



UNIVERSIDAD DE CHILE

ESCUELA DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

TUTELA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y
DE INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL
CHILENO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PAULINA ANDREA CLAVERO CHACALTANA

PROFESOR GUÍA:

CHRISTIAN MELIS VALENCIA

SANTIAGO DE CHILE

MARZO 2015

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO 1: DERECHOS FUNDAMENTALES	
1.1 Del Estado Liberal al Estado Social.....	9
1.2 Concepto de Derecho Fundamental.....	13
1.3 Eficacia de los Derechos Fundamentales.....	20
CAPÍTULO 2: DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES	
2.1 Contexto: la empresa y el vínculo de subordinación y dependencia	41
2.2 Eficacia de los derechos fundamentales: La Ciudadanía en la empresa.....	46
2.3 Garantías: Recurso de protección, Acción de Tutela y otras alternativas.....	52
2.4 Juicio de ponderación.....	60
CAPÍTULO 3: DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN	
3.1 Naturaleza jurídica.....	69
3.2 Tratados internacionales.....	74
3.3 En Chile.....	79
3.4 Concepto.....	85
3.5 Elementos.....	91
3.6 Límites.....	98

**CAPÍTULO 4: DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN
EN SEDE LABORAL**

4.1 Naturaleza.....	103
4.2 Manifestaciones.....	106
4.3 Análisis Jurisprudencial.....	109
CONCLUSIÓN.....	149

RESUMEN

Los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran consagrados y protegidos por la norma fundante básica y de mayor grado que existe en nuestro país. A pesar de ello, los legisladores estimaron necesario proteger algunos de ellos de manera particular respecto de los trabajadores, los llamados derechos constitucionales laborales inespecíficos, siendo uno de ellos el derecho a la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa, en cualquiera de sus formas y por cualquier medio.

No existe definición legal de él. La doctrina lo define como un derecho que posee una doble dimensión, constituyéndose como un derecho individual en cuya virtud nadie puede ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y como un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La jurisprudencia administrativa y judicial no están contestes en la forma de resolver conflictos en que se encuentre involucrado este derecho.

Mediante un método mixto-deductivo y argumentativo concluyo que es innecesaria la tutela del derecho a la libertad de emitir opinión y de informar en el ámbito laboral.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo desde su nacimiento ha tenido que adaptarse a las nuevas corrientes y doctrinas creadas por los ciudadanos producto del descontento vivido en las respectivas épocas.

El primer paso que se dio en este sentido fue lograr la visibilidad política de los trabajadores asalariados, pasando los obreros proletarios –sujetos de derecho privado, contratantes débiles- a ser considerados trabajadores asalariados, partes del contrato de trabajo. Luego, actores políticos, es decir, sujetos creadores de normas jurídicas vinculantes con efecto expansivo, para finalizar con la recepción del trabajador como ciudadano.

Al ser considerado ciudadano, se le adjudicó al trabajador todas las cualidades de tal, siendo de extrema importancia el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Es así, como el derecho del trabajo no pudo evitar caer en la tentación de aceptar y regular una de las materias más “sexys”¹ del derecho actual.

¹ Ruiz- Tagle Vial, Pablo. “Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa”, Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Volumen xv-diciembre 2003, págs. 181-190.

Siguiendo la línea de la Constitucionalización del Derecho, la Dirección del Trabajo comienza a desarrollar mediante sus dictámenes durante la década de los 90' la idea de que los derechos fundamentales se alzan en la empresa como el principal límite a los poderes empresariales. Esta idea se arraigó de tal modo en la doctrina laboral que el año 2001 se comenzó a vislumbrar un cambio importante en cuanto al reconocimiento normativo de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales. Lo cual culminó cuando, con la aprobación y posterior promulgación de la ley N°19.759, se añadió el actual inciso primero del Artículo 5 del Código del Trabajo que sostiene que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”, aceptándose en Chile el concepto de Ciudadanía en la empresa.

Pero lo anterior no fue suficiente, ya que faltaba el medio para lograr hacer efectiva dicha protección, lo que se logró el año 2006, con la aprobación y promulgación de la Ley 20.087, que introdujo el procedimiento de tutela de derechos. Este procedimiento pasó a ser un instrumento esencial para la tutela judicial efectiva de los derechos que los trabajadores poseían antes como ciudadanos, pero ahora también dentro de la relación laboral. El Artículo 485 del Código del ramo señala taxativamente los derechos fundamentales constitucionales que pueden hacerse valer con este procedimiento, siendo uno

de ellos el derecho a la libertad de expresión y de información sin censura previa.

Este último derecho es complejo, ya que contempla al menos dos dimensiones, la primera, una individual, de emitir opinión, y la segunda, una colectiva, de recibir las opiniones e informaciones o pensamientos que otros emitan.

Teniendo presente dichas dimensiones, uno pudiese pensar que los conflictos que se pudiesen producir entre las facultades de dirección del empleador y este derecho del trabajador radicarían en que el empleador censure previamente al trabajador al él querer decir o manifestar su pensamiento respecto de algo que le desagrade o que va en contra de la sintonía de lo que el empleador busca en su empresa. Pero la práctica ha demostrado que los casos en que se ha recurrido por la vía de la tutela de este derecho, ha sido por despidos injustificados producto de que los trabajadores han manifestado su descontento en cuanto a condiciones laborales en ocasiones que no corresponden, violando el contrato de trabajo y normas del reglamento interno de las empresas, siendo en realidad mal invocado este derecho, ya que lo que los trabajadores buscaban hacer efectiva la garantía de la indemnidad laboral contenida en el inciso tercero del Artículo 485.

Otra alternativa de conflicto que se pudiese ocasionar sería que los trabajadores revelaran información confidencial adquirida dentro de su trabajo a

la empresa de la competencia, pero esto lo resolvió la Dirección del Trabajo el año 2010 en la Ordenanza N° 4731/ 081, señalando que “Resulta ajustado a derecho pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta” exigiendo que se cumpla con algunos requisitos mínimos, siendo uno de ellos que debe consignarse expresamente el carácter reservado de la información.

Por lo tanto, si los conflictos en que se puede ver involucrado este derecho dentro de la relación laboral son escasos y pueden resolverse por medio de cláusulas pactadas en el contrato de trabajo o por reglas establecidas dentro del Reglamento interno, pareciese ser que el derecho a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa no es un derecho objeto de vulneración, y en consecuencia, cabe preguntarnos si es que es necesaria la acción de tutela respecto de este derecho.

En este contexto, en el primer apartado de este trabajo, se expondrá una reseña histórica de lo que ha sido la tutela de derechos fundamentales, luego se hará una exposición del derecho a la libertad de expresión y de información, en seguida, se hará un análisis de la tutela de dicho derecho en el contexto de la relación jurídico laboral, haciendo una revisión a la jurisprudencia tanto administrativa como judicial, y derecho comparado, para finalizar con algunas conclusiones que se estiman relevantes.

Capítulo 1

DERECHOS FUNDAMENTALES

El Derecho del Trabajo es un derecho evolucionista, realista, que va a la par con las relaciones que se van dando en el tiempo. Esto ha hecho que lo cataloguen de “derecho político”, ya que regula una realidad social que va mutando según cómo vaya desarrollándose este fenómeno social en el tiempo.

En este apartado, realizaré una reseña histórica de los derechos fundamentales, su vinculación con el Derecho laboral y la importancia de su protección.

1.1 Del Estado Liberal al Estado Social

En su origen, los derechos fundamentales nacieron como una técnica al servicio de una concepción política liberal, que correspondía al momento

histórico de la lucha de la burguesía alemana por conquistar el poder político que se encontraba en manos de la aristocracia, en donde se reconoció la personalidad jurídica del Estado, posibilitando que los individuos, en tanto ciudadanos, entablaran relaciones jurídicas con él. Esto trajo como consecuencia, que los ciudadanos se encontraran en una serie de situaciones jurídicas con el Estado, y estas situaciones derivaron en pretensiones jurídicas que tomaron el nombre de derechos subjetivos públicos.

Así, los derechos fundamentales se concebían como derechos de defensa o derechos de omisión, que eran oponibles únicamente frente al Estado, ya que los poderes públicos eran los únicos obligados a respetarlos.

El disfrute o goce de los derechos públicos subjetivos exigía la abstención del Estado, es decir, que el Estado no interfiriera en la esfera de la libertad personal del ciudadano. En otras palabras, estos derechos no facultaban a su titular para reclamar una determinada acción positiva de los órganos estatales. Esto se explica porque el Estado liberal surgió para resguardar la libertad individual de los particulares frente a lo que se percibía como su principal amenaza: el poder del Estado.

En este contexto, no tenía mucho sentido extender la eficacia de los derechos individuales a esferas jurídicas entre particulares, porque se consideraba que las relaciones jurídicas entre particulares se establecían entre iguales, y entre iguales las relaciones no podían ser sino libres.

Al estar la libertad tan vinculada con la igualdad, no necesitaba de una protección externa o particular.

Pero este esquema debió replantearse, ya que la afirmación de que las relaciones reguladas por las normas de derecho privado son por definición relaciones entre iguales no resultó tan cierta, lo era si se apelaba la igualdad formal, que se limitaba a suprimir la desigualdad consagrada en la propia ley, pero no se pudo pasar por alto el desequilibrio que está en la base de muchas de las relaciones que forman la trama de la vida social. Es así como en “el derecho privado se conoce el fenómeno de la autoridad, como poder imponer jurídicamente a otros las propias decisiones”.² En esta línea se encuentran hoy grupos de presión, grandes empresas, confesiones religiosas y otras entidades semipúblicas que tienen gran poder respecto de otros particulares, desconcentrándose el poder del aparato estatal, diseminándose en la sociedad.

Bobbio concluye que “el problema actual de la libertad no puede restringirse al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil, afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social”.³ Las primeras manifestaciones de este cambio fueron los *soviets* o consejos obreros de la revolución rusa, que buscaron invertir el estatus, es decir, pasar la propiedad de

² C.M.BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, P.4

³ Bobbio, “Libertá fondamentali e formazioni social. Introduzione storica”, *Pol.Dir.*, n°4, 1975, P.454.

la empresa desde el empleador al Estado obrero. Así, tanto el poder económico, como el político y social se radicaron en el obrero. Paralelamente nacieron los sindicatos, pero estos no fueron rupturistas, sino que aceptaban el sistema vigente, perpetuando el orden establecido. Es por lo anterior, que los *soviets* miraban con malos ojos a los sindicatos.

A ellos les siguieron los consejos de empresa de la República de Weimar de 1919. A diferencia de los *soviets*, los consejos de empresa buscaban limitar el poder dentro de la empresa en un clima de colaboración con el empleador, y no excluían la pertinencia de otras organizaciones laborales dentro de la empresa. Ellos armonizaron la política de empresa con la política de Estado, lo cual trajo dos consecuencias trascendentales:

- 1) Ya no se entendía a los sindicatos como una forma de contrapoder.
- 2) La empresa pasa a ser un abstracto y superior. Así, los empleadores y trabajadores colaboran para mejorar sus condiciones laborales, sociales, económicas y productivas.

Cerca de los años cincuenta y en años posteriores, surgieron distintos modelos como reacción a los *soviets* y consejos de empresas, los cuales en la doctrina recibieron el nombre genérico de “Nuevas Tendencias”. Éstas buscaron refutar la idea de unificar la política de empresa con la política de Estado, proponiendo su separación, que traería aparejado como efecto lograr separar la acción sindical de otras formas de participación en la empresa,

pasando a ser conflictual únicamente supraempresa, y las formas de participación restantes, enfocarse en la cooperación del trabajador, para así fortalecer la política privada de la empresa a través de la colaboración.

A modo de resumen, el Derecho enfrentó la realidad planteada por el Estado Liberal estableciendo que el sistema de garantías fundamentales debía operar frente al poder, sin apellido. Así, surge el Estado Social, el cual representa una profundización del ideal democrático y una nueva sensibilidad frente a los problemas del hombre concreto, ya que en él los poderes públicos se comprometen a intervenir activamente en la organización de las relaciones sociales, buscando que ellas se ajusten, en la medida de lo posible, a los valores consagrados en la Constitución.

En este contexto, durante el Siglo XX, los derechos públicos subjetivos se expanden, al reconocerse los “derechos sociales”, los que también pasan a recibir el nombre de “Derechos fundamentales”.

1.2 Concepto de Derecho Fundamental

“El concepto de los derechos fundamentales es una categoría dogmática del derecho positivo que se ha desarrollado a finales del siglo XX y de modo

progresivo, en el contexto del constitucionalismo”.⁴ El término “Derechos Fundamentales” (“Droits Fondamentaux”) fue utilizado por primera vez el año 1770 en Francia, en el marco del movimiento político cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. La segunda vez, fue en Alemania, específicamente en la Constitución de Weimar de 1919, denominados “Grundrechte”.

Existen concepciones simples y complejas de estos derechos. En un comienzo, se consideraba a los derechos fundamentales como pura libertad frente a o respecto del Estado, asimilándose a los derechos de primera generación. Luego, con el transcurso del tiempo, se aceptaron también como fundamentales los derechos de segunda e incluso de tercera generación. Fue así como con la ayuda de autores como Alexy, Peces-Barba y Cruz Villalón, se aceptó una concepción compleja de estos derechos, que exige considerar como asociado al concepto de derecho fundamental, su base constitucional: el ser una garantía institucional en sentido sustantivo y adjetivo y los conceptos de vinculación general, eficacia directa, contenido esencial y tutela judicial.⁵

Dentro de la concepción compleja, la doctrina ha aceptado dos acepciones. La primera considera éstos como derechos humanos positivados, es decir, como derechos inherentes a la persona, reconocidos legalmente y protegidos

⁴ Ruiz-Tagle Vial, Pablo, trabajo “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario” contenido en libro “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, P.72

⁵ Ruiz-Tagle Vial, Pablo. Op. cit., 2003, pp.181-190.

procesalmente. Sigue esta corriente Lluís de Carreras Serra, quien los define como “aquellos derechos humanos reconocidos en la legislación de cada Estado, y que están bajo la protección de su fuerza coactiva.”⁶

La segunda acepción, los conceptualiza como derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar. El profesor Cea Egaña sigue esta línea, y agrega que, como todo derecho, traen aparejado un deber correlativo, el cual limita o restringe el ámbito de ejercicio de aquél, encuadrándolo dentro de lo que es lícito o legítimo. Junto con lo anterior, señala que no se deben confundir los términos derechos con garantías, aclarando que las garantías son “las acciones y recursos procesales, cuya eficaz deducción - preventivamente o ex post- , decisión y cumplimiento por la Magistratura competente permite que cobren seguridad y realidad las declaraciones de derechos y deberes fundamentales.”⁷

Siguiendo a este autor, aquí nos estamos refiriendo a derechos. Más adelante, cuando analicemos la jurisprudencia y derecho comparado referente al derecho a la libertad de expresión e información nos centraremos en las garantías.

⁶ De Carreras Serra, Lluís. “Derecho Español de la información”. Editorial UOC, 2003, P. 27.

⁷ Cea Egaña, José Luis. “Derecho constitucional chileno” Tomo 2, P.35

En ambos hemisferios, llegó a ser tal el nivel de preocupación por la dignidad de las personas que nació un proceso de difusión del reconocimiento y promoción de los derechos humanos en todos los Estados. La consecuencia directa de esto fue la incorporación del reconocimiento y promoción de éstos a los tratados internacionales, tanto de alcance universal como regional, configurándose el Derecho Constitucional internacional o supranacional. Lo cual derivó en que el hombre y la mujer comenzaran a ser respetados como ciudadanos del mundo.

A nivel local, el Artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución Política es muestra clara de este proceso, al señalar que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a 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.”

A raíz del crecimiento y vigorización del respeto y promoción de los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile, se produjo el “proceso, en virtud de la cual la supremacía que singulariza a la Carta Fundamental se hace patente en la sumisión a los valores, principios y normas de aquella por las leyes, decretos, actuaciones

administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control.”⁸, mejor conocido como la Constitucionalización del Derecho.

El derecho laboral no se quedó atrás, ya que como una más de las distintas ramas del derecho, que conforman nuestro ordenamiento jurídico, también se complementa y enriquece con normas jurídicas provenientes de instituciones jurídicas que nacieron en otras ramas del derecho, en este caso, el derecho constitucional, originándose la tendencia que supone que en los lugares de trabajo no sólo se debe velar por los derechos fundamentales laborales, sino que también se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, que ha sido conocida como Ciudadanía en la Empresa.

Este concepto se consagró en el artículo 5° inciso 1° del Código del Ramo:

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

Si bien destaca los derechos a la intimidad, vida privada y honra, no significa que no se les reconoce vigencia plena a los demás derechos fundamentales- contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales- de los

⁸ Ibid., P.73

trabajadores en la empresa, sino que, en el momento en que la ley fue creada, éstos eran los más vulnerados.

En dicho artículo se encuentra la base para afirmar que los Derechos Fundamentales de los trabajadores cumplen una función limitadora del poder de dirección del empleador. Y que el poder de dirección del empleador y la temática de los Derechos Fundamentales tiene que entenderse únicamente en el contexto de la actividad laboral.

Del concepto de Ciudadanía de la empresa y del precepto legal en comento, la doctrina pasó a clasificar los derechos fundamentales en dos categorías:

- 1) Derechos fundamentales laborales específicos. Son aquellos que se vinculan en forma directa con el contrato de trabajo y con la situación de los trabajadores, tales como el derecho al trabajo y a la libertad sindical. Éstos han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad.⁹

- 2) Derechos fundamentales laborales inespecíficos. Se trata de aquellos derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por los ciudadanos,

⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. "La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: De Erizo a Zorro", publicación en Revista de Derecho Vol.XX-Nº2-Diciembre 2007, P.52

que al propio tiempo, son trabajadores y, por tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales en razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hagan valer. Éstos han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.¹⁰

Dentro del segundo grupo, se encuentra el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información.

