latente de una manera u otra a lo largo de toda la historia del hombre. A través del tiempo, que se han podido apreciar notables avances y retrocesos no menos significativos, que muestran la falta de precisión en la elaboración del concepto de intimidad –más un anhelo fáctico que una realidad jurídica-, al punto de quedar excluido del contenido de las primeras Cartas de Derechos Humanos surgidas en el inicio de la Edad Contemporánea

Pero ante tal situación, cabe preguntarse *¿Por qué es necesaria una regulación jurídica que proteja la intimidad?*

Eduardo Meins señala que la respuesta no es otra que, si bien el hombre es un ser que por sus limitaciones individuales y su capacidad de comunicación precisa de la vida en relación, posee también una esfera de vida íntima, propia y familiar, respecto de la

cual es soberano para decidir si la comparte o no con los demás, ámbito que debe ser respetado como algo inviolable.⁶⁸

De un análisis, resulta por unanimidad fijar el origen de la concepción actual del derecho a la intimidad en la doctrina y en la jurisprudencia Americana de finales del siglo XIX. En concreto, la aportación fundamental se sitúa en el trabajo conocido como: *Right to Privacy* publicado en el año 1890 en la *Harvard Law Review* por Samuel Warren y Louis Brandeis. Estos autores ya advertían en su exposición, de cómo los inventos y avances de la técnica podían entrañar un serio riesgo para las libertades del individuo, y en concreto para su ámbito más íntimo; “Se están descendiendo en todas las direcciones los límites más obvios de la corrección y de la decencia. El chismorreo ya no es recurso de los ociosos y depravados, sino que se han convertido en un oficio desempeñado con tanta diligencia como descaró”.⁶⁹

A partir de tan evidentes argumentos, surgió la convicción relativa a la necesidad de un verdadero y autónomo derecho fundamental a la intimidad de las personas. Pero como resulta fácil colegir, en la época en que se sucedían estos hechos, el “peligro” frente al cual se desarrollaba, no era la informática (o avances de la revolución tecnológica) al contrario, antes el objetivo pasaba por buscar un sistema de protección en defensa de la intimidad de la persona frente a la incipiente y descarada actividad desarrollada por la prensa.

Por tal razón, resulta preciso colegir que el derecho de intimidad clásico está constituido sobre unos cimientos “preinformáticos”, que a pesar, de las reelaboraciones

⁶⁸ MEINS OLIVARES, EDUARDO; “Derecho a la intimidad y a la honra en Chile, en Revista Ius et Praxis (Talca, Chile); Año 6; N° 1; 2000; pág.303

⁶⁹ WARREN, S. Y Brandeis, L.: El derecho a la Intimidad, Madrid (civitas), 1995,pág. 73

llevadas a cabo a lo largo del siglo XX, en ciertos aspectos han sido superados y que hacen surgir nuevos conceptos y nuevas necesidades de protección de la persona frente a unos avances de la técnica en particular y de las concepciones sociales en general, los cuales forzaron a un serio replanteamiento de la cuestión. En el siglo XX, los primeros textos de Derecho en reconocer la “privacidad” serán las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, en especial, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que habla de “vida privada”, expresión que se repetirá en el artículo 17 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en los incisos 2° y 3° del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos del Hombre de San José de Costa Rica de 1969.

A partir de este antecedente normativo internacional, los países en el período de post-guerra comenzarán a incorporar el derecho a la intimidad a sus cartas constitucionales, así por ejemplo ocurrirá con Venezuela, Bolivia, Ecuador, Egipto, España, Chile.

El reciente reconocimiento del derecho de intimidad, no se producirá, sin embargo, en los países que, quizás, más han aportado a su desarrollo conceptual tales como Estados Unidos, Alemania, Italia y Francia. Dicha circunstancia, será superada ya sea por la elaboración doctrinaria o bien por la elaboración jurisprudencial.

No resulta particularmente fácil, proponer algún concepto de intimidad y tratar de establecer la limitación de éste, debido fundamentalmente a las diversas concepciones que se tienen del concepto en distintos países y entre las mismas personas. Pero la principal dificultad para determinar el concepto de intimidad radica en que no estamos ante un concepto hermético, sino que abierto a las circunstancias del tiempo y el espacio

en que se inserta, se trata de un concepto mutable que ha visto condicionada su configuración por el constante desarrollo tecnológico.

4.2.1. Que se entiende por derecho a la Intimidad:

*“La intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona (el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo); la privacidad por otro lado, constituye un conjunto, más amplio, más global de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, puede carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.*⁷⁰

Para la Real Academia Española de la Lengua, intimidad es la *zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*. Para algunos escritores doctrinarios ésta es una definición incompleta, debiendo abarcar más ámbitos de la vida. Para otros, el derecho a la intimidad se entiende; “como el derecho a la vida privada, usualmente se traduce, para el destinatario de la norma correlativa, en un simple deber de abstención, cuyas formas básicas son la prohibición de la intrusión y la prohibición de la indiscreción”.

⁷⁰ Exposición de motivos de la LO 5/1992, de 29 de octubre de 1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Por esta misma acepción se decanta el Tribunal Constitucional cuando afirma que “la protección dispensada por el art. 18 CE alcanza tanto a la intimidad personal stricto sensu, integrada por diversos componentes (intimidad corporal, vida sexual...), como a otros determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo, como por ejemplo los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales”.

El derecho a la vida privada, admite ser considerado como el derecho a decidir autónomamente, es decir, sin sujeción a normas estatales, un cierto ámbito de nuestras acciones y nuestras relaciones personales. Esta concepción invoca el derecho a la vida privada como garantía frente a la pretensión del Estado de definir normativamente el comportamiento de los ciudadanos en este ámbito.

En términos generales, se pretende establecer que la dignidad humana es el fundamento del derecho a la intimidad, el que nunca puede ser invocado contra el principio de libre desarrollo de la personalidad; así se puede entender, que la acción más perjudicial para el individuo es la pretensión del Estado de “protegerlo” de sí mismo o de imponerle por la fuerza patrones de moralidad.

Es en numerosas ocasiones, en que las palabras intimidad y privacidad han sido usadas como sinónimos. Cuando ambos conceptos se refieren a realidades distintas y presentan matices netamente diferentes. Resulta por tanto, necesario precisarlos.

Desde tal punto crucial, el Derecho ha asumido la necesidad de la existencia de ese ámbito reservado y privado, preservado de la curiosidad del mundo exterior. Como un requisito absolutamente imprescindible, para el desarrollo de la personalidad humana, y en consecuencia, ha reconocido un derecho subjetivo a la intimidad, proclamado junto con el honor y la propia imagen.

Debido a las acepciones tradicionales del derecho a la intimidad comenzó a cobrar fuerza el uso de la palabra “privacidad”, para así referirse a una realidad relacionada con perfiles y matices diferentes. La palabra privacidad alude principalmente a la idea de confidencialidad, control y reserva.

La doctrina nacional, para poner fin al problema de la determinación conceptual, le otorga a ambas expresiones un mismo sentido, entendiendo que se refieren al mismo objeto jurídico de protección. Novoa señala; “No se advierte la necesidad de hacer una diferenciación entre lo privado y lo íntimo”⁷¹, y para Cea el artículo 19, número 4 de la Constitución Política de la República; que habla expresamente de “vida privada”, busca “asegurar el derecho a la intimidad”.⁷²

Por otro lado, la doctrina internacional diferencia claramente los dos términos objeto de análisis “La intimidad sería el superlativo de lo privado y alude a los más recóndito e intrínseco de la persona, por ser lo más interno e inexpresable del hombre, apunta a una zona más sagrada, la naturaleza humana.. La privacidad (por el contrario), oculta un espectro más amplio, como fenómeno que sólo tiene lugar en condiciones de modernidad, es decir, cuando el orden tradicional comienza a disolverse...”. El culto a la vida privada aparecerá, como una suerte de utopía individualista ahora que las utopías colectivas han hecho crisis. Y ese espacio individual es justamente cuanto tratará de proteger el nuevo concepto de privacidad.

De esta manera, la intimidad queda referida a una dimensión negativa (*status negativae*) y se agota con la repulsa de aquellas intromisiones en la esfera más privada que toda persona quiere preservar (y tiene derecho a hacerlo) del conocimiento ajeno; la privacidad por el contrario, abarcaría un ámbito más amplio, una dimensión positiva (*status positivae*) en forma de facultad del sujeto para controlar el flujo de informaciones relativas a la propia persona, las cuales, si conocidas por otro, pudieran afectarle de variadas formas mermando su capacidad de actuación.

⁷¹ NOVOA, E. Op. cit. N° 4. P. 47

⁷² CEA, J. L.. El Derecho Constitucional a la Intimidad. Revista Gaceta Jurídica N° 194. Editorial Conosur. 1996.

4.2.2. La intimidad y su protección:

Para poder establecer un mecanismo de protección, es primordial determinar previamente donde se sitúa el umbral de lo íntimo. El órgano aplicador del derecho debe tomar en cuenta el siguiente elemento: si el conocimiento por extraños del hecho o aspecto de la vida a que se refiere el problema, suscita en el afectado “turbación moral”, por afectarse sus sentimientos “de recato y pudor”, entonces debe entenderse como integrante de su intimidad. En otros términos, en los casos difíciles de determinación hay que utilizar una suerte de evaluación de riesgo moral: “si el acceso por extraños o terceros a dicho hecho o aspecto de la vida, cuyo carácter íntimo está en duda, genera perturbación afectiva en el titular, entonces, dicho hecho o aspecto está dentro de la frontera de lo íntimo. Ésta perturbación moral, debe ser medida según el criterio de sujeto tipo o medio, como si a cualquier persona normal, atendida la concepción ética dominante en la sociedad acerca del recato y pudor, la invasión a dicha zona de la vida le hubiere producido una perturbación moral o afectiva.”⁷³

En ese sentido, la determinación de lo íntimo queda más bien entregada a un criterio mixto: por una parte, objetivo en cuanto a los núcleos positivos y negativos de la intimidad, y subjetivo en cuanto a la zona de duda o de penumbra, donde debe atenderse a cada situación y cada sujeto para determinar la extensión de lo privado, sin perjuicio de que en éste último caso no debe atenderse a la mera opinión del afectado, sino que debe

⁷³⁷³ UGARTE, JOSE LUIS; Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003.

operarse con un criterio tipo o estándar como, por ejemplo, al que alude el Código Civil cuando habla del “hombre ordinario que cuida sus negocios”.⁷⁴

Así es pues, como en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos varias normas reguladoras, es decir:

La Constitución Política de Chile de 1980 asegura el derecho a la intimidad y a la privacidad en dos numerales continuos del artículo 19, el 4° y 5°, que establece lo siguiente: 19°: *La Constitución asegura a todas las personas...* N° 4: *El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia;* N° 5: *La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley.*

Dicho reconocimiento constitucional, se contrapone con ciertas e importantes garantías fundamentales del empleador como:

- El derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad (artículo 19 N° 21 y N° 24 de la Constitución Política de la República). Sin embargo, el ejercicio de dichas garantías está limitado por las garantías fundamentales de los trabajadores, y dentro de ellas, por el *derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la privacidad y honra del trabajador y su familia* (artículos 19 N° 2 y N° 4 de la Constitución Política de la República), y la prohibición de cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos (artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República). De todas maneras, es posible efectuar distinciones basadas en la

⁷⁴ UGARTE, JOSE LUIS; Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003.

nacionalidad o límites de edad a través de leyes que así lo señalen, o bien efectuar distinción en razón de la capacidad o idoneidad personal para realizar determinados trabajos.

A lo anterior cabe agregar, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta 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 (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República).

En el marco descrito, podemos sostener que el sistema chileno establece restricciones al poder del empresario, de obtener información sobre el trabajador al que contrata en sentido positivo, esto es, limitando las indagaciones a hechos o circunstancias estrictamente relevantes para la valoración de las aptitudes profesionales del trabajador.