Los laboristas han tendido a optar por una de estas dimensiones, negando o minimizando las otras, reduciendo el diseño del Derecho del Trabajo. Se crearon dos tendencias: el laborismo conservador y el laborismo progresista.

El conservador se abandera por prestar atención únicamente a los derechos laborales estrictos –aquellos atribuidos al trabajador como contratante débil, tales como el salario mínimo, jornada de trabajo e indemnizaciones por término de contrato- , manteniendo una perspectiva realista pero muy modesta, al reducirla nada más que a normas legales sobre condiciones de trabajo.

El progresista, por otro lado, es un ambicioso idealista, ya que pretende que todos negocien colectivamente, así, su atención radica en los derechos constitucionales de naturaleza social, específicamente la libertad sindical y la negociación colectiva.

¹⁰ Ibid.

En Chile se ha seguido por muchas décadas el programa del laboralismo conservador, sin embargo, desde el año 2001 ha comenzado a expandirse, asumiendo una especial preocupación por los derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador.

1.3 Eficacia de los Derechos Fundamentales

La doctrina ha debatido mucho respecto a qué eficacia se le debe dar a estos derechos. Hay quienes sostienen que se trataría de una eficacia vertical, mientras otros dicen que se trataría de una eficacia horizontal, la cual puede ser directa o indirecta.

Quienes sostienen la teoría de la eficacia vertical, se basan en la concepción del Estado Liberal, de que el Estado tiene el poder, y por lo tanto, estos derechos surgen para proteger al ciudadano de él, rigiendo el principio de igualdad jurídica, considerándose a todos los hombres iguales, dejando fuera la discusión de situaciones jurídicas entre particulares en las que se vean envueltos derechos fundamentales.

Con el cambio al Estado Social, se aceptó la idea de que los ciudadanos en sus relaciones con otros particulares no siempre se encuentran en un plano de igualdad, abrazándose la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Esta doctrina nació en Europa, concretamente en Alemania, al ser formulada por H.C.Nipperdey, recibiendo el nombre de la “Drittwirkung der Grundrechte”, lo cual significa: “la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales”, para luego ser sostenida por la jurisprudencia de la Primera Sala del Tribunal Federal del Trabajo alemán, donde presidía.

La primera sentencia en que se sugiere esa relevancia directa en las relaciones *inter privatos* es de 3 de diciembre de 1954. En ella se recoge la afirmación de que los derechos fundamentales contienen “principios ordenadores para la vida social” (“Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben”), de carácter vinculante, que tiene una “significación inmediata” (“unmittelbare Bedeutung”) para el tráfico jurídico privado, por lo que ningún negocio o acto jurídico-privado puede estar en contradicción con lo que se podría llamar la estructura de un determinado ordenamiento con sus principios básicos.¹¹

No resulta extraño que la génesis y desarrollo de esta teoría se de en el contexto de las relaciones laborales, dado que la empresa, como organización económica, estructurada jerárquicamente, genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación, quebrando el esquema clásico de derecho privado de coordinación entre iguales, acercándose más a la relación de jerarquía entre supraordenado y subordinado, propia del derecho público. El

¹¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” Madrid, CEPC-BOE,1997, P.272.

poder de dirección y disciplinario del empresario constituyen, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la ejecución de la prestación laboral.

Gracias a la existencia de la “Drittwirkung” hoy se dice que los derechos fundamentales tienen una eficacia pluridireccional, por cuanto no sólo se pueden invocar en relación al Estado, sino que también en las relaciones entre particulares.

A pesar de su existencia, existe debate doctrinario acerca de su aceptación. La mayoría de sus contradictores apoyan la concepción liberal de los derechos fundamentales, consideran que no puede inmiscuirse la Constitución en temas tratados y resueltos en el derecho privado, principalmente en los códigos civiles, ya que de lo contrario se violaría el principio básico de la autonomía privada, lo cual pondría en jaque a la seguridad jurídica.

Entre quienes aceptan la doctrina de la eficacia horizontal, existen dos propuestas doctrinales que postulan, por un lado, que esta eficacia es mediata, ya sea ésta hecha por el legislador o por un juez, y por otro, que la eficacia es inmediata, sin necesidad de intermediario.

La doctrina de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como “razón primaria y justificadora” (no necesariamente la única) de una determinada decisión. Es decir, no como regla hermenéutica, sino como norma de

comportamiento apta para incidir también en el contenido de las relaciones entre particulares.¹² En palabras de Luiz Guilherme Marinon, según los seguidores de esta teoría, los derechos fundamentales son aplicables directamente sobre las relaciones entre particulares. Además de normas de valor, tendrían importancia como derechos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociales o incluso contra individuos que tengan una posición de supremacía en relación a otros particulares.¹³

En Chile se sigue la doctrina de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales¹⁴. A pesar de que no existe un reconocimiento expreso de esta teoría en nuestra Constitución, sí consideramos que existen argumentos normativos suficientes para realizar esta afirmación, principalmente el Artículo 6° de nuestra Carta Fundamental:

“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.

¹² Ibid., p.327.

¹³ Marinon, Luiz Guilherme. “Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales”, Revista *Ius et Praxis*, Año 20, Nº 1, 2014, P. 338.

¹⁴ Autores nacionales, tanto constitucionalistas-Ruiz-Tagle, Verdugo, Pfeffer y Noguera- como laboristas de la talla de Melis, Lizama y Ugarte junto con el civilista Carlos Peña han seguido esta doctrina, denominando el contenido del Artículo sexto de nuestra Carta fundamental “vinculación directa” o “eficacia inmediata o directa”.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

Esta postura es respaldada tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema.¹⁵

El primero, señala que “no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, [...], puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos. [...] resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.” [parte de considerandos trigesimocuarto y trigesimoquinto de Fallo Requerimiento de Inaplicabilidad, Rol N°976, de 26.06.2008.]

La Corte Suprema, por su lado, haciendo alusión al nuevo procedimiento de tutela laboral, considera que éste “constituye un sistema omnicompreensivo de salvaguardia de derechos, que se funda en el respeto y acatamiento directo de

¹⁵ Melis Valencia, Christian, “Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”, LegalPublishing, Santiago, Chile, 2010. P. 27

las normas constitucionales en las relaciones laborales, que afecten derechos fundamentales de los trabajadores contemplados en la Constitución Política de la República. (Considerando segundo de Fallo Apelación Recurso de Amparo, rol N°3.776, de 15.06.2009)

Se sostiene que estos derechos tienen una aplicación directa en las relaciones entre particulares, en tanto constituyen derechos subjetivos que se encuentran reforzados por una garantía constitucional, transformándose en una herramienta de protección frente a las violaciones o vulneraciones que procedan de sujetos privados. Al aceptarse el carácter normativo de la Constitución, se acepta que los derechos fundamentales contenidos en ella son una norma de comportamiento apta para intervenir en el contenido de las relaciones entre particulares, permitiendo llenar las lagunas de la regulación legal, ya que cubre supuestos que la ley no ha regulado en específico. Esto se manifiesta en el Artículo 20 de nuestra Constitución Política y en el Artículo 5 del Código del Trabajo.

Como alternativa, existe una propuesta intermedia que trata de dejar atrás los problemas dogmáticos que han dificultado el reconocimiento general de la “Drittwirkung” en su versión pura. Se alude a esta eficacia cuando se dice que la fuerza jurídica de las normas constitucionales sólo pueden imponerse, en relación a los privados, por medio de normas infraconstitucionales y principios de derecho privado, como así también existiría cuando las normas

constitucionales son utilizadas dentro de las líneas básicas del derecho privado, para la concretización de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados.¹⁶ Los defensores de esta doctrina, condicionan la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que está vinculado directamente a estos derechos. Basados en la legitimidad democrática, sostienen que entre la Constitución y el acto jurídico tiene que existir la mediación de un derecho, con dos intérpretes: el legislador y el juez.

Debido a la función de mandato de tutela o protección que tienen los derechos fundamentales, el legislador se ve obligado a proteger a un ciudadano frente a otro. En el caso de inexistencia o insuficiencia de esa tutela, el juez debe tomar en cuenta esa circunstancia, proyectando el derecho fundamental sobre las relaciones entre los sujetos privados y, de tal forma, confiriendo la protección prometida por el derecho fundamental, pero olvidada por la ley.¹⁷

El legislador es a quien incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales, mediante la regulación de su contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos. Lo anterior será factible, siempre que no existan vacíos legales o lagunas. En caso contrario, tendría que interpretar el juez en forma supletoria.

¹⁶ Ibid., P.340

¹⁷ Ibid., P.341

Es importante señalar que la interpretación que puede efectuar el legislador tiene como límites la garantía de la autonomía y no vulnerar estos derechos en su esencia, siguiendo el Artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

La opinión es unánime en doctrina acerca del papel preferente del legislador, ya que no cabe duda que tanto en el ámbito de las relaciones entre particulares como en las que mantiene el individuo con el Estado, la ley es el instrumento más apropiado, el que ofrece más garantías, para la operación de acomodación de los derechos fundamentales a estos escenarios, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Si las disposiciones constitucionales son incapaces o no idóneas para solucionar directamente un conflicto entre particulares, se recurrirá al juez como mediador. Éste, por imperativo constitucional, tomará en consideración los derechos fundamentales como criterios de integración privilegiados a la hora de interpretar las normas de Derecho privado, y, en particular, las que contengan derecho necesario.

El problema está en la circunstancia de que la acción del juez, frente a la falta de ley, no tiene la misma elasticidad o la misma latitud que la acción del legislador. El legislador tiene amplia esfera de libertad para la definición de la providencia o del medio para la tutela del derecho fundamental, mientras que el juez debe actuar apenas para garantizar el deber de protección que satisfaga las exigencias mínimas de su eficiencia. Así, le incumbe al juez actuar de modo

de imponer no más que el mínimo necesario para la protección del derecho fundamental. Más allá de responder a un deber de tutela, el Poder Judicial garantiza el control de la insuficiencia de la tutela debida por el legislador.¹⁸

La doctrina de la eficacia inmediata concibe a los derechos fundamentales, en su conjunto, como un sistema de valores, expresión de una determinada conciencia de la dignidad humana, de una determinada “imagen de la naturaleza humana”, dotados de una especial fuerza expansiva, también conocido como “efecto de irradiación”, proyectándose sobre todas las normas del ordenamiento y afectando a todos los poderes del Estado (no sólo al judicial). Así, en el desarrollo de su función jurisdiccional, el juez es el medio a través del cual se concreta la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado. Para realizar esta labor tendrá que, antes de todo, verificar si existe un deber de protección del derecho y, luego de ello, analizar cómo la legislación debe manifestarse para no descender por debajo del mínimo de protección jurídica constitucionalmente exigida, ya que tiene como límite el no poder restringir un derecho fijado por la Constitución.

El juez, para definir el derecho, posee dos vías: la interpretación del derecho en sí y la colisión de derechos.

- 1) La interpretación del derecho en sí: existen diversas formas de interpretación. La primera de ellas consiste en la interpretación sobre el

¹⁸ Ibid., P.342 y 343

contenido. En este ámbito debe interpretarse todo lo que se entienda, tanto de las expectativas sociales del derecho como las expectativas del individuo; interpretar a priori el derecho, es decir, proteger la esencia del derecho; y aplicar las reglas generales de interpretación. La segunda, resalta la preferencia o jerarquía que los derechos fundamentales tienen por sobre cualquier otra regla positiva. La tercera consiste en la progresividad, es decir, en optar por la posición o alternativa que mejor satisfaga a los derechos y a la dignidad de la persona. Y, finalmente, la cuarta forma es interpretar conforme a la Constitución.

En este sentido, Cea Egaña resalta que “Las técnicas o cánones más relevantes en el constitucionalismo son los siguientes: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximación de los efectos normativos de los atributos esenciales de la persona, el efecto de irradiación de los valores y principios constitucionales, el criterio *pro personae* y el postulado de la progresividad en la implementación de los derechos.”¹⁹

- 2) La Colisión de Derechos: Esto se produce cuando ante un conflicto entre particulares en el cual ambos sujetos ven afectados sus derechos fundamentales no existe solución normativa.

¹⁹ Cea Egaña, Op. cit., P.68

Esta vulneración puede ser lícita o ilícita. En el primer caso, en materia laboral, el empleador tiene dos posibilidades: arrogarse un derecho o no. Si no se arroga un derecho, se trata de una conducta lesiva que no puede realizar. Pero el problema está en que siempre el empleador puede arrogarse el poder de mando que se evidencia en el reglamento interno (potestad reglamentaria) y en las multas, amonestaciones escritas o despido (potestad disciplinaria).

Si el empleador puede arrogarse un derecho, existen tres posturas desde el punto de vista doctrinario:

- a) Interpretar los Derechos Fundamentales de forma amplia

- b) Solucionarlo de acuerdo al peso específico que tiene cada derecho predeterminado por el ordenamiento jurídico. Aquí se encuentra la tesis numerológica o de jerarquía o gradación apoyada por Soto Klos y Cea Egaña, quienes afirman que los derechos contenidos en el Artículo 19 de la Carta Fundamental se encuentran enumerados en orden de prelación, según su importancia, así, comienza por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando a la información y reunión, para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya

adquirido o propiedad. Las razones que esbozan para justificar lo anterior son las siguientes:

- Los años en que se discutía el anteproyecto, se ignoraba el método de la ponderación y era inexistente nuestra dogmática relativa a los derechos humanos. Las actas oficiales de la sesión 96° pp. 30-31 muestran la discusión en torno al orden de prelación de las garantías. “El señor Silva Bascuñán declara preferir la sugerencia del señor Guzmán. Le parece que existe una mejor predisposición intelectual para tratar las demás igualdades. Estima que ahora no se debe pasar a la libertad de conciencia, por cuanto ésta debe ser tratada después de la libertad de opinión, en atención a que es nada más que una de las formas de expresión y de la libertad de opinión. Entonces si se empieza inmediatamente con la libertad de expresión, se producirá un debate inorgánico.”
- La Jurisprudencia lo ha respaldado. Considerandos 8° y 9° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de Mayo de 1993. Considerando ratificado por la CS en considerando 3° de sentencia del 15 de Junio de 1993. Considerando 4° sentencia C de Ap de Pto Montt pronunciada el 1 de Septiembre de 2005.²⁰

²⁰ Cea Egaña, Op.cit., P.70

A pesar de lo anterior, se ha estimado por gran parte de la doctrina que esto resulta arbitrario, ya que no existe ni puede haber superioridad de unos derechos sobre otros, porque todos ellos son, ontológica y deontológicamente, iguales e indispensables para una convivencia digna y civilizada. Cea dice no discrepar de esta afirmación, sin embargo, considera ingenuos a quienes asumen esta teoría de la igualdad absoluta entre derechos, dado que en la práctica se producen colisiones de derechos y es importante el poder efectivamente resolverlos. Así, este autor propone como formas de solución en primer lugar la ponderación, y en caso de no resolverse por dicho medio, la jerarquía.

- c) Hacer la ponderación de derechos. Técnica denominada también de interpretación conforme a la Constitución, de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. Fue desarrollada por Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel. Parte de la premisa de que ante antinomias o contradicciones entre valores, principios y normas aplicables a un caso de derecho constitucional, son insuficientes o inconducentes para decidirlo acertadamente los criterios tradicionalmente utilizados al efecto, esto es, el jerárquico, el cronológico y el de especialidad de los preceptos jurídicos.²¹

²¹ Ibid., P.68

Lo característico de este medio de solución es que “su desenlace o resultado se limita al caso concreto, sin erigirse en respuestas válidas para todo supuesto de conflicto parecido. Es una regla de alcance relativo.”²²

Este proceso busca que el juez falle a favor de una sociedad moralmente más correcta. Esto se realiza a través de un triple test: primero, de idoneidad de los medios utilizados; segundo, de la necesidad o indispensabilidad de la vulneración para el fin que se perseguía; y tercero, de proporcionalidad en sí, es decir, que frente a la vulneración de un derecho, exista la satisfacción de otro en la parte vulnerada.

La Dirección del Trabajo aplica este test en diversos dictámenes donde se ven afectados derechos fundamentales y no existe norma legal que resuelva el conflicto.

En el contexto de la ponderación, surgen dos problemas: el de definición de los límites de los derechos fundamentales y el de la prueba de la vulneración.

En cuanto al primer problema, nace la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los límites de los derechos fundamentales: su esencia u otros derechos?

Para responder esta interrogante, tenemos que retroceder a las características de estos derechos. Éstos no son absolutos, y ello se explica

²² Ibid., P.70

puesto que “éstos llevan implícitos un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho debe ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos (...)”. [Considerando 7° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 31 de Mayo de 1993 (Rol 989-93), confirmada por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 15 de Junio del mismo año]²³

El profesor Cea sostiene que el ejercicio de los derechos humanos admite como derechos subjetivos públicos, dos tipos de limitaciones o restricciones:

- 1) Restricciones habituales: inherentes al ejercicio común del derecho, aplicables durante la vida normal o corriente del Estado Nación. Son aquellas que debemos aceptar día a día, sin que resulte necesario para ello que la sociedad política esté en crisis o que vivamos una emergencia para que la autoridad las implante y debamos obedecerlas. Son intrínseca a los derechos, al punto que ellas son de su esencia, inconcebibles sin ellas.

- 2) Restricciones excepcionales o extraordinarias: Son las impuestas únicamente en ocasiones muy graves, es decir, en tiempos de crisis

²³ Ibid., P.64

institucional o situaciones de emergencia (Estado de asamblea o de guerra, de sitio, de emergencia y de catástrofe). También son congénitas a los derechos y a su ejercicio, de modo que no les han sido añadidas por voluntad del Poder Constituyente ni del legislador. Implican que la autoridad en el Estado de Derecho lleve a la práctica limitaciones, las cuales y por tanto, son reducciones mayores y más severas al ámbito del ejercicio habitual de los derechos. La situación extrema en tal sentido es la suspensión de dicho ejercicio, o sea, la prohibición de disfrutarlo, aunque sólo por un plazo determinado y no indefinidamente. Se contemplan en los Artículos 39 a 45 de la Constitución Política de la República.

Su finalidad legítima es una sola: restablecer o mantener el imperio del Derecho y el orden público, a través de los medios previstos de antemano en la constitución y regulados en las leyes. Trátase, por ende, de una finalidad justificada que debe llevarse a cabo con medios igualmente lícitos. De no ocurrir así, todo lo obrado es nulo, debiendo los órganos jurisdiccionales competentes efectuar la declaración de rigor. Por eso, el control –político y judicial- de lo obrado en tal tiempo se torna esencial.

La diferencia entre limitaciones ordinarias y extraordinarias se halla en las circunstancias en que unas y otras rigen, en la intensidad mayor que tienen las

segundas y en la reducción (nunca desaparición) de las garantías para tutelar el ejercicio de los derechos afectados.²⁴

En la materia que nos convoca, debemos fijar la mirada en las limitaciones ordinarias. Con su concepto, Cea nos da a entender que los límites a estos derechos tienen relación directa con otros derechos y su esencia.

Siguiendo a Naranjo de la Cruz²⁵, podemos visualizar la estructura interna de los derechos fundamentales como tres ámbitos diferenciados a modo de anillos concéntricos, en el que cada ámbito es una circunferencia de distinto grosor, siendo el ámbito delimitado el anillo exterior, luego le sigue el ámbito limitado y finalmente el contenido esencial a modo de núcleo de la circunferencia. En el ámbito delimitado se estructura el contorno máximo de extensión del derecho, separando lo que es derecho fundamental y lo que queda fuera de mismo, dotando a éste de una protección inicial (prima facie) que será definitiva si no es objeto de la imposición de límite que resulte constitucionalmente admisible. El ámbito limitado –imposición de límites-, dentro del espacio delimitado, resulta de la admisión de ciertas restricciones que privan al derecho de una protección definitiva. Y en el ámbito del contenido esencial, todo límite resulta inadmisibile.²⁶

²⁴ Ibid., P.62

²⁵ Naranjo de la Cruz “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, CEPC&BOE, Madrid, 2000, pp.31-32

²⁶ Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe, “El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo”, Editorial Legal publishing, Santiago, Chile, 2009, P. 223.

La determinación de si los límites impuestos a los derechos fundamentales son admisibles resulta ser un tema complejo, ya que no basta con intentar compatibilizar el ejercicio de los derechos, sino que en situaciones en las cuales nos encontramos ante dos derechos fundamentales en juego, que es la situación que existe en la relación laboral –entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho fundamental que el trabajador posee como ciudadano-, debemos ser capaces de justificar dicha limitación.

La Dirección del Trabajo resuelve este tema, señalando que tanto los empleadores en este país, como aquellos que lo representan en la empresa no pueden, esgrimiendo sus facultades de administración y dirección, propias de su gestión empresarial, limitar o conculcar los derechos fundamentales de la persona de trabajador, salvo que esa limitación esté justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso concreto.

Que esté justificada constitucionalmente significa que, en primer lugar, verifiquemos que se trata de un conflicto entre derechos fundamentales, ya que, de lo contrario, primaría el derecho constitucional por su mayor jerarquía; y en segundo lugar, implica que la limitación ha de tener como justificación la protección de otro derecho de relevancia constitucional.

Ahondaremos más en esta forma de interpretar en el cuarto capítulo de este trabajo, cuando revisemos la jurisprudencia que existe respecto a la afectación del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información.

Otro problema que existe, debido a que la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental no es explícita, es el de la prueba. El escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales es difícil, ya que se constata un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias.²⁷ En consecuencia, se hace necesario e imprescindible reducir la carga probatoria, para obtener una tutela efectiva de dichos derechos.

En nuestro sistema procesal laboral, el estándar exigido es de prueba indiciaria. Acorde con el Artículo 493 del Código del Ramo, de los antecedentes aportados por la parte denunciante deben resultar indicios suficientes para lograr formar la convicción del juez de que esa vulneración de derechos fundamentales se produjo.

Se trata de una técnica más débil, hay una alteración del objeto de la prueba: el trabajador afectado debe acreditar la existencia de hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se traslade al

²⁷ Baylos, A. , "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva", Revista del Colegio de Abogados de Concepción, N°5, 1998, P.46

demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

En doctrina hay quienes califican este fenómeno como la “traslación de la carga de la prueba”, ya que se traslada o desplaza la carga de la prueba al denunciado, quien deberá acreditar la proporcionalidad de la medida objeto de la denuncia.²⁸

No debe confundirse esta prueba aliviada con un caso de inversión de la carga de la prueba, ya que no porque se alegue una lesión de derechos fundamentales se va a trasladar la carga probatoria al empleador. De lo contrario, podría someterse al empleador “ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales”.²⁹

La reducción probatoria es uno de los principales avances que se han realizado en orden a proteger efectivamente los derechos fundamentales.

²⁸ Melis Valencia, Christian. Op.cit., 2010, P. 74.

²⁹ STC español 266/1993

Capítulo 2

DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Históricamente el derecho laboral se consideraba independiente y suficiente respecto de la Constitución. Con la Constitución Mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919 aquello cambió, se reconocieron constitucionalmente los derechos laborales (*strictu sensu*), en particular los derechos laborales de carácter colectivos, pasando a tener el derecho del trabajo proyección constitucional. Así, se producía una dicotomía entre que se reconocían derechos fundamentales de carácter constitucional, pero no se aceptaba que éstos se ejercieran al interior de la empresa. Con el nacimiento de los movimientos sociales de los años 60' y los de las décadas posteriores-particularmente en Francia e Italia-, se abrió la mirada de la empresa a estos derechos, considerando a los trabajadores, en primer lugar, como ciudadanos. Siguiendo esta línea, en este capítulo, estudiaremos el camino al reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, comenzando por la postura contractualista, para luego, en virtud de la doctrina de la Ciudadanía en la empresa, abrir paso a la tesis fundamentalista, que se

concretiza con la aplicación del principio de ponderación como método de resolución de controversias entre derechos fundamentales.

2.1 Contexto: la empresa y el vínculo de subordinación y dependencia.

La empresa constituye uno de los centros de poder social más importantes y trascendentes de la sociedad contemporánea, debido a la disparidad existente entre los derechos y deberes del empleador para con el trabajador y viceversa. Lo anterior, transforma al contrato de trabajo en un instrumento jurídico que, por su contenido, se aleja de aquellos que caracterizan a las relaciones entre privados. El elemento esencial para calificarlo como diferente lo constituye el vínculo de subordinación o dependencia³⁰ que existe entre los sujetos de esta relación, colocando al trabajador en una posición jurídica más débil, contando el empleador con facultades de dirección y orden, que le permiten afectar en alguna medida los derechos que posee el trabajador como ciudadano –los derechos laborales inespecíficos-. Como la dignidad del trabajador, que abarca su personalidad, su interés moral y extrapatrimonial, se encuentra especialmente comprometida en el contrato de trabajo, se requiere de una intervención legislativa de protección.³¹ Y siendo la dignidad un metaprincipio

³⁰ “El elemento subordinación es de tal importancia que en la práctica define las fronteras sobre cuál trabajo es el protegido por la legislación laboral, e implica...el poder de mando, dirección, control y fiscalización que ejerce el empleador sobre el trabajador.” Gamonal, Sergio, Trabajo y Derecho, P. 60.

³¹ Gamonal Contreras, Sergio, “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, Estudios Constitucionales, año 11, N°1, 2013, P.426

de los derechos humanos, coloca al derecho del trabajo en el tronco mismo del sistema de derechos fundamentales.³²

Estando contestes en que los derechos fundamentales operan dentro de la relación laboral, no debemos caer en el error de creer que el trabajador es el único acreedor de dichos derechos, sino que el empleador, como cualquier ciudadano, también goza de ellos. De hecho, los derechos fundamentales de propiedad y libertad de empresa –consagrados en nuestra Constitución Política– son los que le confieren a éste un cúmulo de facultades organizativas –destacándose constitucionalmente las facultades de bosquejar un proyecto empresarial y ejecutarlo–, las que se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración al contrato de trabajo. En consecuencia, la empresa y la jornada de trabajo constituyen el ámbito de extensión de los poderes empresariales, es decir, dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador. Y será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario.

Es en la relación laboral donde se conectan los planos jurídico y económico del fenómeno empresarial y pasan el conjunto de facultades empresariales a manifestarse en un solo poder, el de dirección. Este poder se funcionaliza como una herramienta en manos del empresario para el logro de su proyecto

³² Ibid, P. 430

económico. Este poder se tiende a ver como uno de carácter imperativo que modera o aminora el derecho fundamental del trabajador –parte débil-, sin embargo, sucede todo lo contrario, es el derecho fundamental del trabajador el que actúa como freno insalvable al ejercicio de los poderes empresariales. En consecuencia, el empresario tiene un doble deber, por un lado positivo, estando obligado el empresario al reconocimiento de acciones, y, por otro-negativo-, de abstenciones que faciliten el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores. Pero estos obstáculos no pueden ser ciegos³³, ya que la protección de los derechos esenciales siempre tiene en cuenta la continuidad de la empresa y del lucro del empleador, puesto que el derecho laboral requiere que la empresa pueda funcionar económicamente. En otras palabras, el derecho laboral, junto con proteger al trabajador, también resguarda a una serie de derechos del empleador.

Existe en la empresa un problema de colisión y límites de derechos fundamentales, encontrándonos por un lado con la garantía del empleador de la libertad de empresa y por el otro, los derechos laborales inespecíficos del trabajador. Es así como el conflicto se escapa de la índole contractual y pasa a ser uno de nivel constitucional.

³³ Gamonal, libro “Fundamentos de Derecho Laboral”, Legal Publishing Chile, Santiago, 2008, P. 55: “no constituyen por sí mismas ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales”

Siguiendo la línea de que los derechos fundamentales actúan dentro de la relación laboral, cabe preguntarnos en qué forma lo hacen.

La doctrina ha formulado dos posturas al respecto. Por un lado, existen aquellos que sostienen que éstos operan como posiciones o poderes que se integran al contenido del contrato, dándoles la nomenclatura de “contractualizados”. Lo anterior “supone sostener que los derechos fundamentales “complementan al contenido del contrato, influyen en su dinámica y en la interpretación y aplicación de las normas laborales y en particular de los principios y cláusulas generales, muy en especial de la buena fe”.³⁴ El efecto que produce esta interiorización de los derechos fundamentales del trabajador al contrato de trabajo es que operan en un plano de coordinación horizontal con los restantes elementos prescriptivos del mismo, es decir, quedan sometidos e influenciados en su ejercicio por las restantes categorías propias del contrato de trabajo, admitiendo con ello restricciones adicionales a las puramente constitucionales. Esta postura está ampliamente extendida en la doctrina laboral.

Para otros, en cambio, estos derechos operan desde el exterior, irradiando e imponiéndose al resto del contenido contractual³⁵. Esto supone que “el trabajador lleva (...) a la relación laboral unos derechos, inherentes a su

³⁴ Ugarte Cataldo, José Luis, “Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVI, Valparaíso, Chile, 2011, 1º semestre. P.142

³⁵ Melis Valencia, Christian. Op. cit., 2010, P. 136.

persona, que son previos al contrato de trabajo que concierne y de rango superior y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la empresa en la que aquel se inserta.”³⁶ El efecto que se produce consiste en que los derechos fundamentales del trabajador someten -desde su posición vertical o prevalente en el ordenamiento jurídico- el contenido del contrato de trabajo, reafirmando, indirectamente, la superioridad de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con los de la empresa.³⁷

En España, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han evolucionado su postura desde una de ámbito contractualista hacia una fundamentalista, que da paso al principio de proporcionalidad. Así, las restricciones al derecho sólo serán válidas de existir una razón objetiva, adecuada, imprescindible y proporcionada a la protección de la libertad de empresa.

Actualmente en Chile se adopta la postura que los considera como poderes de rango superior externos al contenido del contrato de trabajo, primando el principio de proporcionalidad como el método de solución de colisiones entre derechos fundamentales.

³⁶ Valdés Dal Re, F., “Contrato de trabajo, Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, en Revista de Relaciones Laborales, 2, 2003, P.89

³⁷ Ugarte Cataldo, José Luis, Op.cit., 2011, P.143

2.2 Eficacia de los Derechos fundamentales: La Ciudadanía en la empresa

La teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales³⁸, que surgió en la Alemania de los años 50', es el antecedente directo del origen de la Ciudadanía en la Empresa.

Esta "ciudadanía" se va generando paulatinamente, comenzando por la introducción de la Constitución a la fábrica – reconociendo los derechos subjetivos individuales de los trabajadores y protegiéndolos indirectamente mediante el fortalecimiento de la acción de las organizaciones sindicales- que realizó el *Statuto dei Lavoratori* italiano el año 1971, para luego proclamarse como tal –efecto de asimilar la empresa al modelo del Estado de Derecho y la intención de configurar un arquetipo de democracia industrial- en el *Informe Auroux* francés del año 1981. Se trataba de una ciudadanía determinada y concreta, puesto que implicaba el goce, por parte de los trabajadores, de una serie de prerrogativas laborales específicas frente al poder empresarial. Estas prerrogativas son los derechos que se le reconocen al trabajador más allá de su condición de tal, aquellos que se le reconocen como persona: los derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban amagados en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo (por vía de los derechos específicos) o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador (reconocida

³⁸ Gamonal señala que debido al gran poder que se le otorga al empleador en la relación laboral, no puede hablarse de eficacia horizontal, sino que diagonal.

expresamente en la legislación por medio del binomio poder de dirección/ subordinación).³⁹

En Chile, nació esta institución gracias al ejercicio de la facultad interpretativa de la Dirección del Trabajo, quien desarrolló casuísticamente - desde fines de la década de los 60'- en sus dictámenes⁴⁰ una doctrina que reconoce plenamente la eficacia directa de los derechos fundamentales al interior del lugar de trabajo, poniendo especial atención al derecho a la intimidad y honra. De estos dictámenes –especialmente del dictamen marco de derechos fundamentales Ord. N°2.856/162, 30.08.02- se pueden desprender los siguientes elementos centrales:

- 1) La configuración de la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de las facultades empresariales. De manera emblemática citaré el dictamen Ord. N°287/14, de 11.01.96

“...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 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 facultad se encuentra

³⁹ Gamonal Contreras, Sergio, “CIUDADANÍA EN LA EMPRESA O LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS”, EDITORIAL FCU, 2004.P.14

⁴⁰ Ord. N°3.448/168, 12.09.01; Ord. N°2.328/130, 19.07.2002; Ord. N°2.852/158, 30.08.02; Ord. N°2.856/162, 30.08.02; Ord. N°3.276/173, 16.10.02; Ord.N°2.875/72, 22.07.03; Ord.N°4.822/207, 11.11.03; Ord.N°352/24, 22.01.04; Ord. N°543/31, 2.02.04; Ord.N°3.704/134, 11.08.04; Ord. N°1.133/36, 21.03.05; y Ord. N°1.279/19, 17.03.06.

jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas.”

- 2) La dignidad humana como antecedente jurídico/ filosófico de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la empresa, y
- 3) La identificación del principio de proporcionalidad como mecanismo de resolución de conflictos.

Gamonal⁴¹ señala que diversos factores han dado origen a esta institución:

- 1) Factor vinculado al desarrollo del derecho internacional
- 2) Factor económico: constituido por la globalización y políticas neoliberales en Occidente, que han fortalecido la flexibilidad laboral y, en cierta forma, la individualización de las relaciones laborales.
- 3) Factor relacionado al avance tecnológico: con éste aumentan las posibilidades para que el empleador pueda ejercer su potestad de dirección y, eventualmente, amagar derechos personales del trabajador.
- 4) Nuevas tendencias de la gestión de recursos humanos: hacia la identificación del trabajador con los valores y fines de la empresa (marketing interno), a fin de mejorar la productividad, tornar más grato el ambiente de trabajo y lograr crear un verdadero sentido de pertenencia en el trabajador. Éstas conllevan el peligro de una intromisión en las

⁴¹ Gamonal Contreras, Sergio. Op. cit., 2004, P. 64 y 65.

creencias y opiniones del trabajador, que deben ser resguardadas ante actitudes invasivas de sus superiores jerárquicos.

- 5) Factor jurídico procesal: referido a las garantías específicas de los derechos fundamentales, que permiten una tutela oportuna en comparación a otras acciones legales.