Dentro de las normas de rango legal, y en la línea de la evaluación de las aptitudes del postulante al empleo, los artículos 185 y 186 del Código del Trabajo prescriben que para trabajar en las industrias o faenas peligrosas e insalubres, los trabajadores necesitarán un certificado médico de aptitud. Ahora bien, los elementos básicos para identificar tales industrias o faenas peligrosas o insalubres los encontramos en el Decreto Supremo N° 594, de 29 de abril de 2000, del Ministerio de Salud.

Siempre dentro de la evaluación de aptitudes del postulante al empleo, el artículo 2°, inciso 4°, del Código del Trabajo, señala que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminatorias. Este precepto es la concreción de la norma constitucional

recién anotada. Agrega su inciso 5° que son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso 3° de la misma norma (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social).

Por su parte, el artículo 5° del Código del Trabajo, en el inciso 1° incorporado por la ley N° 19.759, establece 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.

En concordancia con la norma precedente, evocamos el artículo 154 bis del mismo cuerpo legal, incorporado por la ley N° 19.759, y que establece 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. Con todo, esta norma sólo está referida a relaciones laborales ya constituidas.

Bajo estos criterios normativos generales, de recién consagración legislativa, deberá determinarse en cada caso particular, si con sus indagaciones al momento de contratar a un trabajador, el empleador ha ido más allá de investigar su capacidad y aptitud profesional para desarrollar la labor de que se trata.

Si en algún caso el postulante considera vulnerado su derecho a la intimidad, podrá ejercer la acción de protección que se contempla en el artículo 20° de la Constitución

Política del Estado, la que tiene por objeto obtener de la Corte de Apelaciones respectiva la adopción de medidas inmediatas para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Si lo que se pretende es la indemnización de los perjuicios que esta situación pueda acarrear al sujeto, será necesario ejercer las acciones ordinarias que el sistema jurídico contempla.

Más allá del marco constitucional y legal, es posible encontrar pautas de acción que están siendo aplicadas por organismos que realizan exámenes preocupacionales, sea en el marco de la prevención de riesgos en el trabajo o bien de un modo general, para definir aptitudes y capacidades de postulantes a empleos específicos.

En el caso de la Asociación Chilena de Seguridad, mutualidad de empleadores administradora del seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, cuyo Servicio de Exámenes Preventivos ha normado procedimientos sobre utilización de resultados de exámenes de aptitud laboral en dos ámbitos específicos: drogas y VIH.

Esta normativa nacional, tiene como complemento diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos; así, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su artículo 12: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques.* Disposiciones similares se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14 y 17.

En similares términos la Convención de Derechos del Niño protege la intimidad y la privacidad de éste en su artículo 16, en simetría con lo dispuesto en la Declaración Universal y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 12 y 17 respectivamente, aunque además introduce un artículo especial, el 40.2 b, VII que asegura:

Los Estados partes garantizarán... que a todo niño que alegue que ha infringido esas leyes, se le garantice... que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

En el ámbito americano, la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica también establece un artículo referente a la intimidad y privacidad: Artículo 11: *Toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Estos derechos a la intimidad tienen el carácter de derecho de “ejecución inmediata” (self executing), en él contenida asegurado por el derecho internacional convencional de los derechos humanos.

En definitiva, no proteger la intimidad se transformaría en dejar sin ningún tipo de protección a la libertad humana, ya que tanto las instituciones como los particulares constantemente se involucrarían en el ámbito íntimo de cada persona, sin dejar siquiera un espacio para el desarrollo y protección de lo más personal y privado.

4.2.3. Derecho a la Intimidad y el Derecho Laboral en particular:

En términos del derecho laboral a este respecto, la legislación nacional es simple, ya que no existen disposiciones jurídicas expresas dirigidas a regular el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Pero previamente conviene preguntarse, ¿si tiene algún sentido jurídico hablar de un derecho a la intimidad del trabajador frente al empleador, y en caso que así fuera, qué importancia tendría dicho derecho en el ámbito laboral que lo distinga del resto de los ámbitos de la vida social?.

El profesor José Luíz Ugarte señala que existe el llamado “Efecto Horizontal del Derecho”, aludiendo a la idea, que si los derechos constitucionales son exigibles entre ciudadanos particulares, como por ejemplo, entre el trabajador y el empleador, o sólo corresponden a derechos que el ciudadano tiene para oponer frente a la acción del Estado.

La respuesta que hoy parece dominar en el mundo del derecho comparado, es conocida como la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, y que como explica Von Munich, la jurisprudencia y la doctrina constitucional y civil alemanas entienden; como la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado, y cuyo origen histórico proviene, paradójicamente, de la justicia laboral.

Dicha idea se ha expandido rápidamente a otras culturas jurídicas distintas de la germana, y como bien se entiende los derechos fundamentales rigen inmediatamente

como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente informan a los derechos de los ciudadanos ante el poder público, sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado.⁷⁵

En Chile, tal como lo señaláramos en otra oportunidad, la doctrina también ha sido recepcionada, sin que haga referencia explícita a la *Drittwirkung* alemana, bajo la denominación del *principio de vinculación directa de la Constitución*, la que según algunos escritores consiste en “la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución”, agregando además, que esos derechos reconocidos en el artículo 19° de la Constitución, son absolutos “porque ese respeto puede reclamarse indeterminada a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera”.

Por todo lo señalado, los derechos fundamentales tienen plena vigencia en las relaciones jurídicas entre particulares, cuyo efecto Horizontal, permite sostener la existencia de derechos, como el de Intimidad en una relación laboral, donde su titular pasa a ser el trabajador.⁷⁶

4.2.4. La peculiaridad de la relación laboral:

Aquí cabe preguntarse, *¿Cual es la razón específica por la cual este tema de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral deba ser objeto de algún*

⁷⁵ UGARTE, JOSE LUIS; El derecho a la intimidad y la relación laboral, (E n línea)

⁷⁶ UGARTE, JOSE LUIS; El derecho a la intimidad y la relación laboral, (E n línea)

grado particular de preocupación distinto del común de las relaciones entre particulares?

La respuesta apunta a destacar el hecho de que la relación laboral posee un elemento absolutamente particular, respecto del resto de las relaciones de carácter privado: “El grado de Subordinación y Dependencia por parte del trabajador en relación con su empleador, esto es, el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular”. A este poder se le denomina, “potestad jurídica de mando” o “poder de dirección”, y que tiene como correlato jurídico “el deber de obediencia” del trabajador.

Dicho de otra manera, la plena inserción de los derechos fundamentales en este caso de la intimidad, en la relación laboral se constituye en un escenario oscuro, ya que por una parte, un soporte jurídico normativo constitucional, formado 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, cuestión que justificaría un análisis especial de este tipo de derechos fundamentales dentro o al interior de esta especialísima relación jurídica.⁷⁷

Entonces el gran dilema, es cómo combinar el derecho de intimidad del trabajador y la potestad de mando del empleador; la pronta respuesta que se puede presentar, es que, dicho derecho con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido,

⁷⁷ UGARTE, JOSE LUIS; El derecho a la intimidad y la relación laboral, (E n línea)

afectado o limitado, sino sólo por la existencia de otro derecho de igual rango, o por expresa disposición legal que así lo determine, pese a que en nuestro cuerpo constitucional se señala, en el artículo 19° N° 26: No puede afectarse en “su esencia” el derecho de que se trate.

Así el poder de dirección o las facultades del empleador, ya sea que deriven de la ley o del contrato de trabajo respectivo, y aún cuando, se entienda que tiene su fundamento último en el derecho de propiedad, que de igual forma tiene rango constitucional, necesariamente debe someter su ejercicio al respeto de esa esfera personal del trabajador a la que terceros no deben tener acceso, conocida como privacidad o intimidad.

Pero para poder distinguir entre los tipos de relaciones laborales que se establecen, es indispensable señalar que entre Estado/ciudadano, hay una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales.⁷⁸

De este modo, el efecto categórico de la vigencia de los derechos fundamentales frente al Estado, se relativiza cuando dichos derechos se ejercen frente a otro particular dentro de una relación jurídica, sobre la base de una eventual colisión de derechos fundamentales.

La consecuencia de esta vigencia relativa o “matizada” de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, específicamente en la relación laboral,

⁷⁸ UGARTE, JOSE LUIS; El derecho a la intimidad y la relación laboral, (E n línea)

permite la aplicación de ciertas restricciones respecto de éstos, que en otras circunstancias serían inaplicables, pero fundamentadas por sobre todo en la colisión de los derechos fundamentales..

En nuestro país, ha sido la Dirección del Trabajo, la que se ha preocupado de controlar tal situación, *de sopesamiento de los derechos fundamentales, en una relación laboral..* Y a manera de ejemplo; frente a la consulta de una empresa minera por la legalidad de los exámenes antidrogas, señaló que “la solución al 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 de los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución”.⁷⁹

A modo de esquematización, cabe señalar la idea planteada por el profesor José Luis Ugarte; que las medidas hasta ahora existentes para poder controlar de alguna manera, la problemática del balanceo y ponderación de los derechos dentro de una relación laboral. Son las siguientes:

- Considerar que existe un derecho a la intimidad plenamente vigente en la relación laboral, cuyo titular es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.
- La vigencia de dicho derecho fundamental a la intimidad, dotado de efecto horizontal, debe ser “matizada” dentro de la relación laboral, frente a los derechos constitucionales del empleador, con los que puedan entrar en colisión, como son los derechos de propiedad, la libre contratación y la libertad económica.
- Dicho matiz, que no viene dado por la estructura normativa del derecho, sino por la modalidad de vigencia que adoptan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, importa una tarea de ponderación de derechos en juego o competencia, la

⁷⁹ Dictamen N° 8.273/335, 1995. De la Dirección del Trabajo.

que se matizará en diversas operaciones de “balanceo o sopeso” entre la intimidad y los derechos económicos del empleador.

- El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular, no pueden ser afectados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea corresponde al órgano aplicador del derecho, solo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia, en este caso, entre la intimidad del trabajador y los derechos económicos del empleador.

Finalmente, la doctrina señala a fin de solucionar tal tensión, que existen dos dimensiones que analizar: una dimensión de descarte y la otra de equilibrio.

En la primera, no existe en rigor, sopesamiento que efectuar, ya que se trata de aquellas zonas de la vida del trabajador donde la colisión de los derechos no se produce o produciéndose, está tajantemente resuelta a favor de una de las partes de la relación laboral. En el caso de la intimidad, hay ciertos aspectos de la vida del trabajador que no es legítimo que el empleador conozca en ninguna circunstancia de una relación laboral normal, comprendiendo entre otros aspectos; los hábitos personales, el origen racial, las ideologías, las actuaciones políticas, y por ello, siempre la balanza deberá inclinarse a favor del derecho a la intimidad, quedando de actuación descartado la preeminencia de los derechos del empleador.

En sentido opuesto, la dimensión de descarte a favor de los derechos del empleador, dice relación con aquellos aspectos de la vida del trabajador que, en principio, indudable y legítimamente pueden ser conocidos por el empleador, y que escapan de la protección normativa del derecho a la intimidad, tales como:

individualización del trabajador, datos referidos a su aptitud o actuación personal para el cargo, forma de desarrollar los servicios convenidos, experiencia anterior, cumplimiento de deberes militares, etc..

En medio de estas zonas de preeminencia categórica de la intimidad, por una parte, o del poder de dirección del empleador, por otra, existe una “zona problemática”, donde se plantea de frente y de modo más crudo la colisión entre la intimidad y el poder de dirección de las partes de la relación laboral, y donde se exige de modo más imperativo en “balanceo y sopesamiento” de los derechos, para lograr un punto de equilibrio que solucione satisfactoriamente el problema de ponderación.