En Chile los factores más influyentes han sido el económico y el jurídico procesal. En cuanto a este último factor, a partir de la reforma laboral de 2001 se observa, en nuestro ordenamiento jurídico, un paulatino reforzamiento legislativo de las garantías fundamentales al interior de la empresa, destacándose:

- 1) El inciso primero del artículo 5°, del Código del Trabajo: idea matriz que posibilita una interpretación garantista de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.
- 2) Las modificaciones introducidas al artículo 2° del Código del Trabajo, que constituyen acomodaciones de la legislación nacional a los Convenios Internacionales, del todo necesarias en nuestro medio.
- 3) La instauración de un verdadero habeas data en materia laboral, al incluir en el nuevo artículo 154 bis del Código del Trabajo, la obligación para el empleador de mantener reserva de los datos privados del trabajador.

A pesar de que no se considera un factor determinante, la doctrina ha puesto rigurosa atención a las nuevas tendencias en la administración del personal. Si bien dogmáticamente las teorías comunitarias presentan un marcado rasgo corporativo, en donde el conflicto de intereses contrapuestos entre los contratantes es sustituido por una articulación de los mismos en una *comunidad*, en la que el empresario –*jefe de la comunidad*- actúa como guía en pos de los objetivos colectivos, no de los individuos, sino de la *comunidad* y del interés general⁴², estas nuevas tendencias han llevado al extremo la concepción original de contrato de servicio fiel germánico⁴³ que inspiró a nuestra doctrina a afirmar que existe en el contrato de trabajo un contenido ético-jurídico⁴⁴, compuesto por los deberes de lealtad y fidelidad del trabajador para con el empleador -claros reflejos del principio de buena fe contractual-, al punto de producirse una ruptura y desbordamiento del vínculo contractual –y por lo mismo de su función configurativa y delimitativa del ámbito de implicación de la persona del trabajador-, a través del reemplazo de los lazos de identidad del trabajador –familia, comunidad, sindicato, etc.- por la pertenencia a la *cultura corporativa* y, por supuesto, estableciendo un nuevo orden de valores y derechos que pueden ejercerse al interior de la empresa que poco tienen que

⁴² Melis Valencia, Christian, Op.cit., 2010, P.46.

⁴³ Contrato por el cual un hombre libre se unía duraderamente con otro, poniéndose al servicio de este último –asistiéndolo militarmente- a cambio de protección –concesión de tierras-, debiéndose ambos sujetos recíproca fidelidad.

⁴⁴ Lo integran tanto deberes del empleador como del trabajador. Los del primero son, entre otros, el deber de protección del empleador, de ocupación efectiva y adecuada, de higiene y seguridad, de capacitación y educación, y los del trabajador el de diligencia, de fidelidad y de lealtad.

ver con su condición de persona y de ciudadano.⁴⁵ Y junto con ello, la doctrina también critica esta simbiosis derivada del compromiso corporativo desde la perspectiva que puede significar un riesgo enorme al permitir afirmar que el ejercicio de los derechos fundamentales de las partes de la relación contractual tiene el poder de derogar los deberes accesorios de ellos, es decir, de los deberes de protección, por un lado, y de lealtad y fidelidad, por el otro.

Las propuestas para solucionar estos problemas son, por un lado, definir de manera razonable y acotada estos deberes, tal y como lo han hecho Thayer y Novoa al señalar que el deber de fidelidad puede definirse como procurar el bien y la prosperidad de la empresa y no procurarle daño a la misma, y el de lealtad como la prohibición de recibir dádivas de terceros que puedan interferir con la correcta realización de la relación laboral, así como la abstención de competencia desleal y el secreto profesional.⁴⁶ Y por el otro, la ponderación y el equilibrio, basado en la vigencia de los derechos fundamentales como límites de este contenido ético-jurídico, ante eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores.

2.3 Garantías: Recurso de protección, Acción de tutela y otras alternativas.

⁴⁵ Melis Valencia, Christian. Op.cit., 2010, P.56.

⁴⁶ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio, Manual de Derecho del trabajo, tomo 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp.397-399

Si bien coloquialmente se tiende a utilizar el término “garantías” como sinónimo de derecho fundamental, esto es incorrecto, ya que las garantías son los medios por los cuales se busca proteger, amparar y tutelar estos derechos, como así también, fomentar o promover su goce y exigir el cumplimiento de los deberes respectivos.

Cea las define como “las acciones y recursos procesales, cuya eficaz deducción -preventivamente o ex post- , decisión y cumplimiento por la Magistratura competente permite que cobren seguridad y realidad las declaraciones de derechos y deberes fundamentales.”⁴⁷

Por lo que estas declaraciones y manifestaciones de intenciones a favor de los derechos esenciales deben ser suficientes y eficaces, es decir, deben simultáneamente asegurar la defensa y promoción del ejercicio de ellos, de lo contrario, se convierten en meras declamaciones o enunciados literales y, en la medida que la población asume conciencia de tal situación, va también perdiendo su confianza en la vigencia del sistema jurídico, culminando en desprestigiar el sistema del cual son parte.

Cabe preguntarnos entonces, cuáles son los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico considera para la protección de los derechos fundamentales.

⁴⁷ Cea Egaña, Op. cit., P.35

Antes de la reforma procesal laboral, la mayoría doctrinaria consideraba que el mecanismo específico de protección de estos derechos era el Recurso de Protección. Otros, en cambio, sostenían que, al no contemplarse un mecanismo particular para hacer exigibles estos derechos en la relación laboral, los trabajadores disponían de garantías tanto constitucionales como propiamente laborales. Dentro del primer ámbito, consideraban el recurso de protección como una vía más junto con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los mecanismos de control que pudiesen ejercer el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República y, finalmente, la garantía de “límite de los límites” contenida en el Artículo 19 n°26 de la Constitución Política. En cuanto a las propiamente laborales señalaban las acciones por despido antisindical, acción de despido indirecto, acción de despido injustificado, improcedente o sin causa y denuncias o reclamos administrativos ante la Inspección del Trabajo.

Sin intención de desmerecer estas vías, concuerdo con Lizama y Ugarte que consideran la acción de protección como el mecanismo más poderoso de que disponen los trabajadores, en defensa de sus derechos fundamentales, frente a actos derivados del ejercicio de la potestad de mando del empleador.⁴⁸ Esto porque permite otorgar efecto directo a los derechos constitucionales en la relación entre particulares y le otorga vigencia inmediata, al permitir acudir de

⁴⁸ Lizama Portal, Luiz y Ugarte Cataldo, José Luis, “INTERPRETACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA”, CONOSUR LTDA. ,1998, P. 177 y 178.

amparo constitucional a los órganos respectivos (Corte de Apelaciones), fundado directa e inmediatamente en los actos de otro particular. Sin embargo, en la práctica, los trabajadores no han optado efectivamente por este medio de defensa de sus derechos fundamentales por dos razones básicamente económicas. La primera consiste en que en la práctica deben contratar un abogado- a pesar de no ser un requisito legal-, lo cual resulta costoso, y la segunda, es que temen ser objeto de represalias por parte de su empleador, particularmente ser despedidos por la causal necesidades de la empresa.

Buscando diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección, con fecha 3.01.2006 se publicó en el Diario Oficial la ley N°20.087 que sustituyó el procedimiento laboral del Libro V del Código del Trabajo por uno nuevo: el Procedimiento de Tutela Laboral. Se encuentra regulado en el párrafo 6°, del nuevo Capítulo II, del Título I, Del Libro V, del Código del Trabajo (artículos 485 a 495). Se caracteriza por la limitación que hace del objeto procesal, al señalar que está destinado a tutelar los derechos fundamentales cuando éstos resulten afectados o lesionados en el marco de la relación laboral y a las lesiones de determinados derechos fundamentales que se enumeran taxativamente en el referido artículo 485. Y destacan su carácter de procedimiento especial la preferencia en su conocimiento, la configuración expresa del principio de proporcionalidad como

canon evaluativo de la existencia o inexistencia de lesiones de los derechos fundamentales, el rol de fiscalía de la Dirección del Trabajo, la intervención coadyuvantes de las organizaciones sindicales, la suspensión provisional de los efectos de las eventuales conductas lesivas de los derechos fundamentales, el sistema de prueba indiciaria y prueba ilícita, el efecto restitutorio de la sentencia y la garantía de indemnidad.

Esta protección especial en la jurisdicción laboral de los derechos fundamentales de los trabajadores se constituyó en una vía alternativa y excluyente al amparo general establecido para estos mismos derechos a través del Recurso de Protección.

Con esta opción pareciese que el legislador percibió que el mecanismo general era débil. Así, el proceso de tutela de derechos fundamentales se erige como el mecanismo principal de protección de estos derechos, dejando al Recurso de Protección como una alternativa residual y excluyente, bastante inoperante por lo demás, si es que se tiene en cuenta el breve plazo establecido para su interposición.⁴⁹

Como la acción de tutela de derechos fundamentales es un verdadero recurso de protección que se traslada al ámbito del derecho del trabajo para ser

⁴⁹ Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Walter Díaz, Rodolfo. “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. XXIV-Diciembre 2011. P.99-111

conocido en única instancia por los jueces de primer grado, es decir, es un control constitucional entregado a estos jueces, su rol es esencial.

La doctrina es unánime al afirmar que el procedimiento de tutela laboral permite el amparo de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador, sin embargo hay disidencias en cuanto a si este enfrentamiento es entre derechos de uno y otro o si se trata de un conflicto específico entre las facultades legales del empleador y los derechos del trabajador.

Creo que este procedimiento fue ideado para enfrentar colisión de derechos fundamentales, sin embargo, puede llegarse a la postura contraria si se observan casos en concreto, los cuales si bien invocan la acción para utilizar este procedimiento, al revisarlos, existiría un conflicto legal y no de rango constitucional. Esto hace que el trabajo de los jueces de letras del trabajo no sea fácil, ya que, buscando cumplir con el principio de supremacía constitucional, con su decisión podrían llegar a suprimir las facultades clásicas del empleador en las relaciones laborales.

Junto con ello, debido a la existencia del mandato de inexcusabilidad contenido en el artículo 76 inciso segundo de la Carta Fundamental, cuando los jueces se encuentran ante un conflicto de derechos fundamentales y no existe ley para resolverlo, se ven en la encrucijada de decidir según sus criterios, cargando en sus hombros la responsabilidad que emitir esa decisión implica. Si

el juez, sin decir y menos justificar, suple la ausencia de ley, asume que, aunque pueda ser un poder de él, es ejercido de modo completamente arbitrario y destituido de legitimación, lo cual debiese reclamar la atención de la academia y de los tribunales.

El problema es que, cuando se complementa la legislación en casos como los mencionados, no hay alguna percepción de que se está delante de un control de insuficiencia de tutela normativa y, por lo tanto, de que existe una necesidad de aplicación de la regla de la proporcionalidad y de un raciocinio judicial racionalmente adecuado, con reflejo en la debida justificativa de la decisión.⁵⁰

Por consiguiente, este mecanismo de control puede dar lugar a una jurisprudencia confusa, a juicios cargados de subjetividad y a un aumento indiscriminado de falsos conflictos al interior de la empresa, con nefastas consecuencias, terminando, por simples razones de conveniencia práctica, menoscabando la majestad de nuestra Constitución Política. Por lo que el criterio y tino deben ser los pilares en que se sustente el ejercicio de lo que para algunos es la estrella de la reforma.⁵¹

⁵⁰ Marinon, Op.cit., P.337

⁵¹ Román Díaz, Fernando. "El procedimiento de tutela en el nuevo proceso laboral". Ciclo de Charlas "Los martes al colegio". Colegio de Abogados de Chile. Martes 5 de Mayo de 2009. P.8

Es por esto que cuando el juez se halla ante un problema, no puede basarse solo en consideraciones doctrinales, sino que debe aterrizarlas a la realidad para poder tomar una decisión. Así Bobbio señala:

“Cuando digo que los derechos del hombre constituyen una categoría heterogénea, me refiero al hecho de que (...) contienen derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede acordarse sin que resulte restringida o suprimida la protección de otros. Podemos entretenernos con fantasías sobre la sociedad al mismo tiempo libre y justa (...); las sociedades reales que tenemos ante los ojos, son menos justas en la medida en que somos más libres y menos libres en la medida en que son más justas (...) Pues bien, a menudo libertades y poderes no son, como se cree, complementarios, sino compatibles (...) Esta distinción entre dos tipos de derechos humanos queda consagrada incluso en el plano teórico, en que se contraponen dos concepciones diferentes de los derechos del hombre: la concepción liberal y la socialista. La diferencia entre ambas concepciones consiste, justamente, en la convicción de que entre los dos tipos de derechos es necesario hacer una elección o, al menos, establecer un orden de prioridad. (...) Lo que podemos esperar no es una síntesis definitiva sino, a lo sumo, un compromiso.”⁵²

Lo que el derecho a la tutela jurisdiccional asegura a su titular es un poder cuyo correlato es una situación de sujeción, o sea, el poder de exigir del Estado

⁵² Cea Egaña, Op. cit., P.67-68

que lo proteja ante la violación de sus derechos. No se trata de un derecho a una acción u omisión determinada por parte del Estado o a un bien específico, pero sí a un ejercicio del poder del Estado cuyos contornos sólo serán definidos a la luz del derecho material del particular que reivindica protección.⁵³

Por lo tanto, se ha avanzado en aras de lograr injerencia por parte de la autoridad en la protección de los derechos fundamentales, sin embargo, no implica esto que exista per sé una acción u omisión determinada por parte del Estado, sino que éste tiene poder para intervenir dentro de los márgenes que les fijen las leyes. Siendo el Poder Judicial integrante del Estado, el juzgador debe encontrarse en sintonía, así el juzgador al fallar un caso de conflicto de derechos esenciales, existiendo ley o no que resuelva la contienda, debe comprometerse con su decisión, defenderla y explicarla. Para lograrlo ha utilizado el criterio de ponderación.

2.4 Juicio de ponderación

En el capítulo anterior, cuando estudiamos los límites a los derechos fundamentales, señalamos que se admitía que éstos pudiesen ser objeto de limitaciones o restricciones por dos razones, siendo la primera la constatación de que los derechos fundamentales no admiten una jerarquización fija o posición preferida entre ellos, y la segunda, la necesidad de coherencia y

⁵³ Marinon, Op.cit., P.347

unidad interpretativa de la Constitución. Luego, afirmamos que sólo serán admisibles aquellos límites que encuentren justificación iusfundamental, lo cual nos permite concluir que el mecanismo de justificación “principio de proporcionalidad” se encuentra indisolublemente asociado al problema de los límites.

Partiendo de la idea de que los poderes del empleador y derechos del trabajador son normas construidas como principios-en denominación de Alexy- o valores objetivos, cuyo enfrentamiento no se resuelve por la simple subsunción de hechos a las normas, sino como una operación de “cálculo y balanceo”, consistente en materia laboral que cada vez que esté en juego o discusión la afectación irregular de un derecho fundamental inespecífico del trabajador, el juez deberá confrontar éste con los derechos fundamentales del empleador, resolviéndose la controversia a través del principio-técnica de la ponderación o proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un canon interpretativo que forma la estructura argumentativa que ha de tener en cuenta el juez a la hora de analizar colisiones de derechos fundamentales, y en virtud de lo anterior, determina el contenido de los derechos fundamentales que resultan vinculantes para los terceros.

Esta construcción es tomada por la doctrina laboral chilena –en un principio sólo por la Dirección del Trabajo, para luego ser ya aceptada expresamente a

nivel legal en el Artículo 485 del Código del Trabajo- para resolver las controversias entre empleador y trabajador, siendo algunos de los rasgos más característicos los siguientes:

- 1) El sujeto que realiza la ponderación es un tribunal ordinario –el tribunal laboral-, y no el Tribunal Constitucional o el legislador ejerciendo una labor de ponderación de derechos en abstracto

- 2) El tribunal laboral conoce de las controversias sin intermediación legal que delimite el contenido de estos derechos o, al menos, sin que estas normas legales jueguen un papel decisivo en la resolución del caso.

En este sentido, la técnica de la ponderación o proporcionalidad se constituye como un instrumento poderosísimo de interpretación jurídica, habilitando al juez la resolución de los casos concretos en base a tres criterios - subprincipios- que lo estructuran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El primero pone atención a si el medio empleado fue apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto. Se analiza esto mediante un examen que supone en primer lugar, la identificación del fin o fines perseguidos y de su legitimidad, es decir, comparar el estado en el que se está y el estado al cual se desea llegar

con la aplicación de la medida restrictiva y chequear que éste no esté prohibido en la Constitución. Luego, se sigue a identificar la medida de restricción para continuar con la identificación del o los derechos que se entienden restringidos o limitados, y finalizar con el análisis de la relación o nexo de causalidad entre medio y fin y su pertinencia desde la óptica del juicio de idoneidad. En otras palabras, luego de clarificar el estado al cual se aspira llegar, se debe revisar que la medida tenga fundamento constitucional. Existe una especie de presunción de idoneidad a favor de la medida restrictiva, por lo que la falta de idoneidad ha de ser evidente. La doctrina suele afirmar la escasa aplicación práctica de este juicio, ya que normalmente sus componentes constituyen los elementos de un conflicto de relevancia constitucional ya dado.⁵⁴

El segundo, busca determinar si la medida limitativa era la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma que no existiere otra forma idónea que no restringiera el derecho o que fuese menos gravosa. El análisis en este subprincipio se centra en una comparación doble, por un lado, comparar la amplitud de los distintos medios para alcanzar el fin deseado y, por otro, comparar el grado de intensidad de la restricción, es decir, cuan gravosa es la limitación en uno y en otro caso. Por lo tanto, pasará el examen de necesidad la medida que sea igualmente idónea y, al menos, igualmente lesiva del derecho fundamental afectado, que el o los medios alternativos. Y junto con ello verificar

⁵⁴ Melis Valencia, Op.cit., 2010, P.111

cierta equivalencia de viabilidad técnica y económica entre el medio empleado y los alternativos.