4.2.5. Control de la actuación laboral:

Dentro de la antes ya señalada zona de descarte, pero a favor de los derechos del empleador, correspondiente al control y vigilancia que el empleador puede efectuar de la forma y modo en que el trabajador cumple con la obligación de prestar los servicios convenidos, ya que en este punto, la intimidad del trabajador no puede ser, en principio, un obstáculo relevante para que el empleador vigile y evalúe los resultados derivados de los contratos de trabajo que ha suscrito, ya sea que dicho control se efectúe por medio de equipos de video, de audio, o simplemente de la observancia directa.

4.2.5.1. ¿Pero cuando es que se traspasa el límite del ejercicio del derecho de control?

La respuesta es difícil, ya que si bien puede existir rápida coincidencia en sostener que el límite lo establece el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador o formular similares, dicho acuerdo sólo es posible a cambio de una vaguedad semántica demasiado acentuada.

En lo concreto, y prescindiendo de la ardua tarea de determinar límites efectivos a la potestad de control de la actuación laboral, tan legitimada en la doctrina nacional como en la extranjera, cabe señalar que el derecho comparado no muestra excesiva preocupación por la materia. De hecho sólo en el Estatuto de los Trabajadores de Italia se prohíbe el uso de instalaciones audiovisuales, con fines de control a distancia de la actividad de los trabajadores.

En Chile, la única referencia jurídica al tema, se encuentra en un dictamen de la Dirección del Trabajo⁸⁰, que se pronunció acerca de la licitud de controlar, a través de un registro material de asistencia, el tiempo de ida y de regreso a los servicios higiénicos. En esa ocasión, dicho organismo pública dijo que “ al dejar establecido el artículo 19° N° 4 de la Constitución Política de la República que se asegura a todas las personas el respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de (la persona y de su familia, se fija un límite a las facultades de administración del empleador) las que desde luego no deben interferir o perturbar el ámbito personal y privado de los dependientes.

Cabe señalar además, que la acción de invasión de la intimidad del trabajador no sólo puede estar referida a su dimensión física, sino también a su entorno afectivo y

⁸⁰ Dictamen N° 4.541/319, 1998. De la Dirección del Trabajo.

moral, que los sujetos normalmente estiman propios y requieren mantener a salvo de la injerencia de terceros. Y por ello es relevante determinar, *¿cuales son los datos de la persona del trabajador que legítimamente puede conocer el empleador?*

La respuesta pasa por la noción de “datos de relevancia laboral” entendidos como aquellos datos de la persona del trabajador que dicen relación con el servicio o la tarea convenida en el contrato de trabajo, como por ejemplo: experiencia anterior, ausencia de patologías síquicas graves, referencia de empleadores anteriores, cumplimiento de deberes militares, etc., y cuyo conocimiento por parte del empleador debe entenderse legítimo y no infractor de la intimidad del trabajador.

En nuestro país, encontramos las siguientes regulaciones en materia de test pre-empelo:

- a) Embarazo: el artículo 195 del Código del Trabajo, señala que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación del contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o exámenes alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.
- b) Exámenes en general: En el Decreto Supremo N° 40, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social regula esta materia, tales como los procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos del personal, sean preocupacionales o posteriores. Así, su título V referido al reglamento interno, señala en el artículo 17 que "en el capítulo sobre disposiciones generales se podrán incluir normas sobre materias tales como los procedimientos para exámenes médicos o psicotécnicos del personal, sean preocupacionales o posteriores; los procedimientos de investigación de los accidentes que ocurran; las facilidades a los Comités Paritarios para cumplir su cometido; la instrucción básica en prevención de riesgos a los trabajadores nuevos; la responsabilidad de los niveles ejecutivos intermedios; las especificaciones de elementos de protección personal en relación con tipos de faenas, etc."

- c) Virus VIH: El Ministerio de Salud regula el procedimiento de examen para la detección de VIH, en el cual se contempla como requisito indispensable la autorización escrita del sujeto a quien se realizará el examen. Se trata de una regulación administrativa que en la práctica se cumple ampliamente.

4.2.5.2. ¿Debe el empleador tener acceso al nivel de endeudamiento financiero del trabajador?

Difícil pregunta, ya que en algunas áreas dicho dato del trabajador dice relación con la prestación de servicio, por ejemplo, en el caso que las personas trabajan en instituciones financieras en relación con el otorgamiento de crédito.

4.2.5.3 ¿Puede el empleador establecer un control extralaboral en relación a la vida del trabajador?

Tema que se refiere a la regulación fuera del lugar y del horario de trabajo, un aspecto que claramente comprende su intimidad. Como ocurre en el caso en que el empleador tiene un interés en conocer las preferencias sexuales de un postulante a un empleo. La Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, en cierta medida considera una regulación al proteger los “datos sensibles”, que son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o íntima, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías, y opiniones políticas, las creencias o convecciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual. Respecto de estos datos sensibles, el artículo 10 de dicha ley señala que no pueden ser objeto de

tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, o exista consentimiento del titular o sean datos necesarios a sus titulares.

Sin embargo, aún cuando se obtuviere el consentimiento del postulante a un empleo, se considera que puede generar conductas discriminatorias la investigación sobre preferencias sexuales, en la medida que la información obtenida no permite definir capacidad o aptitud para un trabajo determinado y queda reservada a la esfera íntima de la persona. Éste control no es material, sino un modo que podríamos denominar “jurídico-virtual”, que se expresa a través del intento del empleador de dirigir la conducta extralaboral del trabajador, mediante la generación de obligaciones jurídicas referidas a la vida privada del trabajador, en los instrumentos legales que regulan la relación laboral.

El profesor Ugarte manifiesta que el problema se genera cuando se pretende “contractualizar” conductas no laborales, propias de la vida privada. En dichos casos se crean obligaciones que se incorporan comúnmente al contrato de trabajo, y que no dicen relación directa con la prestación de servicios, sino con deberes de conducta para el trabajador cuyo cumplimiento debe producirse fuera del lugar y de la jornada de trabajo, y cuyo control se traduce en la aplicación de sanciones jurídicas, normalmente, el despido por la causal de caducidad del número 7, del artículo 160, del Código del Trabajo, frente al incumplimiento.

En ese sentido, se generan cláusulas contractuales donde el trabajador se obliga a cosas como “mantener una conducta decorosa en sus relaciones sociales”, “a observar una conducta social ordenada, silenciosa y discreta”, o de modo menos moralizante “a no tener anotaciones en los registros comerciales de deudas impagas” y cuya inobservancia

produce el despido del trabajador, sin derecho a indemnización, por “incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo”.

En caso que las partes acordaran dar el carácter de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo a la inobservancia de estos “deberes extralaborales”, ya que los derechos fundamentales como la intimidad o la vida privada no son susceptibles de renuncia por parte de sus titulares, por lo que todo acuerdo al respecto carece de eficacia.⁸¹

4.2.6. El Derecho a la Autodeterminación informática:

Hoy en día, no podemos negar que las nuevas tecnologías, mejoran claramente las condiciones de vida de las personas, pero ello conlleva a que existan nuevos riesgos y peligros para los derechos e intereses fundamentales de las personas, “verdaderos feudalismos industriales”, que pueden llevar a “sufrir la peor de las dictaduras, la dictadura tecnológica”.

Igualmente evidente es que, en este concreto marco, una manifestación de singular relevancia viene dada por el delicado tema relativo al tratamiento de las informaciones sobre las personas, especialmente, a partir de los nuevos procesadores informáticos, capaces de archivar, clasificar, y retener una cantidad ilimitada de datos personales, durante largos períodos de tiempo, para posteriormente cruzarlos con facilidad con otras

⁸¹ UGARTE, JOSE LUIS; El derecho a la intimidad y la relación laboral, (E n línea)

datos hasta determinar un perfil sorprendentemente preciso de la personalidad, produciendo posibles condiciones nefastas para el sujeto afectado.

Cada dato aparece como una pieza, capaz de configurar el “mosaico final” y arrojar una imagen sorprendentemente nítida del individuo. La situación descrita es capaz de crear en la persona o ciudadano, la sensación de vivir, en una casa-empresa de “cristal”, en la que todas sus acciones pueden ser conocidas, controladas, fiscalizadas y recordadas, para su posterior uso cuando fuere menester y atendiendo a los más variados fines, los que no siempre serán todo lo lícito que cabría esperar.

Así tanto a nivel interno como internacional, y las múltiples reflexiones doctrinales y jurisprudenciales habidas sobre el particular, surgió la inevitable pregunta acerca de si había surgido un verdadero y nuevo derecho fundamental a la “autodeterminación informativa”, entendida como: *“El derecho de toda persona a preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos, propios de la informática y de los peligros que ésta supone, objetivo que se pretende conseguir atribuyendo a la persona una serie de facultades “ya clásicas en el derecho de protección de datos”, tendiente a garantizar que el sujeto afectado ha consentido la recogida y/o tratamiento de sus datos personales, o al menos, los ha conocido, disponiendo del derecho para acceder, rectificar, y cancelar, cuando fuere preciso, tales informaciones.*

En definitiva cabría mantener que “existen una cantidad apreciable de hechos que son de imposible catalogación como pertenecientes a la intimidad de la persona, sea porque no son íntimos, sea porque han perdido la condición de tales al hacerlos públicos

el sujeto” y, sin embargo, parece que el ordenamiento jurídico debe proteger al individuo y controlar un uso abusivo de las informaciones referentes a tales hechos y contenidas en ficheros de datos, motivo por el cual hay que concluir “la existencia de un derecho a la protección de los datos de carácter personal conexo, pero distinto, del derecho de intimidad”.

La cuestión, puede quedar situada en el marco de cuánto se ha dado en llamar los derechos fundamentales de tercera generación. En efecto, “la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse, en torno a temas tales como el derechos a la paz, los derechos a de los consumidores, el derecho al medio ambiente y la calidad de vida o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con creciente intensidad, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementadora de las fases anteriores referidas a las libertades individuales y los derechos sociales.

En tal sentido, esta tercera generación “se presenta como respuesta al fenómeno de la contaminación de las libertades”, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aquejan los derechos fundamentales ante determinados usos, derivados de la nueva forma de vida existente en las sociedades occidentales y, en particular, de la aplicación masiva y sin freno de las nuevas tecnologías.

La construcción y elaboración dogmática de estos nuevos derechos fundamentales, se puede decir que ha pasado por dos momentos esenciales, aún cuando su resultado a efectos prácticos, como se verá sea muy similar:

4.2.6.1. En un primer momento:

La corriente de opinión va a ser favorable, excepciones aisladas al margen, a reconocer la existencia de un nuevo derecho fundamental, construido a “partir del derecho de intimidad”.

Desde este punto de vista, el derecho a la autodeterminación informativa vendría a ser una de las manifestaciones concretas de ese ámbito individual que se ha dado en llamar privacidad, bien jurídico más amplio, que el derecho tradicional a la intimidad, que no se circunscribe al entorno más sagrado e irreducible de la persona, sino a otro más genérico; en concreto, al derecho que todas las personas tienen a “controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en los soportes informáticos”, pudiendo afirmarse de manera gráfica que “la privacidad así entendida, contendría a la intimidad”

El derecho Corpus Data es la facultad de la persona natural o jurídica, en posición de exigir que se le entreguen los antecedentes que existen de ella en bases de datos, o a requerir la modificación o eliminación de tales antecedentes, de acuerdo con los términos que señala la ley.

En Chile, el Corpus Data ya tiene un reconocimiento legal. En efecto, el artículo 12 inciso 1° de la ley N° 19.628, establece: “toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco (de datos), que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y al destinatario, el propósito de almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales los datos son transmitidos regularmente.

Por su parte, el artículo 17 inciso 1° prescribe que “ los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando estas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos...” Según el profesor José Luís Cea, el valor de la fe pública y la necesidad de respetarla justifican esta disposición, dentro de los límites razonables que señala la ley, en su artículo 18, esto es, no pueden comunicarse los datos después de 5 años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. Tal plazo no es excesivo, ya que resulta imperativo mantener algún término que permita custodiar el bien jurídico referido. Tal como tiene que ser respetado y promovido el derecho a la reserva e intimidad, igualmente debe serlo el derecho a la certeza o seguridad jurídica. Esta se halla ligada a la fe pública, las cuales aseguran transparencia en la convivencia, precaviendo fraudes, engaños, manipulaciones y otros atentados a la confianza que debe predominar en la comunidad.

En relación a la *Inviolabilidad*, la Constitución Política de 1980, en su artículo 19° N° 5 señala: “de toda forma de comunicación y documentos privados “ no pueden “interpretarse, abrirse o registrarse” salvo en “los casos y formas determinadas por la ley”. En este sentido, el vocablo “comunicación privada” se refiere a todo tipo de comunicación: epistolar, telefónica, radiográfica, fax, e-mail, entre otros.

A su vez, la palabra “documento” se refiere a cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, entre los cuales se cuentan los diplomas, certificados, cartas, grabaciones, entre otros.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución dejó constancia en su sesión N° 129, de que el derecho en análisis asegura a las personas y las protege contra toda forma tecnológica moderna que permita captar conversaciones o imágenes a distancia, tanto las actualmente conocidas y existentes como teleobjetivos, satélites, etc., como las que se puedan desarrollar en el futuro.

La vulneración, del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se produce tanto por la interceptación en sentido estricto de la comunicación (como lo es el caso de la aprehensión física del soporte del mensaje o la captación de otra forma del proceso de comunicación), la retención o por el simple conocimiento antijurídico de los comunicado (lectura de la correspondencia guardada por el destinatario, entre otras).

Es necesario señalar que esta inviolabilidad de las comunicaciones permite asegurar y proteger el secreto profesional, en virtud de que muchas personas buscan consejos profesionales, ya sea de médicos, abogados, sacerdotes, etc., lo que les lleva a revelar ámbitos de su privacidad e intimidad, información que no puede ser utilizada en perjuicio de quienes la proporcionan. Es por este motivo que los profesionales que reciben tal información gozan de privilegios legales frente a un develamiento forzado de dichos datos.

Ante el imparable avance tecnológico, se hace necesario analizar el tratamiento de datos, que los sistemas computacionales puedan hacer con respecto a las personas en general, este nuevo derecho es el que se denomina “Autodeterminación Informativa” y se relaciona con ámbitos de la vida privada del individuo y que éste está dispuesto a que la sociedad conozca. Mientras que si el tratamiento de la información se realiza por medios de sistemas computacionales se denomina “Autodeterminación Informática”.

4.2.6.1.1. Limitaciones al derecho de la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

El derecho a la autodeterminación o al respeto a la vida privada tiene como límite la realización de acciones que repercutan en otras personas, trascendiendo al primer sujeto cuando tales acciones tengan un carácter antijurídico, independiente de la voluntad de la persona de mantenerlo en reserva. Un segundo límite a la autodeterminación es la decisión jurisdiccional donde existen delitos vinculados con la vida de las personas.

En relación a las limitaciones de la autodeterminación y excepciones al respeto y protección de las comunicaciones y documentos privados deben estar expresamente establecidas por ley, como así también, el precepto legal, la conducta y el procedimiento de las autoridades o funcionarios que se habiliten en casos determinados a afectar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Los casos que la ley autoriza para limitar los derechos en comento se establecen principalmente en el Código Procesal Penal, refiriéndose a ello en los artículos 205 y siguientes.

4.2.6.1.2. Autodeterminación Informativa en el Ámbito Laboral

Gran parte de la doctrina reconoce que existen pocas dudas respecto a cómo el derecho de protección de datos vendría a ser uno de esos a los cuales se ha denominado, en “afortunada terminología”, “derechos laborales inespecíficos”, es decir; aquellos que el trabajador disfruta no en cuanto a su condición de trabajador, sino en cuanto ciudadano, pero de los cuales puede ser despojado en modo alguno a partir de su incorporación en el seno de la empresa por medio de la celebración de un contrato de trabajo, adquiriendo una “versión laboral” e “impregnando de manera esencial el desarrollo de la relación de trabajo.

Los equilibrio y limitaciones recíprocas que se derivan en una relación para ambas partes del contrato de trabajo, provocan, por lo que ahora interesa, que también las facultades empresariales de dirección y control se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empresario a respetar el contenido esencial de aquéllos.

Por ello, la regulación, no puede quedarse “fuera de las puertas de la fábrica”, eliminando los últimos reductos de los conocidos como “vínculos de vasallaje industrial”, y reconociendo que los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal o entre particulares, que alcanza de una manera muy especial a las relaciones entre empresarios y trabajadores surgidas al calor de la relación laboral.

La principal amenaza actual para el derecho a la autodeterminación informativa, de los ciudadanos en las democracias occidentales, deriva del abuso de la técnica informática desarrollado por las empresas en el juego de la actual *economía de mercado*.

Por ello, señalar que las empresas en general, suelen usar el vasto potencial derivado de la informática para cumplir con sus legítimos fines de eficiencia y productividad supone constatar una realidad latente.

Una situación, que comúnmente se ha ido desarrollando, corresponde a aquella en que la empresa utiliza los datos para una variedad de fines, disfrazando de alguna u otra forma un control del ciudadano/trabajador, que va más allá de todo límite jurídico. A modo de ejemplo:

- a) Compra y venta de una amplísima variedad de informaciones referidas a los más dispares sujetos y objetos, que puedan servir a la empresa para atender a variados fines;
- b) Utilización de datos inicialmente obtenidos para una finalidad determinada y bien definida para otras distintas, pero potencialmente susceptibles de ser calificadas como “compatibles”;
- c) Prospecciones comerciales: en las que se da por supuesto el consentimiento para permitir el tratamiento y cesión de datos a menos que expresamente se manifieste lo contrario.

Desde este panorama, el debido respeto del derecho laboral inespecífico de autodeterminación informativa de los trabajadores, queda inserto en un contexto caracterizado por una lucha incruenta y cotidiana por poner límites allí donde las posibilidades de la técnica y lo posición privilegiada de quien detenta una posición de poder.

Ante la pobre regulación que existe al respecto, comienza a ser muy frecuente la contratación de personal técnico especializado y/o asesoramiento jurídico específico para proceder a la elaboración de códigos tipo y cláusulas contractuales estándar en los cuales plasmar modelos de conducta capaces de asegurar un normal y lícito desenvolvimiento empresarial, asegurando la ausencia de responsabilidades de todo orden para la empresa.

La insuficiencia del ordenamiento jurídico legal sobre la materia está obligando a los tribunales a establecer pautas de ponderación entre los medios tecnológicos de información y comunicación y los derechos fundamentales.

Así como lo señala Sala Franco, “(...)la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, cuasi legislativa de los tribunales”, que en muchas oportunidades ofrece notables contradicciones, lo que a la postre, provoca un elevado grado de inseguridad jurídica⁸². Sin embargo, es a partir de los pronunciamientos judiciales de donde se puede comenzar a construir cualquier doctrina general sobre el uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa.

Pero en todo esto juega un rol fundamental, el consentimiento que se necesita de parte del trabajador en cuanto a la utilización de sus datos, o los fines con los cuales se pretenden utilizar. Y por ello que al concepto de “consentimiento”, se le otorga el siguiente significado: “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica, mediante la cual el interesado consienta al tratamiento de datos personales que le conciernan”.

El consentimiento del afectado o interesado representa uno de los contenidos esenciales del derecho a la autodeterminación informativa, en tanto la recogida y el tratamiento de datos “está supeditada, con carácter general, a la previa aquiescencia del afectado”. Además, el consentimiento o aquiescencia no se debe limitar a la simple entrega de los datos, sino que debe extenderse al tratamiento, cesión o mera conservación de los mismos; se garantiza así una protección de la persona en todos sus

⁸² Sala Franco, T., “el derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, Trabajo y Libertades públicas, Madrid, 1999, pág.205.

ámbitos, evitando las amenazas que pudieran derivarse de la posterior utilización o cesión incontrolada de la información.

Por su parte, es en la doctrina española donde el tema encuentra su mayor asidero. Ha surgido (de la práctica médico-sanitaria, y que fue elaborado por la doctrina anglosajona), el concepto de “consentimiento informado”, referido a que es el propio afectado o interesado el que aprueba la recolección o tratamiento de sus datos personales, y por su parte, el responsable del tratamiento deberá proporcionarle información sobre el objeto y fines de estas operaciones.

Frente a la citada figura, existen ciertas excepciones que rompen la regla, así bien lo manifiesta la normativa española, en la que manifiesta; “que no será necesario el consentimiento “cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral, o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”, “presumiendo” así que, en tales casos, por el mismo consentimiento mediante el cual se crea la relación jurídica principal, está a la vez consintiendo la recogida y tratamiento de datos.

Con todo, resulta necesario establecer algunas matizaciones: de un lado, la facultad de tratar datos personales sin consentimiento se extiende a las partes del precontrato de trabajo, lo cual probablemente se esté refiriendo, más allá de una defectuosa traducción del texto de la Directiva, a los procesos de selección, en los cuales procede extremar la cautela pues en uno de los momentos en los que el trabajador puede verse más desprotegido, tanto porque el empleador tratará de obtener toda la información posible, seguramente más de la estrictamente necesaria para la valoración de la aptitud profesional

del demandante del empleo, como porque con frecuencia recurrirá a fuentes indirectas o paralelas de información sobre los candidatos.

De otro lado, y durante el periodo de vida efectiva del contrato, sólo podrán tratarse sin el consentimiento del trabajador, los datos que resulten estrictamente necesarios para el desarrollo de la relación laboral, lo cual parece que hace necesario una norma laboral en la cual se plasme alguna obligación o facultad del empresario que cabalmente requiera el manejo de información personal del trabajador, y de este modo habilite al empresario para tratar los datos necesarios para satisfacer tal expectativa legítima.

En lo relativo a la “Capacidad para el Consentimiento”, se entiende como la necesaria para aceptar la relación, consentir el tratamiento de los datos; es la capacidad general necesaria para la eficacia de los actos jurídicos.

En cuanto a las causas de incapacidad impeditiva para prestar en consentimiento, no cabe sino remitir a lo previsto en la legislación común.

a) Forma del consentimiento, en relación a los datos protegidos:

De acuerdo al derecho comparado, se puede plantear como propuestas, ante el tratamiento de los datos especialmente protegidos, los siguientes:

1° El consentimiento debe ser “inequívoco”, pudiendo ser tanto expreso, o tácito o presunto. Según la Real Academia de la Lengua el concepto se refiere a lo que no admite duda o equivocación, y por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a varios juicios diversos.

2° Se debe especificar en forma concreta, los requisitos exigibles cuando los datos tratados hagan referencia a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias. En estos casos sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento.

3° Finalmente, los datos referentes al origen racial, salud o vida sexual, solo podrían ser recabados con consentimiento expreso del interesado, o cuando se vele por el interés general.

b) Momento para prestar el consentimiento:

Hoy en día, no se encuentra establecido con precisión cuándo ha de ser prestado el consentimiento, sino que sólo que éste es necesario e inequívoco. Por su parte, el deber del responsable del tratamiento de informar, tiene un momento prefijado de manera abierta.

De todas maneras para avanzar en la materia se deben distinguir dos situaciones:

- Los datos de carácter personal objeto del tratamiento, sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente y cesionario con el previo, consentimiento del interesado.
- Por otro lado, el caso en que los datos personales no hayan sido recabados del propio interesado, por lo que la parte con interés debiera ser informado del tratamiento de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante.