Los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto son juicios acumulativos que actúan con carácter eliminatorio, es decir, se aplican de manera sucesiva y escalonada, pudiendo cualquiera de estos test justificar una infracción del principio de proporcionalidad, finalizando la aplicación del juicio cuando se constate la lesión.

El juicio de ponderación en sentido estricto, en consecuencia, supone que en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Su análisis o examen centrará su atención en la razonabilidad de la limitación del derecho fundamental en relación con la importancia del derecho de que se trata de proteger con la restricción, pretendiendo con ello encontrar la mejor decisión, en otras palabras, se busca determinar en un caso concreto, cuál de las normas de conflicto debe aplicarse. El modelo que se adopta es el desarrollado por Robert Alexy.

Para Alexy, la ponderación reconoce tres pasos: primero, definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; segundo, definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; tercer paso, definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. De ellos podemos desprender que los factores de la ponderación son, por una parte, la intensidad o grado de la

intervención o afectación de un derecho y, por la otra, el grado de importancia de la satisfacción del derecho que juega en sentido contrario. Para determinar estos factores, Alexy recurre a una “escala triádica”, en la que distingue tres rangos de intensidades: “leve”, “medio” y “grave”. Para graficar la estructura de la ponderación recurre a la “fórmula de cociente”⁵⁵, asignándole a los rasgos de intensidades los números 1, 2 y 4, respectivamente. Además se pone en tres escenarios posibles: dos situaciones en que se prefiere un principio sobre otro, y—el que nos interesa especialmente— de empate entre ambos principios. En las primeras dos situaciones se preferirá el principio que tenga asignado una intensidad mayor. Pero en el caso de empate en las intensidades, existe lo que el jurista denomina “margen de acción para la ponderación”, que permite al decisor un margen de discrecionalidad en la decisión. Alexy denomina a esta situación “la carga de la argumentación”. Para definirla, el jurista ha tenido dos posturas a lo largo de su obra: la primera, contenida en su Teoría de los derechos fundamentales, se inclina como elemento determinante para la decisión de los empates en la consideración del principio *in dubio pro libertate*, que da preeminencia a los derechos de libertad e igualdad jurídica, y en la segunda postura, contenida en el *Epílogo a la teoría de los derechos*

⁵⁵ Luego completó esta fórmula, conjugando la importancia de los principios en colisión (IPiC y WPjC); peso abstracto de los principios en colisión (GPiA y GPjA), y seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas (SPiC y SPjC)

$$GPi, jC = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

fundamentales, la solución de los empates estaría dada por la afirmación de la democracia.⁵⁶

La importancia de este método de resolución de pesos y contrapesos radica en que por medio de él se define el mandato de optimización de los derechos fundamentales en tanto principios. En efecto, la optimización de los principios (derechos fundamentales) en conflicto supone la máxima realización posible de ambos, esto es, el mejoramiento de la posición de uno sin costo para el otro (idoneidad y necesidad) y el beneficio de uno mayor al sacrificio del otro (proporcionalidad en sentido estricto). Del incumplimiento de este mandato de optimización resulta la no proporcionalidad del medio empleado objeto de control.⁵⁷ Así, las posibilidades jurídicas (subprincipio de proporcionalidad) y las fácticas (subprincipios de idoneidad y necesidad) determinarán el alcance real de realización de los derechos fundamentales, en tanto, éstos se conforman en mandatos de optimización.⁵⁸

En definitiva, la ponderación busca encontrar, frente a un conflicto concreto, cuál de los principios en juego ha de tener preponderancia sobre el otro, naturalmente con una vocación de optimización de cada uno de dichos

⁵⁶ Melis Valencia, Op.cit., 2010, P.122

⁵⁷ Alexy, Robert, "Teoría de derechos fundamentales", CEC, Madrid, 1997, pp.86-87. Y "Epílogo a la teoría de derechos fundamentales", REDC, 2002, n°66, pp.27 y ss.

⁵⁸ Melis Valencia, Op. cit, 2010, P.108.

principios, pero sin que ello signifique un sacrificio injustificado del principio de mayor peso.⁵⁹

Este es el mecanismo de justificación y resolución de conflictos o colisiones entre derechos fundamentales, utilizado a nivel general por la doctrina y jurisprudencia administrativa y judicial laboral. Algunos autores, como Ferrada y Walter, difieren al considerar que este procedimiento debiese operar como un instrumento de reducción de la arbitrariedad del empleador, como una forma de control judicial de las amplias facultades directivas del empleador, siendo un medio excepcional, utilizable sólo en casos límites, entendiendo por ellos aquellos en que se alegue la desproporción del ejercicio de la facultad asignada por la ley al empleador para disponer la organización de sus medios al interior de la empresa y, aquellos en que el ordenamiento jurídico haya dejado entregado al juez la ponderación de las circunstancias del caso.

Esto supondría la incorporación de un criterio de racionalidad en el ejercicio de las facultades del empleador, las que debieran ser ejercidas dentro de los marcos definidos por el ordenamiento y con respeto de los derechos de los trabajadores, así dejan blindados los frentes de la seguridad jurídica y la eficacia del sistema.

Como las finalidades perseguidas por esta postura son atractivas, hace cuestionarme si el sistema está siendo bien utilizado o no. Sin embargo

⁵⁹ Ibid., pp.116 y 117

considero que, independiente si nos encontramos ante un conflicto de derechos o de derechos del trabajador por arbitrariedad en el ejercicio de las facultades del empleador, este procedimiento desde un principio debiese haberse formulado de manera más normativa, fijándole claramente los límites a los jueces, para que pudiesen discernir y llegar a la certeza jurídica sin dar cabida a interpretación subjetiva.

Capítulo 3

DERECHOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Este es uno de los derechos más esenciales que como seres humanos tenemos, ya que se refiere a la forma en que nos comunicamos.

“La importancia y complejidad de la libertad de expresión la ha convertido en un atributo de trascendencia singular para la democracia. El nivel de ejercicio seguro que una Sociedad Civil tenga de tal libertad, por ejemplo, en relación con la pluralidad de medios y fuentes de información, así como con la transparencia e imparcialidad con que ellos informan y juzgan los acontecimientos se considera, sin disidencia, un indicador claro del grado de democracia efectiva del cual se goza en un país.”⁶⁰

Debido a su trascendencia, este derecho fue incluido dentro del listado taxativo contenido en el artículo 485 del Código del Trabajo, referente a los derechos fundamentales que se encuentran amparados por la vía especializada del procedimiento de tutela laboral, siendo catalogado por la doctrina como un derecho esencial laboral inespecífico.

⁶⁰ Cea Egaña, op.cit., p.382

En este apartado, revisaremos el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, estudiando sus diferentes aristas, tanto conceptuales como prácticas.

3.1 Naturaleza jurídica

Lluís de Carreras Serra afirma que “la libertad de comunicar o de recibir información tiene indudablemente su origen en la formulación teórica de la libertad de expresión.”⁶¹

Rafael Ortiz-Ortiz postula que ambos derechos suelen confundirse por los autores, debido a la relación material que mantienen, en el sentido de que el objeto de ambos es la libertad de pensamiento, sin embargo apuntan a realidades completamente diferentes entre sí.

Para este autor la libertad de pensamiento es la originaria expresión de los derechos de la personalidad y de ella se derivan y se sustentan todas las demás. Debido a ello, considera que la libertad de pensamiento abarca tanto la libertad de religión o de conciencia (religioso) como la libertad ideológica (ideas políticas) y que está compuesta por la libertad de expresión y el derecho a la información.⁶²

⁶¹ De Carreras Serra, Op.cit.

⁶² Ortiz-Ortiz, Rafael. Habeas data. Derecho Fundamental y garantía de protección de los Derechos de la personalidad: Derecho a la información y libertad de expresión. Caracas, Venezuela. 2001

El profesor Cea, en cambio, considera la situación en la cual se encuentra este derecho con las otras libertades de menor envergadura, al señalar que “se relacionan con esta libertad otras como las de culto, enseñanza, reunión y asociación, incluyendo su concreción política”.⁶³

Estos autores coinciden en que existe una conexión entre estos derechos. El primero adjudicándosela a un concepto amplio de libertad de expresión y el segundo, a la libertad de pensamiento.

La Doctrina diverge en la naturaleza de estos derechos. Hay quienes sostienen que se trataría de un mismo derecho, de la libertad de pensamiento, mientras otros, los consideran dos derechos distintos.

La mayoría de la doctrina sostiene la primera postura, señalando que el derecho a la información no es más que una faceta (derivación y aplicación concreta) de la libertad de expresión. Que al hablar de la expresión del pensamiento se abarca también la idea de difundir y recopilar informaciones.

Aquellos que se inclinan por la segunda postura, en cambio, afirman que el derecho a la información es un instituto separado y diferente de la libertad de expresión, con perfiles propios y bien jurídico propio (la información).⁶⁴

La mayoría de los tratados internacionales han seguido la primera línea.

⁶³ Cea Egaña, Op. cit. P.381

⁶⁴ Ortiz-Ortiz, Op.cit., P.447

Sigue la segunda postura el Tribunal Constitucional Español.

Independiente de la postura por la que uno se incline, no pueden negarse las similitudes que se encuentran entre ellos, incluso excluyendo su origen del derecho a la libertad de pensamiento o libertad de expresión en sentido amplio.

La primera de ellas es el hecho de que los titulares de ambos derechos, es decir quienes los pueden invocar para hacer su tutela efectiva son todos los individuos de la especie humana, y en caso de que se quiera recurrir en contra de una persona jurídica, no podrá hacerlo per sé, pero sí podrá dirigir su acción en contra de alguna persona individual integrante de ella.

Otro ejemplo de conexión es aquel que se da en la práctica cuando la transmisión de unos hechos se acompaña con expresiones de opinión por parte del informador, ya que en ese caso se realizan, en el plano real y concreto, ambas actividades, tanto la de expresar el pensamiento como la de transmitir la información.

Siguiendo esta línea, De Carreras Serra, a pesar de ser seguidor de la segunda postura, sostiene que ambos derechos poseen componentes subjetivos y objetivos que los hacen similares.

“En un principio, las libertades de expresión y de información tienen el componente subjetivo de garantía constitucional para todos los ciudadanos en el sentido en que los derechos fundamentales son entendidos en el Estado

liberal de Derecho, es decir, como derechos individuales de las personas que se ejercen frente al poder, o sin la posibilidad legal de intervención del poder de manera que impida su difusión.

Posteriormente, estos derechos fundamentales adquieren una nueva dimensión: el componente social u objetivo. Sin la libertad de comunicar opiniones o informaciones (y por tanto de poder recibirlas) quedarían vacíos de contenido los demás derechos que la Constitución consagra, ya que el artículo 20.1 C.E. no sólo protege un interés individual, sino que reconoce estos derechos como garantía de que pueda formarse una opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político y social.”⁶⁵

Ortiz-Ortiz concuerda con este autor al considerar que la libertad de expresión es un derecho fundamental de corte individual llamado derecho de primera generación, un derecho fundamental de la persona humana por la cual se expresa, difunde, publica y transmite las ideas y opiniones de los individuos, pero diverge, al considerar que la información es un derecho de tercera generación de carácter colectivo o social, un fenómeno colectivo plasmado en el derecho de cada persona de recibir y comunicar información que interese para la formación de la opinión pública, y sobre todo el derecho a establecer canales de investigación y fijación, porque tiende a la formación de la opinión

⁶⁵ De Carreras Serra, Op.cit., P.45

pública o colectiva y ello con la finalización de lograr mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.⁶⁶

Utilizando la misma nomenclatura de subjetivo y objetivo, Ortiz- Ortiz distingue entre ambos derechos, afirmando que la opinión es esencialmente subjetiva, ya que significa un juicio que una persona realiza sobre una cosa o persona, mientras que la información debe ser, per definitio, de carácter objetiva, debido a que responde a “comunicar” el conocimiento que se tenga de una persona o cosa.

Si bien la mayoría de los partidarios de que el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información son diversos concuerdan en que el objeto o contenido específico de la libertad de expresión es la exteriorización de pensamientos, ideas, opiniones, creencias, transmisión de valores y conjeturas de la realidad, teniendo como requisito que sean expresión libre de un individuo en su faceta de exteriorización de su pensamiento, a diferencia del derecho a la información que está compuesto por hechos noticiosos, fenómenos informativos constituidos por hechos, acontecimientos, personas y eventos de ocurrencia real y física en el marco de una sociedad, cuyo requisito es que sean verdaderos, resulta de enorme importancia procurar utilizar correctamente las nomenclaturas, para no caer en confusiones.

⁶⁶ Ortiz-Ortiz, Op.cit., P.450

Otras razones que han esgrimido los autores para afirmar que el derecho a la libertad de expresión es distinto del de la libertad de información, son las siguientes:

-La libertad de expresión obtiene reconocimiento del Derecho Positivo anterior al derecho a la información.

-La libertad de expresión tiene marcado carácter individual, diferenciándose del derecho a la información que tiene un carácter social.

-En cuanto a los medios de difusión. La libertad de expresión incluye la posibilidad de difusión, en cambio la difusión es condición necesaria en la información.

3.2 Tratados Internacionales

La mayoría de los tratados internacionales han considerado el derecho a la libertad de información como un elemento integrante del concepto más amplio de libertad de expresión.

- **Declaración Universal de los Derechos del Hombre (10 de Diciembre de 1948).**

Artículo 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión: este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus

opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Esta declaración no concedió derecho de acción o petición ante los órganos competentes de la ONU para asegurar la realización efectiva de tales derechos ni tampoco estableció mecanismos jurídicos de control de la actividad de los Estados sobre la materia.

- **Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de Roma, 1950.**

Artículo 9: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. “

Artículo 10: “1.Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrán ser sometidos a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la

integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Este Convenio establece dos mecanismos para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por él, a saber: a) la denuncia que haga un Estado miembro de cualquier infracción de las disposiciones, y que le puedan ser imputados por otro Estado (Artículo 24); b) demanda que puede presentar cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de violación por un Estado, parte de alguno de los derechos reconocidos por el Convenio (Artículo 25).

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (19 de Diciembre de 1966).** Artículo 19:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- c) No se puede restringir el derecho de expresión por vías de hecho o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

Éste constituye el orden jurídico internacional que más claramente ha establecido el derecho a la información, porque establece como parte de la libertad de pensamiento, la facultad de búsqueda o investigación, el derecho de recibir o a estar informado y la facultad de difundir informaciones sin que pueda establecerse censura previa, sino, en todo caso, sujeto a responsabilidades que deben estar previamente establecidas en la ley.

La Corte Interamericana ha señalado que son admitidas las restricciones a la libertad de expresión siempre y cuando sean establecidas con arreglo a ciertos requisitos:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.

La Corte Interamericana ha establecido que las medidas restrictivas del artículo 19 deben ser interpretadas en consonancia con el artículo 29 c) de la Convención y que por lo tanto, existe la obligación de, al momento de ser tomadas las medidas, tener en cuenta las garantías que derivan de la forma democrática de gobierno, por las cuales las justas exigencias de la democracia deben ser tenidas en cuenta en el estudio de toda restricción realizada a la libertad de expresión.

Los Tratados internacionales vistos anteriormente conceptúan la libertad de información como una parte del concepto más amplio de libertad de expresión, debido a la íntima interconexión que existe entre ellos, ya que es indudable que el origen de la libertad de comunicar o de recibir información radica en la formulación teórica de la libertad de expresión.

3.3 En Chile

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en su “Informe con Propositiones e Ideas Precisas” (16 de Agosto de 1978), reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho N°1-6 (1981), p.201. en un comienzo toma las libertades de opinión e información genéricamente, refiriéndose a ellas como sinónimo de la libertad de expresión:

“(…) Este derecho fundamental se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico desde los primeros tiempos de nuestra vida republicana, pero el siglo actual presenta una importante evolución con respecto a esta garantía como resultado del avance de la técnica y del rol del Estado en el mundo moderno. Es el siglo de la mecanización de los sistemas informativos, de la internacionalización de las noticias, de la concurrencia informativa de los medios audiovisuales, de la comunicación instantánea con el uso de satélites artificiales, todo lo cual hace que los medios de comunicación social constituyan, como lo dijimos entonces, un arma poderosísima capaz de influir no sólo en los procesos políticos, económicos y sociales, sino en la mentalidad y comportamiento de los pueblos.

Esta evolución ha hecho que la libertad de expresión, que es un derecho individual, tenga hoy, también, el carácter de un derecho social, representado por el derecho de la comunidad a recibir las informaciones que son el resultado de la libre expresión de las ideas.

La libertad de opinión, llamada también libertad de expresión, es la más amplia de las libertades intelectuales, pues las de enseñanza, culto, petición, reunión y asociación pueden estimarse como derivación de aquella. ⁶⁷

Luego, la Comisión sigue considerando estos derechos como parte de una misma garantía constitucional, pero los distingue, ya que considera que protegen bienes jurídicos distintos.

“En primer término hemos considerado conveniente distinguir la libertad de opinión –entendida como la facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree- de la libertad de información que, como complemento de la primera, tiene por objeto hacer partícipes a los demás de ese pensamiento y dar a conocer hechos del acontecer nacional o internacional (...). Hemos estimado que en la garantía constitucional de que se trata hay dos bienes jurídicos en juego: uno de carácter personal o individual, que es el derecho de emitir opinión y de informar; y otro de carácter social, que es el derecho a recibir la información, opiniones y expresiones que los demás quieran transmitir, derecho este último que corresponde a la comunidad toda.