Está claro, que estas propuestas debieran tener un asidero legal, para que realmente puedan llegar a tener una fuerza obligatoria, y así lograr un mayor respeto por los datos personales de los trabajadores.

4.2.6.1.3. El deber de informar

El derecho del sujeto afectado por el tratamiento a recibir toda la información relativa al mismo, de forma similar a cuanto sucedía con el consentimiento, constituye otro de esos contenidos generalmente aceptados como parte esencial integrante del derecho a la autodeterminación informativa en el intento por lograr, lo que se ha denominado el “principio de transparencia”

La obligación de información va a tener como finalidad la comunicación por un sujeto al otro de las condiciones y el alcance de los compromisos que puede adquirir, en relación con el tratamiento de datos que va a llevarse a cabo.

4.2.6.2. En un segundo momento:

La específica regulación y protección que demanda el respeto al derecho de autodeterminación informativa. Debiendo avanzar contra un débil control sobre el tema, y ante la fuerte perspectiva imperante hoy en día, de que, quien dirige la organización productiva lo ve como simples costes empresariales, que es necesario evitar o reducir a su máxima expresión, a riesgo se suponer un freno evidente al libre desarrollo de las actividades empresariales.

4.2.6.2.1. Tutela de la Intimidad informática

Ante el tratamiento automatizado de los datos personales del trabajador, el sistema jurídico nacional propone soluciones tanto de carácter general como especial.

Dentro del primer tipo, se destaca la Ley N° 19.628, que se refiere a la Protección a la Vida Privada. Que regula el tratamiento de los datos de carácter personal de todo individuo, ya sea en registros o bancos de datos de organismos públicos o de particulares. Resguardando el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos personales, dentro de los que se encuentran todas aquellas garantías afines consagradas en el artículo de la Constitución Política de 1980. Junto con determinar que todo individuo tiene la facultad de efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta Ley y para fines permitidos por el ordenamiento jurídico.

La norma de carácter especial, está contenida en el artículo 2° inciso 6 del Código del Trabajo, que señala “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, que conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración o certificado alguno. Exceptuándose sólo los trabajadores que tengan 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; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza”

Todos los datos que la anterior ley señalada expresa, son llamados en la generalidad “datos personales”; los relativos a cualquier información que se refiere a personas naturales, identificadas o identificables. Distintos a otros datos que la misma ley señala, que son los “datos sensibles”; que son los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las persona o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psicológicos y la vida sexual.

La referida información, el empleador la puede recoger a lo largo de la relación laboral, pero es el trabajador quien debería determinar cual es la información que pone en conocimiento del empleado, debiendo el trabajador garantizarle el completo acceso de ella al empleador y en cualquier momento.

Por ello debe quedar en claro, que la celebración de un contrato de trabajo, no puede llevar la privación para una de las partes; el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pues “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legítima que quienes presten servicios en aquellas, por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”.⁸³

⁸³ STC 88/1985, de 19 de julio, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, N° 52, España, 1985, pág. 1003; citado en CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN; “El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador”; en Revista Ius et Praxis (Talca, Chile); año 4, N° 2, 1998; pag 111.

Así bien, se entiende como lo señala el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo; que los derechos fundamentales se encuentran incorporados al contrato de trabajo, ya que ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de dichos derechos pertenecientes a los trabajadores, que la doctrina denomina “ciudadanía de la empresa; aludiendo al reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador en una empresa y con aprobación expresa en la Constitución Política en su artículo 1°.

4.2.6.2.2. *¿Que derechos tiene el trabajador frente al tratamiento automatizado de sus datos?*

Estos los podemos encontrar en la Ley 19.628, que consagra normas de aplicación general:

En el ya señalado artículo 12°, y en el artículo 13° se establece que el derecho de las personas a la información, modificación o bloqueo de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención.

El artículo 16° de la misma ley, señala una acción de amparo de los derechos, cuyo sujeto activo será el titular de los datos, quien tendrá derecho a recurrir ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, reclamando la infracción cometida y de los hechos que la configuran, en un procedimiento abreviado. La misma norma establece como sanción a quien sea responsable de la infracción, el pago de multas que van de 1 a 10 UTM o de 10 a 50 UTM, si se trata de infracciones a los artículos 17 y 18 referidos a la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Además se establece como sanción; multas en caso de

retardo en el cumplimiento de lo resuelto por el tribunal, que fluctúan entre 2 a 50 UTM, y si el responsable del banco de datos requerido fuere un organismo público, el tribunal podrá sancionar al jefe de Servicios con la suspensión de cargos.

Por su parte, el artículo 23 señala que la persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberán indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos.

Asimismo, la jurisprudencia española (que hoy en día es una de las más avanzadas en la materia), ha intentado regular de la forma más específica posible el problema que se presenta con la debida protección y respeto que deben recibir los derechos fundamentales, dentro de una relación laboral. Así es como, ante el panorama actual de existir serios riesgos para el trabajador y sus datos personales se da que:

1) En caso que la recolección o tratamiento de datos, se produce sin observar las exigencias legales, la empresa se encontrará sometida al menos en teoría, a gravísimas consecuencias jurídicas que podrían quedar sistematizadas como sigue. De un lado, el sujeto responsable del tratamiento, habrá seguramente incurrido en alguna de las infracciones, ya sean leves, graves o muy graves. Que se encuentren expresamente tipificadas y cuya comisión merece la correspondiente sanción, tras un procedimiento administrativo. En el cual la denuncia del afectado o afectados se presenta como uno de los cauces más eficaces de defensa.

La elevada cuantía de las sanciones, invita cuando menos, a la prudencia y reflexión de los sujetos implicados, ya sea por la sensibilidad hacia los derechos fundamentales de los afectados, o por una visión utilitarista de respeto a la legalidad. Sin embargo, que el número de procedimientos incoados sea en verdad simbólico, que se dirija casi siempre hacia grandes empresas y de sectores productivos muy específicos que han sido tomados con especial relevancia a estos efectos, y que la cuantía de las sanciones se imponga siempre en sus franjas mínimas. Son datos que poco o nada

contribuyen hacia la necesaria sensibilización con uno de los riesgos para los derechos fundamentales de los ciudadanos más latentes de las sociedades modernas.

De otro lado, el sujeto interesado que descubra tratamientos inapropiados de sus datos personales va a poder ejercer medidas y, en consecuencia, la empresa se va a ver obligada a tolerar, los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación expresamente previstos en la ley, para lo cual la organización productiva habrá de tener en cuenta a la hora de tratar los datos que está obligada a usar un sistema que, llegado el caso, “permita el ejercicio del derecho de acceso, salvo cuando legalmente hayan sido cancelados”.

En fin, si a consecuencia del tratamiento se ha producido algún daño o lesión en los bienes o derechos del afectado, éste deberá ser adecuadamente indemnizado por los daños y perjuicios causados.

La ley española, para estos efectos, señala que “aun cuando no lo hubiera dicho el legislador, dada la naturaleza de los datos que se manejan, su sensibilidad y los perjuicios que pueden derivarse de un tratamiento incorrecto de los mismos, necesariamente habría de plantearse la posibilidad de que en determinados supuestos se derivasen responsabilidades de carácter indemnizatorio civil por daños y perjuicios morales”.

En el curso de este proceso preferente y sumario, el trabajador se beneficiará de la fundamental alteración de la carga de la prueba de acuerdo a la ley, en virtud de la cual acreditada la concurrencia de indicios acerca de la violación del derecho fundamental,

corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la necesidad y proporcionalidad del tratamiento.

No resulta descartable, por lo tanto, que se ordene mediante un pronunciamiento, el cese del comportamiento lesivo, la eliminación de sus efectos y, también la obtención de esa pertinente indemnización de daños y perjuicios. Ni tampoco, pensar que el o los trabajadores afectados quieran ejercitar la facultad de rescisión del contrato de trabajo, con fundamento en un incumplimiento grave de los deberes empresariales, teniendo derecho de prosperar su acción a la indemnización consiguiente al despido improcedente, si que la jurisprudencia española haya atendido hasta ahora, la pretensión de conceder otra indemnización adicional por los daños y perjuicios distintos a la extinción del contrato causados al trabajador.

- 2) En segundo término, en cuanto se refiere a la sensibilización respecto a un tema que es relativamente nuevo en España (y del que todavía existe un escaso conocimiento), resulta menester resaltar la importancia de la necesaria actividad de formación que ha de llevarse a cabo, para ir poco a poco cubriendo el déficit existente en la conciencia social.

En este sentido parece necesario diferenciar un doble plano: de un lado, la formación general, llevada a cabo desde instituciones públicas a través de las campañas de formación y publicidad que resulten propias.

De otro, una formación específica, que han de recibir en cada empresa, si no el empresario mismo, pero sí aquellos trabajadores de la empresa entre cuyas tareas esté incluida la de desarrollar los tratamientos de datos personales que sean necesarios en el seno de la empresa.

Resulta menester, en este sentido, señalar: que la actitud de recogida y tratamiento de datos será llevada a cabo, usualmente, por quienes, en el desarrollo o ejercicio de alguna de las funciones y finalidades de la empresa, va a necesitar la información, debiendo en todo ese proceso hacer suyas nuevas formas de trabajo y sujetarse a la normativa específica sobre protección de datos so pena de incurrir en las severas responsabilidades antes señaladas. El operario queda así regido por una especial manifestación del deber de diligencia en el desarrollo de la prestación laboral y, en caso de desconocerla, podrá ser sancionado por el empresario, sobre todo en aquel caso en el cual de su negligente actuar hayan podido derivársele responsabilidades.

No está de más recordar, en este sentido, cómo el empresario va a ser responsable solidario de aquellas responsabilidades civiles derivadas de los daños y perjuicios causados por sus trabajadores en el ejercicio de sus tareas profesionales, contando luego, eso sí, con un derecho de repetición frente a éstos por las cantidades ya adelantadas.

-
-
-

4.3. Medios de protección del derecho de intimidad del trabajador

4.3.1. La acción Constitucional de Protección o Recurso de Protección:

Esta acción es un derecho público subjetivo, cuyo ejercicio, reconocido por la propia Constitución, tiene la virtud de poner en actividad todo el sistema jurisdiccional del Estado, con el fin de lograr la protección o cautela de un derecho protegido por la Constitución.

Sus requisitos de procedencia son:

- Una acción u omisión ilegal o arbitraria;

- Que como consecuencia de lo anterior se derive la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho;
- Que el derecho esté expresamente cautelado en el artículo 20 de la Constitución.

Así, es como el daño producido al derecho de intimidad, puede provenir de una acción u omisión ilegal o arbitraria, debe provocar privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del derecho. A estas expresiones, la doctrina nacional les da el sentido natural y obvio, tal como lo prescribe el artículo 19° del Código Civil: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

Finalmente, el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones se encuentran dentro del catálogo de los derechos protegidos por la acción de protección.

A través del tiempo, los estudios realizados en función a este tema, señalan que son muchas las situaciones en que dicha acción ha sido absolutamente inútil, especialmente para la protección de los derechos.

Al respecto, el profesor Ugarte señala: “que la acción de protección se ha mostrado absolutamente inútil ante los derechos fundamentales dentro de una relación laboral..” entregando una serie de razones para justificar su idea:

- La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, y la forma de tramitación del auto-acordado complementario, alejados de los principios propios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor del contratante más débil

produce una evidente insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador en litigios de derechos fundamentales y laborales en general, cuestión ampliamente destacada en la doctrina comparada.