Por esta razón, el anteproyecto, junto con consagrar la libertad de emitir opinión y la de informar, asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva, sobre el acontecer nacional e internacional. “

⁶⁷ Cea Egaña, Op.cit., pp.383 y ss.

El anteproyecto al señalar que la garantía constitucional relativa a la libertad de opinión e informar debe ejercerse sin censura previa, pero sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, mantiene el criterio que esta garantía debe ser regida por normas de carácter represivo. En otras palabras, entrega al legislador la facultad de tipificar las figuras delictivas que puedan derivarse de las acciones de informar y de emitir opiniones como también la de determinar los abusos que, no constituyendo delitos, puedan sin embargo acarrear responsabilidad, no necesariamente penal.

Con todo, al estar el anteproyecto inspirado en el propósito de preservar los valores en que descansa la sociedad, faculta a los tribunales de justicia para prohibir la difusión de opiniones e informaciones que afecten a la moral, al orden público, a la seguridad nacional o a la vida privada de las personas, limitaciones que también regirán al derecho a recibir información. Lo cual trae como consecuencia que la mayor garantía de que la limitación a este derecho será aplicada fuera de toda intencionalidad política es la independencia de los Tribunales.

Conforme con los pasajes citados, la Comisión a cargo del anteproyecto de nuestra Carta Fundamental quiso seguir las rutas trazadas por la gran mayoría de los autores e instrumentos internacionales referentes a la materia, aunando sus fuerzas en que provienen de una misma garantía, sin embargo son

derechos diferentes, que se complementan, pero que no tienen el mismo objeto, pero sí la misma importancia para la sociedad, por lo cual deben establecerse restricciones para que su uso sea responsable.

Antiguamente esta garantía recibía el nombre de libertad de imprenta, más tarde, libertad de opinión, reduciendo el sentido y alcance de ella a los medios de comunicación escritos y a la manifestación de puntos de vista en torno al acontecer local y foráneo. Actualmente, el concepto se ha ampliado, abarcando todos los medios de comunicación y mensajes e informaciones de toda índole. A esto se suma que la Constitución abrió el camino de los titulares de estos derechos a todas las personas, individualmente consideradas o agrupadas, dejando de lado el monopolio de los medios de comunicación.

No debe esta afirmación prestarse para conflictos, ya que no se niega que los medios de comunicación social deben gozar siempre de ambas libertades, sino que ya no se considerarán ellos como sus únicos titulares.

La razón para hacer lo anterior es que la libertad de expresión, en su sentido genérico -abarcando las libertades de emitir opinión y de informar- es una libertad básica y definitoria de un Estado que se desenvuelve en democracia. Los valores asociados a su disfrute real son: pluralismo, transparencia y opinión pública, informada y alerta o evaluativa.

La Constitución de nuestro país de 1994 se condice con lo conversado y manifestado en la Comisión antes citada. Así, se caracteriza porque en el

derecho comparado es considerada una regulación completa sobre la libertad de expresión, a pesar de no consagrar el derecho a la libertad de información; regula en un mismo bloque conceptual ambas libertades, excluyendo la censura previa como limitante al ejercicio de opinar o de informar; deja en reserva para el legislador el establecimiento de los límites y el sistema de responsabilidad por los delitos y abusos que puedan cometerse; y establece que las limitaciones al ejercicio de derechos constitucionales sólo pueden ser regulados por una ley de quorum calificado.

El gran límite para el ejercicio de estas libertades lo constituye la censura previa. En otras palabras, no se necesita que la autoridad competente del Estado otorgue un permiso para poder opinar o informar. Siguiendo esto, censura sería cualquier impedimento ilegítimo para lograr el total ejercicio de la libertad de expresión.

Como la censura es un impedimento, abarca tanto aquella dificultad u obstáculo que se sufre cuando quiere expresarse libremente, como la amenaza, serial y actual, de ser víctima de aquel impedimento. Tanto es así, que existe censura a pesar de que el efecto impeditivo de ella no haya tenido éxito por su autor.

Existen dos situaciones en las cuales resulta confuso definir si estamos hablando de censura o no, sin embargo, sostengo que sí constituyen un caso de ella, ya que decir lo contrario, significaría encubrir situaciones de vulneración

de esta garantía fundamental o descalificaciones dirigidas al destinatario del mensaje. El primer caso es aquel en que sólo se autoriza, o se puede informar, respecto de hechos objetivos, prohibiendo comentarlos, salvo para ser aplaudidos, Y el segundo, es aquella situación en que la tesis esgrimida mutila la expresión de juicios u opiniones, sin censura, aunque vayan entrelazados o inmersos en relatos descriptivos de noticias o mensajes.

La censura es siempre previa, pues si ocurre ex post, entonces ya no es censura desde que la libertad de expresión ya fue ejercida y debe estarse a las consecuencias por los abusos o delitos eventualmente cometidos.

Sólo se admiten como excepciones lícitas, aquellos motivos invocados por la judicatura o la autoridad gubernamental que se contienen taxativamente en la Constitución y la ley.

En cuanto al ejercicio de estos derechos, Cea piensa que “la libertad de emitir opinión, por su naturaleza intrínseca, nunca puede ser ejercida en términos susceptibles de ser calificados como abusivos ni delictivos, porque el rasgo de falibilidad que la singulariza vuelve siempre legítimo o noble y respetable emitirla. En cambio, en el disfrute de la libertad de información sí puede incurrirse en conducta abusiva o delictiva, suscitando las investigaciones

y sanciones que, ceñidos al justo proceso, sean impuestas por su ejercicio ilícito.”⁶⁸

En conclusión, el régimen de responsabilidad que la Constitución contempla es ex post, ya que su observancia se hace efectiva con ulterioridad al ejercicio de dichas libertades.

3.4 Concepto

En párrafos anteriores hemos estudiado que la mayoría de la doctrina considera esta garantía como única, pero constituida por dos derechos, calificados como esenciales por unos, y distinguiendo entre esenciales y sociales, por otros. Es así, como al momento de definir esta garantía, hay autores que optan por definirla genéricamente, mientras que otros distinguen o conceptualizan con otro nombre este derecho fundamental, denominando “Derecho a la información” aquel derecho que los demás autores llaman “libertad de expresión” en sentido amplio.

La Constitución Española, a diferencia de la nacional, definió qué entendía por libertad de expresión en su artículo 20.1 a), señalando que es el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.” Este concepto toma

⁶⁸ Ibid., P.394

este derecho en sentido estricto, estimándolo como la manifestación exterior de la facultad de “pensar” que tiene toda persona por el hecho de serlo.

Siguiendo la mayoría doctrinaria, Saavedra López define la libertad de expresión como la manifestación y comunicación de ideas o creencias en el plano educativo y científico. Diferenciándola de la libertad de información que es aquella que pretende abarcar no sólo la emisión, sino también la recepción del contenido significativo.

Cea Egaña, en cambio, opta por definir el objeto o contenido específico de estas libertades. En este sentido, estima que la opinión es un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia. En cambio, considera que la información es el caudal de conocimientos y pensamientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no.

Resalta el papel de la información dentro del proceso de comunicación social, ya que cubre los mensajes, los cuales reciben la denominación de noticias cuando se refieren a hechos de la actualidad, nacional o extranjera. En sintonía, afirma que la información es el supuesto o base de las opiniones, dado que estas requieren la libre difusión de mensajes, como materia prima, para

llegar a ser emitidas. Concluyendo que entre la información y la formación de opiniones existe una relación de causa y efecto.⁶⁹

Apoya lo anterior la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 5 de Febrero de 2001. Transcripción considerando 64°, 67°

“En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social.

(...)

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

⁶⁹ Ibid., P.396

La Corte estima que ambas direcciones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.”⁷⁰

Para Ortiz- Ortiz este derecho recibe el nombre de “Derecho a la información”. Con el fin de explicarlo, toma el concepto de Manuel Fernández Areal, quien define el derecho de la información como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la tutela, reglamentación y delimitación del derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos noticiables; se trata de un derecho fundamental de carácter natural, ordinariamente reconocido y formulado en las Constituciones o leyes fundamentales de todos los países civilizados, y desarrollados después a través de normas que constituyen el núcleo del Derecho de la Información.

El mismo autor sostiene que el derecho de la información es de innegable rango constitucional, por cuanto su objeto es el ejercicio de las libertades y, dentro de ellas, la libertad de información, expresión, opinión y prensa, constituyen las consecuencias prácticas de su reconocimiento.

⁷⁰ Ibid., P.390

De forma pedagógica se puede explicar el derecho a la información subdividiéndola en cuatro garantías:

1) **Derecho de estar informado.** Garantía que dice relación con los sujetos de la información. Es un derecho fundamental, porque existe el deber por parte del Estado de informar.

2) **Libertad de expresión:** entendida como sinónimo de libertad de opinión. Se trata de la expresión material de la libertad, esto es, manifestación concreta de la libertad del pensamiento constituido por la posibilidad para el sujeto de “emitir” o “expresar” sus ideas, pensamientos, opiniones, reflexiones, sobre alguna cosa, evento o persona. Es una garantía fundamental. No un derecho, ya que se trata del ejercicio volitivo de una determinada actuación. Su rango constitucional implica el deber de abstención de actuaciones que obstaculicen su ejercicio.

Del concepto anterior quisiera resaltar la palabra “posibilidad”, puesto que “la libertad de expresión no implica, en todos los casos la difusión del pensamiento o idea. Es posible que sólo se exteriorice sin difundirlos; la libertad de expresión protege, por consiguiente, la manifestación al exterior de la idea intelectual o mentalmente concebida, mientras que la

difusión sería la propagación de la misma hacia el mayor ámbito deseado.⁷¹

- 3) **Libertad de Prensa** o libertad de medios. Hace referencia a los medios o personas dedicadas al “oficio” de la transmisión de información.

- 4) **Derecho sobre la información:** haciendo alusión a la Libertad informática o derecho de autodeterminación informativa. Consiste en que los sujetos pueden controlar la información que sobre su persona o sobre sus bienes posean los demás.

El derecho de la información implica, entonces, el conjunto de normas jurídicas derivadas de su reconocimiento constitucional, tanto nacionales como internacionales, que regulan la información como medio de comunicación humana, y tutelan el soberano ejercicio del derecho a la información y las libertades asociadas (opinión, expresión, prensa).

En conclusión, el derecho a la información es aquel derecho que tiene toda persona de poder transmitir información y de recibirla, de participar cognoscitivamente de los hechos, sucesos y eventos que ocurren en el mundo y que se reputan necesarios para su participación en la sociedad, y como

⁷¹ TSE, sala quinta, Aranzadi 605/1987, Fj n°5

consecuencia esa “participación” misma a través de la manifestación de sus ideas, pensamientos, opiniones, e informaciones es un derecho individual, natural, inalienable, inescindible como propiedad de la persona humana por su sola condición de tal, sin necesidad de “reconocimiento” previo por parte del Estado.

3.5 Elementos

De Carreras Serra sostiene que la libertad de expresión se compone de 3 elementos básicos:

- 1) Libertad ideológica
- 2) Derecho a recibir información
- 3) Libertad de expresión activa

La Libertad ideológica, además de un elemento de la libertad de expresión en sí mismo, es un derecho fundamental reconocido por la Carta Fundamental Española. Debe entenderse como previa a la libertad de expresión y constituye el núcleo substancial del cual deriva la posibilidad de formación de las ideas y opiniones de las personas o de los grupos sociales. El ejercicio del derecho a la libertad ideológica se reconoce con la máxima amplitud por constituir el fundamento previo de las libertades democráticas. Esa amplitud alcanza incluso la posibilidad de defender valores contrarios a la propia Constitución, puesto

que los ciudadanos tienen el deber jurídico de acatar la Constitución, pero no necesariamente deben estar de acuerdo, en todo o en parte, con ella.

El derecho a recibir la información, vertiente pasiva de la libertad de información, también es un elemento esencial de la libertad de expresión, entendida ésta en su dimensión de formarse una propia opinión. Es un elemento previo a la libertad de expresión activa, que supone la no limitación de la información, de manera que podamos tener acceso a recibir las noticias de forma plural, es decir, conocer distintas versiones de lo acontecido. Será sobre esta base que construiremos nuestro ideario y podremos expresarlo públicamente. Lo tiene todo ciudadano como sujeto pasivo de la libertad de expresión. Derecho que no puede ser limitado por nadie ni nada. Si el fundamento de la protección del derecho a recibir información es la formación de la opinión pública libre que posibilite la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, la exigencia de veracidad de la información es un presupuesto también ineludible para que la opinión pública se forme sanamente.

Y, finalmente, lo compone la libertad de expresión activa. Se parte de la premisa de que la libertad de expresión es un derecho subjetivo más amplio que el de la libertad de información, ya que ésta se refiere a hechos noticiables (de trascendencia pública y de interés general), sobre los que ha de ser posible la prueba de su veracidad, mientras que aquélla tiene por objeto la expresión de

pensamientos o ideas que pueden comportar juicios de valor, creencias y opiniones que se mueven en el terreno de lo abstracto. El instrumento más eficaz es la prensa, entendida ésta como el conjunto de los medios de comunicación social. El problema es el acceso de los ciudadanos a esos medios. La forma es libre, ya sea a través de la palabra, por escrito, símbolos o lenguaje corporal, etc.⁷²

La clasificación anterior se condice con aquellos elementos que los autores que asimilan el derecho a la libertad de expresión al denominado “derecho a la información” consideran en su composición: la facultad de investigar, el derecho a recibir y el derecho de difundir informaciones. Desprenden éstos de la postura sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al concepto de esta libertad, que “encierra la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento, paralela y correlativamente.”

Según esto, la libertad de información se hace plena y llena de contenido en tres aspectos básicos:

- 1) **La libertad de buscar o investigar la información.** Ésta implica el acceso a través de las fuentes adecuadas de información y a opiniones de todo tipo, por lo que debe entenderse este derecho como la facultad atribuida a los profesionales de la información, a los medios informativos

⁷² De Carreras Serra, Op.cit., pp.50 y ss.

en general y al público de acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de las opiniones y de obtener éstas sin límite general alguno. Esta facultad debe considerarse en su doble faceta, es decir, como derecho del ciudadano y como deber de los que manejan las fuentes de información.

2) **La libertad de difundir información.** Se refiere al derecho individual reconocido a cada sujeto, a cada persona (natural o ideal), para difundir información objetiva relativa a cualquier acontecimiento, hecho, circunstancia que sea de interés para formar la opinión pública; en sentido muy general, la facultad de difundir informaciones incluye y abarca la posibilidad de “expresar” ideas u opiniones sobre datos informativos.

Ésta se contrae a una facultad activa que protege a la persona que transmite la información así como en la búsqueda y el contenido de la misma.

La facultad de guardar el secreto de la fuente de información es una consecuencia del derecho a difundir; es decir, si el derecho a difundir información se concibe como una facultad de un sujeto agente, es dable pensar también que se encuentra implícito en tal facultad el derecho de guardar secreto de las fuentes informativas, teniendo como límite el orden público y social de la nación, y los hechos constitutivos de delito.

3) **La libertad de recibir la información.** Es la contrapartida de la libertad de difundir. Implica la libertad de recibir todo tipo de información e ideas, en principio transmitidas por los medios de comunicación social o por cualquier medio de expresión.

Ya que la información es “el núcleo central de la comunicación humana, condición esencial de nuestro ser y de nuestro devenir” resulta importante reiterar que esta libertad de recibir información tiene un apellido, este es, veraz. Esto puesto que “la información, objeto o contenido del derecho (y por tanto también del deber), no puede ser otra que aquella cuya naturaleza y calidad sea adecuada para satisfacer los intereses que se intenta proteger de realización personal y social en la participación de los ciudadanos en la vía pública y, en definitiva, adecuada para satisfacer el derecho a la verdad que todo hombre tiene. La información que se nos debe dar ha de ser veraz, completa y objetiva”.

Va a ser veraz la información cuando se puede probar que el informador ha actuado con el celo suficiente para llegar a la convicción de que el hecho es razonablemente veraz. Por lo tanto, lo que da veracidad a la narración de un hecho es que el periodista o informador:
-haya sido diligente en su averiguación

- haya hecho lo posible para dar la información de la forma más correcta,
y
- haya tenido una actitud positiva hacia la verdad.

Así, el periodista o informador ha de imponerse los siguientes deberes:

- buscar la verdad para narrarla de la forma en que crea que se ajusta más a la realidad.
- actuar con el celo suficiente para poder llegar a la convicción de que lo que difunde es realmente lo acontecido.
- comprobar los hechos a través de diversas fuentes, contrastarlos con datos objetivos y verificar las versiones dudosas.

La apariencia de realidad, el carácter fiable de la fuente y el contexto en el que se enmarca el hecho filtrado, pueden determinar el nivel de actuación para la comprobación que confirme el hecho, de modo que la información pueda reputarse como suficientemente contrastada para poder divulgarla lícitamente.

Otras formas de evidenciar una actitud positiva en la comunicación de la verdad son el reportaje neutral y la rectificación de informaciones erróneas.

“El Tribunal Supremo (Sala 1º), en su sentencia de 5 de Febrero de 1999, define el reportaje neutral de la siguiente forma: “Nos encontramos ante el llamado ‘reportaje neutral’, caracterizado porque no es posible

calificar al mismo medio informativo como autor de la noticia. (STC 41/1994, fundamento jurídico 6) El deber de diligencia del informador se cumple con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero sin extenderse a la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible al autor de la declaración (SSTC 232/1993, 22/195 y 52/1996)".⁷³

Rectificar no es solamente un signo de reconocimiento de la inexactitud de informaciones dadas con anterioridad (lo que desgraciadamente no es muy frecuente entre los profesionales), sino una patente muestra de actitud tendente a comunicar información veraz, de trasladar a la opinión pública lo que el periodista cree en cada momento que realmente ha sucedido. La rectificación que parte de la voluntad del periodista es contraria al Derecho de Rectificación.⁷⁴

Teniendo el requisito de la veracidad presente, apoyando a la doctrina y al Tribunal Constitucional español, sostengo que la libertad de información activa es distinta de la libertad de expresión activa, ya que su objeto es diverso. En este entendido, se ejerce la libertad de expresión cuando una persona, en un acto de creación y difusión, expresa una idea u opinión. En cambio, se ejerce la libertad de información en los siguientes escenarios:

⁷³ Ibid., p. 74

⁷⁴ Ibid., P.79

-cuando se narra un acontecimiento que haya ocurrido, sea por un suceso natural, la acción del hombre o por cualquier otra causa que haya impactado en la realidad.

-cuando un periodista (u otra persona), en un acto de plasmación pública, normalmente en un medio de comunicación, comunica el hecho de la opinión o la idea de otro.

Por lo tanto, entendemos la libertad de información como libertad de prensa en el amplio sentido de comunicar noticias, hechos, sucesos reales, susceptibles de prueba, sin perjuicio de que vayan acompañados de comentarios o valoraciones subjetivas, inevitables y oportunas en un medio de comunicación con la finalidad de enriquecer la información.

3.6 Límites

Desde un punto de vista macro, podríamos decir que los límites al derecho a la libertad de expresión en sentido amplio o derecho a la información se pueden clasificar en dos grupos: respecto del sujeto o sujetos intervinientes y respecto del objeto de la información.

En cuanto al o a los sujeto(s) se refiere, las piedras de tope del ejercicio de esta libertad lo constituyen el derecho de los demás, por un lado, y los secretos de Estado por el otro.

A pesar del agrupamiento anterior, hay quienes prefieren no distinguir entre sujetos y objeto, sino que basándose en que los derechos no son absolutos, puesto que llevan aparejados deberes correlativos que hacen a sus veces de límites o restricciones para su ejercicio, encuadrándolos dentro de lo que es lícito o legítimo, prefieren aunarlos en pos de la defensa de valores mayores como la dignidad de los receptores. Es así como De Carreras Serra hace alusión a los límites de este derecho con el fin de poder calificar una opinión propia como legítima o ilegítima. Para esto, toma en consideración cuatro criterios: el derecho a una opinión pública libre, el derecho a la dignidad personal, la necesidad y el contexto.

- 1) El derecho a una opinión pública libre: El ejercicio de la libertad de expresión carece de causa legitimadora cuando no tiene la finalidad de formación de la opinión pública, sino que busca vulnerar innecesariamente la dignidad de las personas a las que se refiere. Y esa dignidad se vulnera con el insulto, la degradación o la vejación de otro. La calificación jurídica de una expresión como uno de estos medios de vulneración viene determinada por el contenido degradante de lo que decimos y por la forma en que difundimos nuestra opinión.
- 2) El derecho a la dignidad personal: cuando para defender nuestros criterios acudimos a los sentimientos de animadversión, desprecio o repulsión hacia otro (que le deshonran ante los demás y buscan su descrédito social) no estamos ejerciendo legítimamente nuestro derecho

a opinar libremente, porque esa intencionalidad de desprestigio no tiene interés para la formación de la opinión pública, sino que solamente pone de manifiesto la hostilidad de quien degrada y persigue hacer daño a otro innecesariamente.

- 3) La necesidad de una expresión dura en un contexto determinado no menoscaba la dignidad de otro. La crítica es excesiva cuando: a) es innecesaria para fundamentar nuestra opinión (sin ella igualmente hubiéramos podido hacerla comprender); b) las expresiones degradantes están desprovistas de interés público.
- 4) La importancia del contexto. Lo que en determinadas circunstancias pueden ser expresiones insultantes, difamantes, degradantes en su textualidad, pueden no serlo en otras, bien porque en el contexto en el que se producen tienen otro significado bien porque son respuesta a una provocación de la otra parte en el marco de una polémica en la que el insultado previamente ha utilizado un tipo similar de expresiones de menosprecio, ofensa o escarnio con respecto a la otra.⁷⁵

Esta postura doctrinaria ha sido adoptada e integrada por algunos tratados internacionales que consideran legítimo que se dicten disposiciones restrictivas del ejercicio de las libertades de expresión y de información en una sociedad democrática, siempre que constituyan medidas necesarias para preservar

⁷⁵ Ibid., P.57 y ss.

algunos valores de interés público, exigiéndose en todo caso que se adopten por ley.

Así, el Artículo 102 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950 sostiene que:

“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Y el Artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, admite la posibilidad de restricciones, siempre que sean necesarias para:

“a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás.

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Por lo tanto, el ejercicio de la libertad de expresión debe tener por finalidad formar la opinión pública, respetando la dignidad de otros, ya sean individuos o

el Estado, en el sentido de no vulnerar los principios que lo fundan. Y sólo en caso de que sea necesario para fundamentar una opinión y el contexto sea el adecuado, las expresiones duras que una persona emita acerca de otra, serán consideradas lícitas o legítimas.

Capítulo 4

DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN SEDE LABORAL

En el último capítulo de este trabajo, pondremos en práctica este derecho fundamental, realizando una breve reseña acerca de su naturaleza, su invocación en jurisprudencia nacional y el análisis de si el desarrollo realizado en dichas sentencias fue el correcto.

4.1 Naturaleza

Si retrocedemos a cuando conversamos de los derechos fundamentales y sus características, podemos recordar que nos referimos a este derecho como un derecho libertad, que se concreta y satisface en un comportamiento de su titular consistente en la realización de aquellos actos en que el propio derecho

consiste, y que la lesión directa se produce en todos aquellos casos en que tal comportamiento –los actos de comunicación y de difusión- se ven impedidos por vía de hecho o por una orden o consignación que supongan un impedimento para que la información sea realizada. Sin embargo, este derecho en derecho comparado, como por ejemplo, en España, también es un derecho prestacional, es decir, supone en la cabeza de sus titulares la posibilidad de una exigencia del Estado de adoptar una conducta determinada para satisfacer el derecho, esto implica dejar de lado la conducta meramente abstensiva y atribuirle al Estado una injerencia activa, porque en la constitución española existe un mandato expreso dirigido a la Administración para que mantenga informada a la población de asuntos de su interés.

En Chile no existe tal mandato constitucional, sino que a lo largo de los años se han promulgado distintas leyes que con el estandarte de la transparencia el Estado ha intentado darle al derecho al acceso a la información el carácter de prestacional.

En palabras de Luis Guilherme, nos encontramos ante un caso de omisión inconstitucional. Los primeros pasos para combatirla surgieron cuando se percibió que no bastaba impedir al legislador agredir a la Constitución, siendo necesario, además garantizar la efectividad de las normas constitucionales y la plena realización de los derechos fundamentales, de modo que la cuestión de la omisión constitucional es corolario de la comprensión de que la Constitución,

para ser cumplida, necesita de prestaciones normativas o de la acción del legislador infraconstitucional.⁷⁶ Que es lo que ocurrió con la ley 20.087 en el ámbito laboral.

Como lo consideramos un derecho libertad solamente, nuestros tribunales han adoptado una conducta abstensiva respecto a situaciones en las cuales los presumibles afectados en esta garantía constitucional han solicitado acciones concretas.

“Que si bien este Tribunal aceptará que la disposición requerida no atenta contra el texto constitucional, debe señalar que lo hace solamente en el entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones.

Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el artículo 1 inciso 3° de nuestra Ley Fundamental y la libertad

⁷⁶ Marinon, Op. cit., P.335

de opinar y de informar sin censura previa. “⁷⁷ [Considerandos 21° a 24° de la sentencia fechada el 30 de Octubre de 1995 (Rol N°226)]

En consonancia con lo señalado en el segundo apartado de este trabajo, la forma que la autoridad contempla como los principales medios para hacer efectivo estos derechos o este gran derecho fundamental son el Recurso de Protección y, en el cuerpo normativo laboral, la acción de tutela de derechos fundamentales.

4.2 Manifestaciones

Si pensamos en concreto cuáles serían los casos en los que veríamos dentro de la empresa una colisión entre el poder de mando del empleador y el derecho fundamental de libertad de expresión e información del trabajador, surgen tres clarísimos: disfrazar el despido por ejercicio de libertad de expresión e información del trabajador invocando otra causal legal, la censura previa y el caso de revelación de información confidencial.

Un ejemplo del primer caso es la primera sentencia en la cual se invocó el derecho a la libertad de expresión como objeto de vulneración por actos del empleador: el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2.689-92, de fecha 18 de Noviembre de 1992. Se trataba de la apelación por un despido

⁷⁷ Cea Egaña, Op.cit., P.396-397

disciplinario a trabajadores, fundado en la causal de término número 1 del artículo 160 del Código del Trabajo –falta de probidad-. En él, la Corte estimó injustificado el despido porque la conducta del trabajador, de criticar a la empresa por haber despedido a un compañero, correspondió al ejercicio de su derecho constitucional a la libertad de expresión y no a falta de probidad, ya que la Real Academia Española definía probidad como la bondad, la rectitud de ánimo, la conducta de bien, la integridad y honradez en el obrar, y ninguno de los hechos que se tuvieron en cuenta para el despido fueron suficientes para justificarla.

Respecto del segundo caso, tal como señalamos en el capítulo anterior, para que se configure la censura previa, la información u opinión no tiene que haber sido expresada, manifestada o exteriorizada. El empleador debe haber coartado el deseo o la intención del trabajador de decir o manifestar su pensamiento respecto de algo que le desagrade o que va en contra de la sintonía de lo que el empleador busca en su empresa. La práctica ha demostrado que los casos en que se ha recurrido por la vía de la tutela de este derecho, invocando como motivo que se les ha censurado previamente, en realidad han sido situaciones en que no se configura, tratándose de despidos injustificados producto de que los trabajadores han manifestado su descontento en cuanto a condiciones laborales en ocasiones que no corresponden, violando el contrato de trabajo y normas del reglamento interno de las empresas, siendo a todas luces mal

invocado este derecho, buscando los trabajadores –a mi juicio- hacer efectiva la garantía de la indemnidad laboral contenida en el inciso tercero del Artículo 485.

El tercer supuesto consiste en que los trabajadores revelaran información confidencial, adquirida dentro de su trabajo, a la empresa de la competencia. La Dirección del Trabajo ante la solicitud de pronunciamiento acerca de la legalidad de la imposición de una cláusula que exija a los trabajadores la obligación de confidencialidad de la información que conozca con ocasión del desempeño de su trabajo, extendiendo su exigibilidad incluso con posterioridad al término de la relación laboral, el año 2010 resolvió en la Ordenanza N° 4731/081, utilizando el método de juicio de proporcionalidad para resolver el conflicto entre los derechos fundamentales del empleador –derecho de propiedad y libertad de empresa- y de los trabajadores –libertad de trabajo y de expresión-, que “Resulta ajustado a derecho pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, incluso para regir más allá del tiempo de su duración”. Y continúa señalando que ello supone: en primer lugar, que la reserva de la información o materia conocida por el trabajador proporciona una ventaja al empleador respecto de las empresas de la competencia; en segundo lugar, que se utilizaron medidas razonables para mantener las informaciones y materias en condición de confidencialidad; tercero, que la información no es de aquellas generalmente conocida ni fácilmente accesible por personas vinculadas al ámbito en que normalmente se utiliza ese tipo de información, y, finalmente, que se consignó expresamente su carácter de reservada. Por lo tanto, deben

cumplirse estos cuatro requisitos para que dicha cláusula no sea vulneradora de derechos fundamentales del trabajador.

En vista de que la aproximación que se ha hecho acerca de la potencial vulneración del derecho a la libertad de expresión e información es totalmente casuística, a continuación procederé a estudiar tres casos en los cuales este derecho ha sido invocado como causal para utilizar el procedimiento de tutela laboral.

4.3 Análisis Jurisprudencial

En este apartado, estudiaré los siguientes casos:

- 1) Sindicato N°1 de Trabajadores de El Mercurio de Valparaíso c/ Empresa El Mercurio de Valparaíso S.A. de fecha 9 de Noviembre de 2009.
 - 2) Rojas León, Yolanda C. c/ Conservas y Congelados Puerto Montt S.A. de fecha 9 de Julio de 2012
 - 3) Ayala c/ Farmacias Cruz Verde S.A. de fecha 2 de Diciembre de 2013.
- Caso ROL 373-2009 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Se trata de un recurso de nulidad que conoció la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el que se pretende declarar nula la sentencia⁷⁸ dictada por un juez de letras del trabajo en el contexto de una tutela laboral.

Los hechos:

Los sindicatos N°1 y 2 de El Mercurio se encontraban desarrollando un proceso de negociación colectiva con la empresa durante el mes de Abril de 2009.

Los dirigentes sindicales y asociados del Sindicato N°1 de El Mercurio participaron el día 16 de Abril de 2009, durante su horario de trabajo de una marcha organizada por la Central Unitaria de Trabajadores.

Dentro del recorrido de la marcha se encontraba el frontis de la casa central del diario.

El empleador reaccionó a esto controlando las salidas de los trabajadores.

El Director del diario se encontraba en el balcón del edificio institucional con una cámara con actitudes de estar filmando o fotografiando los hechos que ocurrieran en ese momento el día 16 de Abril del año 2009.

Posteriormente algunos trabajadores fueron despedidos por abandono de sus puestos de trabajo.

⁷⁸ T-19-2009 Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Argumentos de las partes:

El Presidente del Sindicato N°1 en la demanda original solicitó que se acogiera la acción de tutela de derechos fundamentales porque se habían vulnerado los derechos de reunión y la libertad de expresión –libertades de integración social- y el derecho a la no discriminación. Sostenía que el director de “La Estrella” (que forma parte del grupo de empresas) les advirtió que se tomarían fotos y videos de los trabajadores que acompañaren a los dirigentes sindicales en la marcha y los amenazó que serían despedidos una vez terminado el fuero de la negociación colectiva, que esas amenazas se concretaron, siendo grabados, fotografiados y registrados los nombres de los trabajadores que tomaron parte de la marcha, lo cual se demuestra con que el director de la empresa fue fotografiado en el balcón del diario tomando fotos de los dirigentes y trabajadores que en ese momento se sumaban a la manifestación y que el jefe de recursos humanos y la jefa de unidad administrativa estaban en el hall de la empresa para vigilar y controlar cuales trabajadores salían a participar activamente en la marcha.

El dirigente explica el por qué de dichas vulneraciones de la siguiente manera:

En primer lugar, sostiene que las manifestaciones públicas son, a un tiempo, ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión.

En cuanto a la primera garantía fundamental, pone el acento en que la Constitución en su artículo 19 n°12 asegura que todas las personas puedan manifestar sus opiniones en cualquier forma y por cualquier medio. Que las movilizaciones sociales pueden ser el mejor y único mecanismo por medio del cual los sectores marginados de la comunidad pueden llegar a comunicar sus puntos de vista. Lo cual es respaldado por la Relatoría para la libertad de expresión de la OEA, que ha señalado que las movilizaciones sociales y protestas son formas de expresión que un Estado democrático debe tolerar, porque permiten que las personas sin acceso a los medios de comunicación puedan contribuir al debate público.

En cuanto al derecho a reunión, afirma que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo, siendo irrelevante el interés que los aglutina.

En defensa tanto del derecho a la libertad de expresión como al derecho a reunión señala que el Tribunal Constitucional Español ha afirmado que las fotografías y filmaciones de huelga y protestas constituyen una limitación desproporcionada de las libertades laborales, incluidas las de huelga, expresión y reunión, incluso cuando ellas son realizadas por el Estado, en ese caso, por agentes policiales. Y que si bien el derecho a la huelga y manifestación puede regularse, dichas regulaciones son inconstitucionales si no apuntan a alcanzar fines legítimos, esto es, fines constitucionalmente protegidos, no siendo uno de

ellos la amenaza de despido por el mero hecho de tomar parte en manifestaciones pacíficas.

Afirma que existió afectación del derecho a la no discriminación por razones políticas y sindicales, ya que fueron sometidos por la empresa a un mecanismo de control especialísimo –la grabación y registro de imágenes- por la sola circunstancia de manifestar públicamente una opinión política y sindical. Que se les discriminó gravemente con el almacenamiento secreto de dichas grabaciones y fotografías, dejando a los trabajadores en una situación de indefensión respecto del uso que el empleador dará a ellas, logrando un resultado especialmente disvalioso para el ejercicio de los derechos fundamentales: que la empresa hostilizará a los trabajadores que decidan participar en marchas de naturaleza reivindicativa, ya sea política o sindical.

Sumado a lo anterior, considera que el mecanismo de control en comento es ilegal, porque no cumple con la exigencia de encontrarse debidamente incorporado en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, como exige perentoriamente la ley, ni tampoco cumple con los requisitos previstos por el legislador de impersonalidad y respeto a la dignidad de los trabajadores.

Finaliza señalando que la conducta del empleador es desproporcionada – fotografiar y almacenar fotografías de los trabajadores mientras participaban en una marcha sindical y política- careciendo de justificación plausible y objetiva que no sea el amedrentar trabajadores.