- El remedio judicial de carácter “extraordinario” que la acción de protección importa, lo hace inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que entre otras cosas, requiere, para su eficacia real, de la declaración de nulidad de los actos lesivos de dichos derechos o el pago de indemnizaciones al afectado, lo que exige de un proceso de fondo ante un juez de grado.⁸⁴

4.3.2. La intervención Judicial:

El tema de la intervención judicial en la defensa de los derechos fundamentales de la relación laboral, le corresponde directamente a los Tribunales de Justicia, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional . Así, de esta forma, podemos citar a modo de ejemplo casos de la señalada intervención: a) La acción de indemnización por despido indirecto; b) La acción de desafuero; c) Declaración de Nulidad a falta de valor jurídico de una cláusula contractual; d) La acción de demanda por despido injustificado.

⁸⁴ UGARTE, JOSÉ LUIS; “Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico”; XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003, Informe Nacional de Chile; pág. 4.

4.3.3. La acción civil de indemnización de perjuicios:

Ésta es sin lugar a dudas, una de las instituciones básicas del Derecho Civil, conocida como “la acción que persigue obtener la reparación pecuniaria y no pecuniaria por un daño causado”. Considerada como el medio de protección civil a la intimidad. Por lo que es aquí, donde corresponde referirse a las “Intromisiones”, debiendo aplicarse las normas de derecho cuando se trata de un daño material, esto es, debe probarse que con la turbación moral que produce la intromisión se ha experimentado una disminución en el patrimonio o la pérdida de una oportunidad de ganancia.

Sin embargo, la principal categoría de daños que produce una intromisión ilegítima en la intimidad de una persona es la de los daños morales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, coinciden en señalar que el daño moral no requiere prueba. Según la opinión dominante, basta con que la víctima acredite la lesión de un bien personal para que se infiera el daño. Por otra parte, si los bienes o intereses lesionados en el daño moral no son susceptibles de cambio o reparación, su evaluación se efectúa prudencialmente, a diferencia de los daños patrimoniales, que sí pueden ser objeto de determinación más o menos exacta. Por ello, la indemnización por daño moral es compensatoria, jamás reparatoria, y su determinación queda entregada a la apreciación prudencial del juez.⁸⁵

4.3.4. La intervención administrativa para la protección de los derechos fundamentales:

⁸⁵ BARROS BOURIE, ENRIQUE; op.cit; pág.113.

El artículo 6° de la Constitución Política señala: *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

Los preceptos de esta Constitución, obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Es aquí, donde se consagra el principio llamado de “la vinculación directa”, el cual rige para todos los órganos del Estado, ya sean de naturaleza judicial o administrativa.

Es por ello, que a la Institución de la Dirección del Trabajo, podemos ubicarla dentro de los órganos públicos, que se somete en su funcionamiento a las normas constitucionales.

Su protección a los derechos fundamentales, se expresa por dos vías relacionadas entre si: La facultad Imperativa y la facultad Fiscalizadora.

Primero la Dirección del Trabajo, en el ejercicio de la amplia facultad que le otorga el DFL N° 2 del ministerio del Trabajo y Previsión Social, que ha generado una línea interpretativa de cara al tema de los derechos fundamentales en la empresa.

En segundo lugar, la acción fiscalizadora, precisamente en la aplicación de sus dictámenes, ha exigido a diferentes empresas, mediante instrucciones, la modificación en especial de los mecanismos de control de los trabajadores.⁸⁶

Pese a la existencia de las vías de protección, la práctica ha demostrado que aún el sistema de protección se encuentra en pañales, ya que son muchas las situaciones que se han presentado y que se presentarán, pero que no cuentan con una franca solución.

4.4. Acceso a Internet y el problema de la Correspondencia Electrónica

4.4.1. ¿Cuál es la situación hoy en día existente entre el tema de la correspondencia electrónica y el derecho de intimidad del trabajador?

Ya es sabido, que el uso de la tecnología y en especial para este caso, la correspondencia electrónica están cada vez más extendidos en la empresa, debido a la gran utilidad que ésta reporta. Sin embargo, dichos avances permiten al empleador conocer la cantidad de mensajes intercambiados en la empresa y de esta manera tener acceso a la correspondencia. Como así también, conocer cuales son las páginas por las que el trabajador navega durante las horas de trabajo.

En Chile, este tema no ha sido objeto de tratamiento legislativo. Pese a ello, con las últimas modificaciones realizadas del Código del Trabajo, nuestra legislación ha innovado en la protección de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la

⁸⁶ LIZAMA PORTAL, LUIS; UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS; op. Cit; pág. 184.

empresa, explicitando la plena vigencia de éstos en el marco de las relaciones laborales, particularmente frente a la colisión de ellos con el contenido de decisiones administrativas adoptadas por la empresa.⁸⁷

Ante la falta de regulación del tema, la Dirección del Trabajo sólo ha hecho algunas consideraciones, de acuerdo a los casos que le ha tocado conocer, y para los cuales no ha contado con una norma legal que le soluciones las situaciones recurridas. Así es, como ella posee un dictamen del año 2002, que se refiere especialmente a las condiciones de uso de los correos electrónicos de la empresa por los trabajadores y de las facultades que conciernen al empleador. Recurriéndose a la controversia que se da entre dos derechos constitucionales:

A) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

B) La facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa (relacionada directamente con la Ley de Propiedad Industrial).

De todas maneras, la Dirección del Trabajo, respetando el derecho de propiedad, considera que es necesario que el empleador regule el uso formal de los bienes de los que es dueño. Pero esto, no implicaría en ningún caso, una limitante al libre ejercicio del derecho de inviolabilidad de las comunicaciones.

La misma idea se proyecta por supuesto, a otros medios de comunicación y control afines con los avances técnicos, que claramente también se pueden ver violentados. Así,

⁸⁷ CERDA SILVA, ALBERTO; op. cit; pág. 157.

cada vez resulta más frecuente que la empresa instale complejos mecanismos de control, entre cuyas manifestaciones más frecuentes cabría destacar las siguientes:

- Sistemas de captación de imágenes y sonidos mediante cámaras de video que visualizan a los trabajadores mientras desarrollan su prestación en tiempo y lugar de trabajo.
- Sistemas de verificación de acceso y locación en la empresa (edificios inteligentes), cuyos mecanismos facilitan al empresario una información abundante, a partir de la cual puede obtener un conocimiento bastante exacto de cuanto en ellos está sucediendo, sin tener que recurrir a los sistemas de captación de imágenes y sonidos.
- Como ya se ha señalado, controles sobre el e-mail puesto por la empresa a disposición del trabajador, ordenados a verificar su adecuado uso profesional.
- Controles sobre las páginas web, visitadas por el trabajador durante su prestación de servicios, habida cuenta Internet supone una fuente de información sin parangón en la historia de la humanidad a la cual las empresas no pueden renunciar, pero implica riesgos importantes.
- Controles ordenados a verificar la utilización del PC que el trabajador usa como su herramienta de trabajo, lo cual permite, no sólo conocer las páginas web visitadas, sino también, entre otras cosas, los programas utilizados, el contenido de los archivos abiertos o, incluso, aspectos tan nimios pero a la vez tan sutiles como el número de pulsaciones operadas en el teclado o el tiempo durante el cual el equipo ha permanecido apagado o suspendido.
- Controles sobre el uso del teléfono para, sin excesivos costos ni complicaciones, conocer la frecuencia de las llamadas de sus trabajadores, el número de destino, la fecha, hora y duración e, incluso, el contenido de las conversaciones mantenidas a través de este medio, el cual puede quedar archivado.

Con todos estos medios de controles, se determina inevitablemente que quien se sabe así vigilado, pierde las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro evidente su propio equilibrio físico-psíquico.

Al aumentar la potencialidad del poder de vigilancia y limitar la capacidad de desenvolvimiento del trabajador, sujetándola a secuencias de trabajo densas y estrictas, la tecnificación de la empresa eleva la posición empresarial a un estadio superior al derivado de su mero poder de dirección, poniendo en evidente peligro los derechos fundamentales de la persona.

En el caso específico, de la forma de control y regulación del uso del correo electrónico dentro de una empresa puede quedar establecido en: *El contrato individual de trabajo, contrato colectivo o bien en el propio Reglamento Interno de la Empresa.*

Importante es recalcar que, las condiciones de uso de la correspondencia electrónica contempladas en el reglamento interno de la empresa, debe estar en concordancia con lo señalado en el artículo 153 del Código del Trabajo: *“toda medida de control sólo podrá 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”*. Pero que en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. *Quedando tal situación respaldada por las “acciones civiles y penales”* correspondientes.

De todas maneras, no es suficiente por supuesto, el dictamen de la Inspección del Trabajo ya antes aludido, por lo que es muy probable que surjan una serie de problemas y conflictos jurídicos. Destacan en este tema, las opiniones de Ricardo Jury: *“Urge la*

dictación de una ley que regule la revisión de los correos electrónicos de los trabajadores, la cual debería conciliar los derechos de ambas partes de la relación laboral”⁸⁸.

Para Cerda; entregar la reglamentación sobre el uso del correo electrónico por el trabajador, al contrato individual de trabajo es cuando menos precario para los derechos de los trabajadores. Por dos consideraciones: la primera, porque desconoce el real poder de negociación de que dispone el trabajador en la contratación de sus servicios; y en segundo término, porque una cláusula así carece de un control de legalidad ex ante, como aquél que es asegurado en la hipótesis del reglamento interno.⁸⁹

- **4.5. Límites a la intimidad informática del trabajador**

-
Previo a realizar cualquier análisis, hay que distinguir por una parte aquella en que el trabajador envía un e-mail desde un correo propio de la empresa, en que como consecuencia, compromete el nombre y prestigio de la institución. La otra, aquella en que el trabajador envía e-mail desde direcciones que le pertenecen, sin comprometer a la empresa en ningún caso.

Frente al panorama que se nos presenta, se destacan como razones capaces de legitimar el despido; específicamente por uso de correo electrónico e Internet: “La trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza”.

⁸⁸ www.derecho.uchile.cl

⁸⁹ CERDA SILVA, ALBERTO; op.cit; pág. 159.

Finalmente, se entiende que por tratar de “compaginar derechos contradictorios”, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad . Para comprobar si una medida supera o no el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objeto propuesto (juicio de idoneidad);
- Si además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente;
- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto).

El tema del tratamiento de los e-mails en el derecho comparado es abordado de distintas maneras, a modo de ejemplo importante es citar a países como Estados Unidos; donde tampoco existe una gran regulación, al respecto. Basándose netamente en la doctrina (muy criticada por lo demás) que señala, que debe existir “una esperanza razonable de privacidad”, mientras no se encuentre comprometido el interés público. Con lo cual, se da paso a la posibilidad de que se le envíe una comunicación al trabajador por parte del empleador, señalándole que su correo electrónico puede ser controlado, rebajando así las expectativas de privacidad y legitima la intromisión del empleador, claro que siempre y cuando esto tenga relación con el negocio.

Por otro lado, en Francia se entiende que sólo por razones de necesidad el empleador se encuentra facultado para editar los mensajes electrónicos de sus trabajadores, cuando sólo tengan un carácter profesional. Igual de lógico se entiende en este ordenamiento que se prohíba por parte del empleador, el intercambio de mensajes

que tengan carácter personales durante la jornada de trabajo. Pero todo ello, con la limitante que el empleador bajo ninguna circunstancia puede interceptar la correspondencia privada, a menos que previamente los trabajadores se encuentren informados de que efectivamente el empleador puede acceder a la correspondencia electrónica.

Las diferentes visiones que se tienen en relación al tema, dentro de la doctrina comparada, manifiesta que claramente no existe un pensamiento unitario, y que por sobre todo es un nicho que aún requiere de una rigurosa regulación, ya que se relaciona directamente con lo que son los derechos fundamentales.

- **4.6. Libertad de expresión**

En cuanto a este tema, se entiende que hoy en día lo que ocurre en nuestra sociedad, es verdaderamente una situación de cambio. Donde la ciudadanía está menos dispuesta a tolerar que se le establezcan restricciones al debate, sobre cualquier tipo de materias.

Por tal razón, a modo de ejemplo, son varios los personajes públicos de un grupo social, que han sido sometidos al escrutinio público, situación que hasta hace años era realmente impensada.

Por ello, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al respecto señala: “La restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en esta misma, no pueden ser aplicadas sino conforme con las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas”. En la práctica, esto ha conducido a que muchos órganos estatales hayan establecido limitaciones tan gravosas al derecho de acceso a la información que han terminado por desvirtuarlo.

Es precisamente que por esto, encontramos frecuentemente una estrecha relación con el tema central de esta investigación y a su vez la existencia de una colisión de derechos e intereses dentro del ámbito laboral. Dado que por una parte, el trabajador tiene todo el derecho a recibir todo tipo de información dentro de la empresa (con excepción de cláusulas que contienen información reservada), y de manifestar su opinión (independiente del medio que utilice para tal fin).

Así como también, por su parte, el empresario tiene todo el derecho de conocer datos relevantes y afines del trabajador, pero con la limitante de no vulnerar su derecho de intimidad, además de mantener cierta información reservada propia de la empresa.

En palabras de Sergio Gamonal; se entiende que las libertades de expresión y de información tienen en la empresa (como institución), un ámbito natural de expresión y de comunicación, cumpliendo dos funciones básicas:

- a) “Reivindicativa”, de presión frente al trabajador para la consecución de objetivos laborales;
- b) De “Denuncia”, con vistas a poner en conocimiento y a difundir en la opinión pública irregularidades y anomalías de la empresa.

Nuestra Carta Fundamental en su artículo 12° nos señala, que se encuentran protegidos y reconocidos constitucionalmente “*La libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa*”, pero debe quedar claro que en éste cuerpo jurídica ambos conceptos son considerados sinónimos”, vinculando así lo señalado con el “principio de vinculación directa” y la supremacía constitucional, esto es que todas las normas constitucionales tienen efecto inmediato y directo respecto de todos los ciudadanos y de los tres poderes del Estado, tanto en sentido vertical como horizontal.

En la doctrina nacional, se entiende que son tres los aspectos centrales de dicha garantía: encontramos el derecho a emitir información, la libertad de información y el derecho a recibir información.

Entendiéndose de esta forma, que el tema se vincula directamente con el derecho de información que tienen, tanto los trabajadores dentro de la empresa y el empleador. Pero siempre respetando el límite, de no pasar a llevar la intimidad de las personas. Evitando así la llamada colisión de intereses o de derechos.

- **4.7. Consecuencias que conlleva mantener un sistema de controles ante la función del trabajador**

-

4.7.1. Controles orientados a verificar el uso inadecuado por el trabajador de los medios tecnológicos de información y comunicación:

La existencia de dicha práctica, puede conducir al descubrimiento o comprobación de que efectivamente el trabajador utiliza los medios tecnológicos para fines personales cuando ello está prohibido, donde los usa en forma indebida o abusiva.

De los resultados puede seguirse como efecto, la imposición de una sanción que habrá de graduarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, pudiendo llegar a la máxima del despido disciplinario en caso que llegue a integrar plenamente el supuesto de trasgresión de la buena fe contractual.

4.7.2. Casos de incumplimientos laborales del trabajador, por el uso de los medios tecnológicos de información y comunicación:

- a) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*
- b) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.*
- c) La transgresión de la buena fe contractual.*

A.- Ante el supuesto que el empleador haya establecido e informado en forma expresa la prohibición en el uso de los equipos informáticos y de los sistemas de comunicación de la empresa para asuntos externos a la misma, el trabajador incurre en una “Indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en caso que realice un uso indebido.

B.- En el caso que el trabajador utiliza los medios ya señalados, para asuntos que nada tienen que ver con sus funciones laborales durante parte de su jornada laboral, es evidente que ello determinará también “una disminución en su rendimiento”.

C.- La utilización personal indebida o abusiva, ya sea en caso que se le está prohibido o para fines distintos a los utilizados por la empresa. Claramente incurre en un manifiesto abuso de confianza, sin estar respetando la buena fe que siempre debe estar en un contrato.

Dentro de este punto, cabe señalar los casos en que la falta de buena fe es manifiesta, como por ejemplo: daños informáticos, concurrencia o competencia desleal, revelación de información confidencial de la empresa a terceros.

4.7.3. Calificación de la conducta del trabajador:

Esta consideración tiene relación directa con el despido disciplinario, para lo cual se han considerado distintos criterios como siguen:

- La sanción de los incumplimientos laborales de acuerdo con la graduación de faltas establecidas en el correspondiente convenio colectivo. La conducta del trabajador ha de venir reglada como causa de despido disciplinario, debiéndose estar a tales efectos al régimen de sanciones. Sin embargo, con independencia de que la conducta venga reglada como causa de despido o no en el convenio colectivo aplicable en la empresa, lo cierto es que nos encontramos ante una “infracción de carácter genérico”, encuadrable dentro de los incumplimientos contractuales. Lo más importante es que en los contratos se especifique la graduación de las faltas y la tipificación de las sanciones, de no ser así, se puede llegar a situaciones de arbitrariedad con la consiguiente indefensión de los trabajadores.
- La determinación de la responsabilidad; por dolo o por culpa.

Análisis individualizado en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Para diagnosticar la existencia de la gravedad o de la culpabilidad ha de procederse a un “análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las del autor”.

- La debida consideración que corresponde darle a los daños o perjuicios económicos.

Como así también los daños o perjuicios potenciales, considerando para este caso “la situación objetiva de riesgo creada.”

Pero, el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa no es valorado de forma uniforme por la doctrina, aludiendo precisamente como por ejemplo, a la duración y oportunidad en que se realizan las llamadas telefónicas desde la empresa, con fines particulares. O bien, como ocurre con el caso de Internet, lo cual depende mucho del tipo de conexión con que se trabaje y del número y destino de los mensajes.

Otro tema relacionado y ya antes señalado, corresponde a la “situación objetiva de riesgo creada”, aludiendo con esta idea a los peligros de fugas de importantes datos de la empresa o de destrucción de los mismos, que el uso de los medios informáticos puede provocar. Peligros que resultan realmente graves si la actividad empresarial conlleva la utilización predominante de equipos informáticos y sistemas de comunicación.

También cabe señalar que con este punto se relaciona el cargo del trabajador y sus circunstancias personales y profesionales, que por supuesto se conectan directamente con el nivel y grado de responsabilidad de éstos.

4.7.4. La tolerancia empresarial.

Los llamados: “actos de tolerancia”, es decir, los “usos aceptados y consentidos por quien en la empresa puede y aún debe corregirlos y que suavizan el estricto cumplimiento de las normas emanadas de la dirección suprema, degradan sin duda tanto la gravedad como la culpabilidad que, sin ellos, pudiera atribuirse a la infracción contractual. Cuando la empresa, en un clima de tolerancia, no advierte al trabajador de la necesidad de ajustarse al uso estrictamente profesional de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa o no le sanciona adecuadamente frente a las primeras infracciones y espera silenciosa una cierta acumulación de faltas para dar lugar al despido, actúa sin conformarse al principio de recíproca lealtad y buena fe, e incurre en un ejercicio abusivo de sus facultades disciplinarias.

4.7.5. La cuestión de la prueba:

Los medios probatorios que podríamos citar con el fin de obtener la prueba que se busca, son los siguientes:

- los medios de reproducción de la palabra, imagen, sonido y de archivo;
- los soportes informáticos;

Considerándose más conveniente que el órgano judicial las valore de acuerdo a “la sana crítica”, junto además de acompañar o mejor dicho complementar estos medios de prueba con otros, para así acreditar su autenticidad, o bien, precisamente lo contrario. Debido a que la naturaleza abierta de la red de Internet, la interceptación y alteración de los mensajes electrónicos, son factibles así como la falsificación de la identidad del emisor mediante la obtención del correspondiente nombre de usuario y de la contraseña.

Juega en todo esto un papel importante, la empresa a la que le corresponde acreditar todos los hechos relevantes para determinar el alcance de la infracción.

4.7.6. Controles ejercidos por el empleador, no ajustados a derecho:

En caso que las medidas empresariales de vigilancia y control se llevan a cabo incumpliendo las condiciones constitucionales y legalmente exigidas, cabrá reclamar al empresario responsabilidades de orden laboral o incluso penal. Dentro del ámbito laboral, los trabajadores podrán solicitar al tribunal que no se tomen en cuenta las pruebas obtenidas por el empresario violentando sus derechos a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, así como cualquier sanción que les hubiera sido impuesta con base a dichas pruebas. Refiriéndose a todos aquellos supuestos en que los controles empresariales hayan sido ordenados sin cumplir los supuestos que los hacen constitucionalmente legítimos, las pruebas obtenidas carecerán de valor probatorio y, por tanto, los hechos relevantes para el proceso que obren en las mismas no serán consignados como hechos probatorios.

La anulación de ciertas sanciones y la indemnización por los daños morales derivados del comportamiento lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. Para la doctrina española, la Ley Orgánica en su artículo 9.3; se señalan algunas pautas para poder cuantificar la indemnización de perjuicios “se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Y que también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”

Lo fundamental es siempre estar aplicando parámetros razonables, evitando la desproporción entre el daño sufrido y la indemnización. Por ellos es conveniente a modo de ejemplo tener siempre en cuenta factores como:

- Circunstancias concurrentes en el caso.
- La naturaleza de la lesión y su duración.
- La existencia o no de ánimo lesivo o consciencia sobre el carácter ilícito de la conducta empresarial.
- El número de veces que la conducta se repita.
- Las exigencias de equidad.
- Los gastos derivados del litigio para reclamar frente a la lesión.
- La limitación de la vulneración a un único centro de trabajo, en caso de que se trate de un tema discutible y susceptible de varias soluciones.

Por ello, Pedrajas Moreno señala “podrá acarrear la declaración de nulidad del despido, basada no ya en la existencia de móviles empresariales contrarios a los derechos fundamentales del trabajador, sino en la utilización de medios vulneradores de tales derechos.”⁹⁰

⁹⁰ Pedrajas Moreno, A., Despido y derechos fundamentales., cit., pág 149.

CONCLUSIONES.

La determinación y la delimitación entre lo público y lo privado es y será siempre motivo de fuertes controversias, conflictos y discusiones. En el ámbito público y privado. Estas discusiones fueron el objeto de estudio del presente trabajo. Por una parte analizamos de qué se trata el deber de reserva que el trabajador tiene respecto del empleador y, en general, de la empresa en donde presta servicios.

El análisis normativo nos llevó a estudiar los preceptos constitucionales que se refieren al tema, sin querer agotar su discusión puesto que escapa a los límites de esta investigación. Las normas legales estructuradas en el Código del Trabajo y en demás disposiciones legales y reglamentarias, nos permitieron asentar y circunscribir no sólo el contenido jurídico del deber de reserva y del derecho a la intimidad del trabajador, sino que, desde la doctrina y jurisprudencia, cual es son su eficacia normativa, por una parte, y su sanción dentro del ordenamiento jurídico positivo.

El contrato de trabajo, al igual que sus pares civiles, debe ser ejecutado de buena fe, según se expresó en detalle en la primera parte de este estudio. Esto no significa otra cosa que, en síntesis, las partes deben respetar los derechos y obligaciones que subyacen a la relación; así, en lo que nos convoca, aparecen diversos derechos tanto de los trabajadores como de los empleadores, a saber, el derecho de información y el reiterado deber de confidencialidad, que, como vimos es, por una parte, la protección del empleador de sus intereses personales en una economía social de mercado y,

jurídicamente, es un elemento de la naturaleza del contrato. Vimos que la regulación no es clara al respecto, pero intentamos delimitar el contenido de este deber.

En la actualidad, tanto el deber de informar como el de confidencialidad son sumamente relevantes a la hora de estructurar la relación laboral. La externalización de los servicios, el *outsourcing*, el teletrabajo y todas las nuevas formas de contratación implican una nueva forma de pensar el Derecho. Así entonces, vimos que “el deber de información es más extenso e intenso y abarcaría, en principio, toda la información privada en poder (...)” de las partes en un contrato cualquiera sea su naturaleza lo que incluye al de trabajo; esto encuentra su respuesta y medida en el deber de reserva. Es precisamente, en estas nuevas formas de la contratación laboral en las cuales se centra toda la discusión y donde esfuerzos legislativos como la Ley N° 19.996, no ha dado cabal respuesta. Creemos necesario e imprescindible una decisión de política legislativa referente al tema, puesto que los esfuerzos de los privados en las denominadas y desarrolladas anteriormente “cláusulas de confidencialidad” no parecen suficientes.

A través de las líneas anteriores se puede apreciar que el estudio de la confidencialidad de la información reservada en la relación laboral, no es resorte exclusivo del Derecho Laboral; normas relativas a la Buena Fe contractual, a los derechos esenciales de la persona humana y a su debida protección, al resarcimiento de los daños que la violación de las disposiciones que a este propósito se distinguieron, nos permiten afirmar que las soluciones en estos casos no se encuentran únicamente en éste ámbito.

Sin duda alguna podemos afirmar que, aún lo afirmado en el párrafo inmediatamente anterior, este estudio debe realizarse desde la perspectiva de la legislación laboral, con toda la particularidad que ello implica; pero, volvemos a reiterar,

no es solamente en ese estudio en el que nos limitaremos. Más allá de las conclusiones particulares que podamos obtener de este trabajo, las cuales se observan en todo su íter, esta memoria nos lleva a un punto elemental, que por elemental no se dice y en su silencio es olvidado: todo análisis, estudio o trabajo que se desarrolle dentro de las Ciencias Jurídicas es una labor multidisciplinaria, puesto que el Derecho no es una suma de diversos estamentos o disciplinas separadas (llámese Derechos del Trabajo, Civil, Procesal o Administrativo), sino que es un sistema lógico único que norma relaciones humanas. En la especie, la del trabajador y su obligación de reserva respecto del empleador y, viceversa, su derecho a la intimidad en relación al último.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ARAGÜES GUERRERO, JUANJO, “Big Brother S.A.: Intimidad en el trabajo. 2ª Parte [En Línea] Acercándonos al teletrabajo. Año 2, N° 19 Mayo de 2004. <http://www.aat-ar.org/revistas.asp>. Consulta 03 de Octubre de 2006.
- 2.- BOZA PRO, GUILLERMO. El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores. Valencia, Tirant lo blanch, 1997, 485p.
- 3.- CAMPUSANO, RAÚL. La información no divulgada. [en línea] <www2.sag.gob.cl/Publicaciones/propiedad_intelectual/raul_campusano_informacion_no_divulgada.doc> [consulta: 22 febrero 2007].
- 4.- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
- 5.- CERDA SILVA, ALBERTO. Comentario al dictamen de la Dirección del Trabajo, en Revista Chilena de Derecho Informático, (1), 2002.
- 6.- CONSEJO DE AUDITORIA INTERNA GENERAL DE GOBIERNO. Ministerio Secretaria General de Gobierno. Noviembre 2000. http://www.minsegres.gob.cl/portal/documentos/documentos/modernizacion_del_estado/manual_basico_ley_probidad/documentoLista/0/documento/manual_basico_ley_probidad.pdf.
- 7.- DE CUEVILLASMATOZZI, IGNACIO. El Control de e-mail en la Empresa y el derecho a la intimidad. Consideraciones jurídicas a raíz de una resolución judicial.

,<http://www.enplenitud.com/nota.asp?articuloID=2230#1.%20%20Planteamiento%20de%20la%20cuestión>:

8.-DEPARTAMENTO JURIDICO ORD. N° 4822/207: - Derechos Fundamentales. Derechos a la Intimidad. Vida Privada y Honra de los Trabajadores. Mecanismos de Control Audiovisual. Procedencia. <http://www.dt.gob.cl>.

9.- DIAZ, PAOLA. Comienza a regir nueva ley que aumenta protección a la Propiedad Industrial [en línea] <<http://web.ceo.cl/609/article-69991.html>> [consulta: 07 enero 2007].

10.- DIRECCION DEL TRABAJO, Dictamen 2856/0162. Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5, del Código del Trabajo. 30 Agosto 2002 [en línea] Santiago, Chile <www.dt.gob.cl/1601/articles-65191_recurso_1.doc> [consulta: 04 febrero 2007].

11.- ECONOMÍA Y NEGOCIOS, El Mercurio. Los limites del Control Laboral. Lunes 10 de Septiembre de 2001.
<http://www.emol.com>.

12.- ERMIDA URIARTE, OSCAR. Trabajo ciudadanía y derechos humanos. [en línea] <<http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Editorial.pdf>> [consulta: 21 enero 2007].

13.- GAJARDO H, MARÍA CRISTINA. El Teletrabajo: ¿una solución para nuestros tiempos?. Revista del abogado N°21, Santiago, Chile, Abril 2001.

14.- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Introducción al Derecho del Trabajo, Santiago. Editorial Conosur Ltda., 1998.

15.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El daño moral por término del contrato de trabajo. [en línea] Santiago, Chile. <www.unicz.it/lavoro/AL_GAMONAL_DANNO_MORALE%20.pdf> [consulta: 19 enero 2007].

16.- GARMENDIA ARIGÓN, MARIO. La formación profesional en la etapa pre-contractual. En su: Derecho del trabajo y formación pp 29-48 [en línea] <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/gar_dtra/pdf/cap_ii.pdf> [consulta: 11 febrero 2007].

17.- GONZALEZ MORENO, MARIA, Control Medios Informáticos por la Empresa. [En línea] Centro para empresas y profesionales <http://www.microsoft.com/spain/empresas/asesoria/control_medios.msp> [Consulta 03 de octubre de 2006].

18.- GONZALEZ MORENO, MARIA; La Importancia de la protección de la Información Corporativa. Los Acuerdos o Pactos de Confidencialidad.<http://www.microsoft.com/spain/empresas/guia_lopd/informacion_confidencial.msp> [Consulta: 20 Diciembre 2006]

19.- GAZMURI R, CONSUELO. Los derechos fundamentales en la empresa; algunas perspectivas de género. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-71195_recurso_1.pdf> [consulta: 22 enero 2007].

20.- JANA LINETZKY, ANDRÉS. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. [en línea] <<http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>> [consulta: 04 febrero 2007].

21.- LA LEY DE SECRETO PROFESIONAL. [en línea] La Nación en internet, 25 julio 2003

<http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20030624/pags/20030624150339.html> [consulta: 10 febrero 2007].

22.- LEY 19.996. CHILE. Modifica la ley N° 19.039, sobre propiedad industrial. Ministerio de economía, fomento y reconstrucción, Santiago, Chile, 11 marzo 2005.

23.- LEY N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo. Decreto con Fuerza de Ley 29..

24.- LEY N° 17.838 URUGUAY. Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción habeas data. Montevideo, Uruguay, octubre de 2004.

25.- LIZAMA, LUIS. UGARTE, JOSÉ LUIS. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa; Santiago de Chile; Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1999.

26.- LOPEZ-MADRID, JOSÉ FERNANDO. Estudio sobre la información, como desarrollo del principio de buena fé en la etapa precontractual [en línea] Bogotá, Colombia.

<http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=237> [consulta: 28 enero 2007].

27.- MEINS OLIVARES, EDUARDO. Derecho A la Intimidad y a la Honra en Chile. Revista Ius et Praxis. (1): Pág. 303. 2000.

28.- MUJICA, PEDRO. Acceso a la información en el sistema jurídico chileno. <http://foroantofagasta.bcn.cl/documentos/pdf/mujica.pdf>.

29.- NAHLE GARCÍA, ARTURO. Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, de la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental y de la ley federal de procedimiento administrativo. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1711-I, lunes 14 de marzo de 2005. [en línea] <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/59/2005/mar/Anexo-I-14mar.html>> [consulta: 04 febrero 2007].

30.- NAVA GOMAR, SALVADOR. Información Reservada [en Línea] Comparative Media Law Journal <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoi/cont/4/art/art5.htm>> [consulta: 18 febrero 2007].

31.- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Dogmática Constitucional, Editorial Universidad de Talca, Talca, Chile, 1997, Pág. 107 y ss.

32.- NOVOA, EDUARDO. El derecho a la vida y Libertad de Expresión, Editorial Siglo XX, México, Cuarta Edición, México. 1989, Pág. 26

33.- OLMEDO B, JUAN PABLO. Derecho de acceso a información pública. Secreto y reserva. Revista del abogado N°30, Santiago, Chile, Abril 2004.

34.-. OBREGÓN CASTRO, PABLO. Riesgos del Trabajo paralelo. 21 Enero 2003. http://www.paritario.cl/actualidad_trabajo_paralelo.htm [Consulta: 22 Enero 2007]

35.- PEDRAJAS MORENO, ANTONIO. Despido y derechos fundamentales, Estudio especial de la presunción de inocencia, Madrid, Editorial Aranzandi, 1992.

36.- RIBAS FERRER, VICENÇ. Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades. Tesis Doctoral. (doctorado en ciencias del Derecho) Barcelona. España. Universidad Autónoma de Barcelona, facultad de derecho, departamento de derecho privado, 2004. 564 h.

37.- RENGIFO GARCIA, ERNESTO. El deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación. [en línea] <<http://www.gerridorengifo.com/documentos/Deber%20de%20informaci%C3%B3n%20y%20las%20condiciones%20generales%20de%20contrataci%C3%B3n>> [consulta: 13 febrero 2007].

38.- ROJAS MIÑO, IRENE. Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004.

39.- SALA FRANCO, TOMÁS. EL Derecho a la Intimidad y a la propia imagen y las nuevas Tecnologías de Control laboral, Trabajo y Libertades Públicas, Madrid, Editorial Aranzandi, 1999, Pág. 205.

40.-SANCHEZ ALMEYDA, CARLOS. “Republica Internet” [en línea] España. Primera Edición 2004.

<<http://biblioweb.sindominio.net/telematica/republica/node1.html>>. Consulta 18 de octubre de 2006.

41.- TORRES ZAGAL, OSCAR, La protección del secreto empresarial en la Ley de Propiedad Industrial. [En línea] Clima de Emprendimiento Organizado. 22 de marzo de 2005.<<http://web.ceo.cl/609/propertyvalue-2804.html>> Consulta 03 de octubre de 2006.

- 42.- UGARTE, JOSÉ LUIS. El derecho a la intimidad y la relación laboral. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf> [consulta: 11 febrero 2007].
- 43.-UGARTE, JOSE LUIS. Derechos Fundamentales y Ordenamiento Jurídico, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Uruguay, 3-5 de Septiembre de 2003, Pág. 4.
- 44.- VERDUGO, MARIO. PFEFFER, EMILIO. NOGUEIRA, HUMBERTO. Derecho Constitucional, Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- 45.- WARREN, S. Y BRANDEIS, L. The right to privacy. 4° ed., Estados Unidos, Harvard Law, 1890.
- 46.- XVII Congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social (Montevideo, Uruguay, 3-5 septiembre 2003) Cuestionario punto II: Derecho del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales. Informe nacional de Chile. [en línea] <http://www.derecho-trabajo.cl/archivos/documentos/textos_documentos/Informe%20Nacional.%20Tema%20I.doc> [consulta: 05 febrero 2007].
- 47.- www.sargent.cl Acciones civiles en la nueva ley de propiedad industrial. Boletín Informativo. Junio 2006.
- 48.- www.consultor.com/entornolaboral/secreto.asp
- 49.- www.I-uris.com/minutas/cont.html.