La empresa El Mercurio, por su parte, negó tajantemente los hechos imputados, señalando que no hubo amenazas de parte del Director del diario La Estrella porque no tiene vinculación alguna con los trabajadores del sindicato demandante y menos con el proceso de negociación colectiva. Que habiendo concluido el fuero, sólo fue despedido un trabajador por motivos totalmente ajenos al proceso de negociación colectiva, y cuyo finiquito fue firmado y ratificado, sin reclamo alguno. En cuanto a las supuestas fotografías que hubiese sacado el Sr. Toro, señala que nadie las conoce ni han sido vistas o utilizadas de forma alguna y que los demandantes únicamente fundamentan su imputación en unas fotografías del Sr. Toro, respecto de las cuales no consta que hayan sido tomadas el día de la marcha y al momento de pasar ésta frente a la empresa. Continúa su argumentación señalando que en caso de que se acreditase que el Sr. Toro miraba la marcha desde el balcón y tomaba las supuestas fotografías a su paso, no tendría sustento con la realidad la intención que se le pretende imputar, dejando fuera cualquier otro objetivo, como por ejemplo uno de carácter periodístico, ya que el Sr. Toro detenta un jefatura en esa área, no tiene vinculación alguna con trabajadores del sindicato n°1 ni ha efectuado despido ni represalia alguna, a esto se suma que la marcha constituyó un material de interés periodístico, y no existen antecedentes que justifiquen que tales fotografías, de existir, hubieren sido tomadas sobre los dirigentes sindicales y trabajadores de la empresa que participaban de la marcha. Y aún más, como la demandada es un medio periodístico, hubiese sido

más fácil utilizar las propias imágenes tomadas de dicho evento, lo cual no se hizo.

En cuanto al mecanismo de control alegado por la demandante, señala que sin perjuicio que el sindicato n°1 había anunciado a todos los medios de comunicación social la participación de los dirigentes a la marcha convocada por la CUT, ningún trabajador afiliado a los sindicatos n°1 y 2 había solicitado permiso para ausentarse de sus funciones ese día, por lo que el 16 de Abril de 2009, en uso de las facultades de dirección de la empresa, y ante el perjuicio que importaba el abandono de sus labores productivas, se tomó nota de los trabajadores que incurrían en dichas conductas, las que luego de ser ponderadas, no trajeron consecuencia alguna. Y hace hincapié en que la toma de nota era la única forma de resguardar los intereses de la empresa.

Continúa su defensa, haciendo uso del principio de proporcionalidad. Concluye lo siguiente:

-El procedimiento de tutela utilizado no resulta jurídicamente aplicable al caso, porque se trata de una modalidad procesal que no está configurada a modo de proceso cautelar por sí mismo para prevenir lesiones futuras del derecho fundamental, sino que su objeto exige una concreta lesión que debe repararse y restaurar la situación preexistente; que nadie ha coartado la libertad de expresión; que el derecho de reunión no está protegido por el procedimiento de tutela, lo cual es suficiente para desestimar por improcedente cualquier

vulneración a la misma; tampoco ha ocurrido la supuesta vulneración a la no discriminación por razones políticas y sindicales, ya que con la demanda se trata de otorgar un ámbito colectivo a una situación claramente individual, y la protección constitucional y legal opera en el plano individual y no en el colectivo.

-La marcha de la CUT sólo fue una excusa, un medio de presión para cerrar el proceso de negociación colectiva en términos más ventajosos para los sindicatos negociantes, pero jamás el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido. El denunciante dejó fuera un hecho muy relevante: la declaración pública que el día 15 de Abril de 2009 formulan los sindicatos nº1 y 2 a todos los medios de comunicación del país, expresando su voluntad de adherirse a la marcha convocada por la CUT, estando en su proceso de negociación colectiva, hacen un llamado a las autoridades políticas a fijar por ley que los contratos colectivos vigentes sean el piso para futuras negociaciones colectivas y adjuntan una planilla que contenía información relativa a la dotación de trabajadores de la empresa, la remuneración promedio y el número de sindicatos y trabajadores pertenecientes a ellos. Por lo que los sindicatos pretendiendo ejercer su derecho de expresión u opinión estaban intentando de crear un estado de opinión respecto de situaciones que de otro modo podrían pasar desapercibidas, estado que llevaría a quien tomase conocimiento directo e inmediato de ellas a la aceptación, indiferencia o rechazo de los propósitos de los que se manifiestan, siempre en decisión libremente prestada. Tal declaración pretendía forzar un comportamiento por

parte de la empresa, amenazándola con participar en una marcha convocada fuera de la órbita de la negociación colectiva llevada a cabo en su interior, lo que conlleva no respetar la libre voluntad ajena y calificar dicha conducta como intimidatoria y coactiva.

Decisión del Juzgado de Letras del Trabajo:

Comienza refiriéndose al escenario en que se desenvuelve este conflicto. Al respecto señala que la negociación colectiva que se llevó a efecto en la empresa denunciada con los sindicatos uno y dos, se realizó en el marco de un contexto social complejo, puesto que durante los meses en que se desarrolló la negociación colectiva entre las mencionadas partes, en nuestro país, se vivían particularmente fuerte, las repercusiones de una crisis económica global que a su turno, genera actualmente y generó también en esa época, opiniones y acciones desde los más diversos sectores del que hacer social y particularmente del mundo sindical, motivando la realización de movilizaciones, particularmente la llevada a efecto el 16 de abril de 2009 en Valparaíso.

Respecto a las garantías vulneradas, no se hace cargo del análisis del derecho de reunión, porque dicha garantía ha quedado excluida del ámbito de protección de la acción de tutela. Analizando la libertad de expresión, acude al marco normativo interamericano, cuya función fue reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas; destaca la importancia de este derecho fundamental para la democracia y concluye que

esta garantía contempla en su ámbito de protección la participación de los trabajadores en actos sociales de carácter masivo. Luego analiza el derecho a la no discriminación por motivos tanto políticos como sindicales, concluyendo que la forma en que coartó o dificultó la empresa la participación de los trabajadores en la marcha, no importó un trato desigual o discriminatorio ni una diferenciación basada en motivos vedados por la norma, distintos de la capacidad o idoneidad personal que produjesen como resultado una desigualdad de trato. Por lo tanto, centra su atención en el derecho a la libertad de expresión.

Cuestiona el argumento dado por la empresa respecto de la inexistencia de las fotografías, de existir, el potencial periodístico de ellas y su no uso por parte del diario. Al respecto señala que no es necesario que las mentadas fotografías existan, que efectivamente se hubieren obtenido o que se hubieran utilizado de algún modo por la empresa, para entender que la presencia del Sr. Toro y el acto de obtener o pretender obtener imágenes de la marcha constituya una lesión de derechos fundamentales de los que son titulares los trabajadores afiliados al sindicato denunciante. Se basa para sostener ello en que la denunciada ni siquiera fundamenta el proceder de uno de sus máximos ejecutivos, del Director del diario "El Mercurio", simplemente opta por desconocer el hecho y luego por negar la existencia del producto de su intervención y de las consecuencias de la misma, no dota de explicación alguna de racionalidad a su conducta que no sea decir que dichas imágenes, de haber

sido obtenidas, podrían haber sido utilizadas como material periodístico en el propio diario y no lo demuestra, no acredita que ello hubiera sido así. Así las cosas, concluye que esa conducta, resultó ser caprichosa, exenta de toda motivación y razonabilidad y por lo mismo arbitraria, lo que le permite, facultada por lo dispuesto en el artículo 485 inciso 3° del código del trabajo, estimar que por ella se vulnera el derecho fundamental de la libertad de expresión denunciado.

Continúa aplicando el examen de ponderación entre el derecho de propiedad expresado en las facultades de dirección del empleador y el derecho de libertad de expresión, representado por la manifestación colectiva de los trabajadores de participar en la marcha convocada por la CUT del 16 de abril pasado. Realiza el examen de la siguiente manera:

Comienza con el Juicio de Idoneidad, sostiene que la pregunta que cabe hacerse es: ¿sirve la medida de control implementada por el empleador denunciado, consistente en apostar dos de sus dependientes, el Sr. Rojas y la Srta. Carrasco en el hall de acceso al diario, quienes tomaban nota o registraban a los trabajadores participantes en la marcha del 16 de abril pasado, para lograr la finalidad que el propio empleador se planteó consistente en evitar el perjuicio que importaría el abandono de sus labores productivas?. Señala que la respuesta es evidentemente afirmativa, con lo cual se puede constatar que detrás de este reconocimiento está presente la protección al derecho de

propiedad del empleador, quien desea legítimamente resguardar que las tareas productivas de la empresa no se dejen de desarrollar como consecuencia de la ausencia de sus dependientes, evitando así, o al menos previniendo, los perjuicios que ello le pudiera acarrear.

Continúa con el Juicio de Necesidad. Aquí se pregunta si: ¿era este control el único medio o forma disponible para el empleador para alcanzar el propósito explicitado, o existía otro u otros medios razonables para lograr una adecuación entre los intereses de los trabajadores y el legítimo objetivo perseguido por el empleador? Responde afirmativamente. El empleador denunciado conocía la voluntad manifestada por los sindicatos en orden a adherir a la marcha convocada por la CUT para el 16 de abril antes de la fecha programada para la movilización, a partir de ese conocimiento, se representó que los trabajadores, sus dependientes, o parte de ellos, podrían participar en dicha actividad y que con ello se produciría abandono de su quehacer con perjuicio de sus intereses, y frente a ello pudo razonablemente implementar otros medios para resguardarlos, como hubiera sido solicitar, por medio de los dirigentes sindicales y anticipadamente, que se le comunicara los nombres de las personas que tenían dicha intensión a fin de, evaluando la incidencia de las ausencias que ello podría significar y el tiempo que ellas durarían, adoptar las medidas de reemplazo u otras necesarias para no detener la labor productiva, evitando perjuicios. Así, el control implementado, no superó el juicio de necesidad, ya que no era imprescindible y si bien es cierto era idóneo, esa falta

de necesidad tornó injustificada la restricción del derecho fundamental de la libertad de expresión que dicha medida significó para los trabajadores socios del sindicato denunciante. Por lo anterior, se hizo innecesario entrar en el último de los juicios de la proporcionalidad, esto es el de la proporcionalidad en sentido estricto.

En consecuencia, la jueza de letras del trabajo declaró que el empleador, al fotografiar a los dirigentes sindicales mientras participaban en una marcha organizada por la Central Unitaria de Trabajadores, estaría vulnerando la garantía consagrada en el 19N°12 de la Constitución Política de la República, acogiendo la denuncia.

Argumentos para interponer el recurso:

El Mercurio recurre de nulidad, alegando que se cometieron en la sentencia una serie de infracciones, siendo las más graves que se utilizó el procedimiento tutelar como acción cautelar para prevenir lesiones futuras del derecho fundamental y no para reparar una lesión concreta, la sentenciadora no ponderó ni analizó las exigencias necesarias para que las supuestas conductas imputadas a la demandada afectara derechos fundamentales y, menos aún, para que constituyeran una lesión concreta al derecho a la libertad de expresión, porque no se ejecutó esta conducta dentro del ámbito de la relación laboral y por aplicación de las normas laborales, cometió el error de invertir la carga de la prueba y no siguió las reglas de la sana crítica para apreciarla.

Decisión de la Corte:

La Corte de Apelaciones de Valparaíso decidió acoger el recurso de nulidad, ya que estimó que no existía una efectiva vulneración de derechos fundamentales, sino que se trató de meras amenazas de violación de estos derechos, y que si bien se acreditó que el Director del Mercurio se encontraba en el balcón del edificio institucional con una cámara en actitudes de estar filmando o fotografiando los hechos no existe certeza acerca de lo que se filmó o fotografió ni si lo hizo efectivamente.

Análisis:

La sentencia dictada por la Jueza de Letras del Trabajo de Valparaíso resulta un ejemplo en cuanto a estructura, sin embargo, en cuanto al contenido incurre en un error, ya que considera una amenaza y una actitud del empleador sin resultados concretos, como una lesión a la garantía fundamental de libertad de expresión de los trabajadores, por no encontrarse, a su juicio, debidamente justificada, concluyendo que la conducta del empleador era arbitraria. Dicha decisión me parece del todo exagerada y que sobrepasa los fines del procedimiento de tutela laboral, por lo que comparto la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

En cuanto al análisis que efectúa la jueza de letras de la proporcionalidad de la medida de control de anotación de nombres de los trabajadores que se quisiesen adherir a la marcha, considero que no correspondía realizarlo, ya que tomaba como base la “lesión” explicada, no se impidió con ello que los trabajadores ejercieran su derecho a la libertad de expresión ni tampoco se comprobó que se hubiesen despedido con ocasión de ello a trabajadores. Era un medio idóneo que la empresa utilizó para resguardar los intereses productivos de la misma. Así, no sólo porque se acudiese al principio de proporcionalidad como método argumentativo implica que dicha aplicación fuese adecuada.

Este es un claro ejemplo de la dificultad que significa para los jueces laborales incorporar categorías e instituciones de carácter constitucional, y darles una aplicación correcta ante casos concretos. Afortunadamente la Corte de Apelaciones de Valparaíso corrige el error de interpretación y valoración de la jueza de letras, velando por la seguridad jurídica.

- Caso RIT T-5-2012 del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt

Se trata de una denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, y en subsidio, demanda de despido injustificado.

Los hechos:

La demandante estaba contratada desde el 17 de Agosto de 2005 por la empresa Conservas y Congelados de Puerto Montt, para prestar servicios de operaria.

A comienzos del mes de noviembre del año 2011, varios operarios de la Planta de Proceso se percataron que buena parte de la materia prima (navajuelas) que había adquirido la empresa y que les era entregada para limpiar y procesar, presentaba características que les permitían concluir que su estado no era fresco, advirtiendo notorios signos de descomposición.

Los operarios expusieron la situación al supervisor, jefe de planta, jefe de control de calidad y a la encargada de calidad. Ellos no les dieron una respuesta satisfactoria.

En vista de lo anterior, algunas operarias consideraron que debían dar a conocer a la opinión pública el mal estado de los productos con que trabajaban y luego exportaban, como también exponer los malos tratos laborales que frecuentemente recibían por parte de la gerente de la empresa. A fin de respaldar sus dichos, efectuaron una breve grabación con un teléfono celular, luego, se contactaron con el departamento de prensa del canal de televisión Megavisión y expusieron los hechos descritos, indicando que contaban con grabaciones que aseveraban la efectividad de la denuncia. De este canal le hicieron a la demandante y a otras dos operarias una entrevista en la cual

además de contar los hechos anteriormente relatados, exhibieron una pequeña muestra de navajuelas de la empresa que una de ellas le había entregado, conservándolas congeladas, para que conservaran el mismo estado.

Esta nota fue exhibida en el noticiero “Meganoticias”, donde se expresa que se va a presentar una grave denuncia en contra de una conservera realizada por faenadoras quienes aseguran que elaboran sus productos con navajuelas en mal estado, que las operarias no quieren dar la cara ni ser identificadas debido a que van a hacer la denuncia, muestran los productos en mal estado mientras indican “Navajuelas descompuestas, lo saben porque ellas mismas han participado en el proceso de elaboración. Son faenadoras de Congelados de Puerto Montt, una empresa española que exporta productos a China”. Si bien se mostraban los rostros borrosos, era muy fácil constatar la identidad de cada una.

El día lunes 21 de Noviembre de 2011, la demandante se presentó normalmente a sus funciones, sin embargo toda la planta estaba enterada de su denuncia y el supervisor le indicó a ella y a sus dos compañeras que al término de la jornada tendrían una reunión con el dueño de la empresa.

Tuvieron la reunión, en ella se les indicó que debían firmar una carta retractándose de sus dichos, bajo la amenaza de acciones judiciales en su contra. Se negó tajantemente e indicó que iba a retirarse pues dado lo avanzado de la hora no encontraría locomoción hasta su domicilio.

El día 23 de Noviembre de 2011, al presentarse al lugar de trabajo, la secretaria de la empresa le indicó que se encontraba despedida y que debía retirar la carta respectiva. Además se enteró que su carta de despido había sido publicada en el diario mural de la empresa. Ésta expresaba que la empresa decidió poner término a su contrato fundado en las causales de “falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones”, “injurias proferidas por el trabajador al empleador” e “incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

La primera causal la justificaban en que la demandante faltó a la verdad al efectuar una denuncia en un canal de televisión de cobertura nacional “Megavisión” el día Viernes 18 de Noviembre de 2011, y que habría introducido una cámara de video en una línea de producción que no permite ingresar con objetos que puedan producir contaminación.

Injurias, porque su conducta había lesionado el prestigio comercial de la empresa a nivel nacional o internacional y que ese daño se habría generado por mentiras y engaño a la opinión pública.

E incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato debido a los siguientes hechos:

-faltó a la obligación contenida en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa al sustraer cualquier tipo de productos y apropiarse de ellos, mostrándolos en un programa de televisión en condiciones higiénicas

deplorables, atribuyendo dicho estado a negligencias en el procesamiento de dicho producto por parte de su ex empleador.

-introducir elementos no autorizados a la línea de producción, faltando al deber de higiene y seguridad en procesamiento de los alimentos, produciendo con ello un riesgo inminente de contaminación cruzada, faltando al Reglamento Interno.

-esos hechos y el video configuran un incumplimiento a la cláusula de su contrato de trabajo que señala “Falsear información contable de compras de insumos, recepción de materias primas, de control interno de asistencia, de la mano de obra o de cualquier índole, con o sin perjuicio para la empresa...”

-y faltó a la obligación, también contenida en su contrato de trabajo, que dice “La parte trabajadora se obliga expresamente a desarrollar las labores que se le encomiendan con el debido cuidado y en permanente actitud de buena fe”

Argumentos de las partes:

La demandante sostiene que su despido fue indebido y lesivo de su derecho fundamental de “libertad de expresión”, por cuanto los extensos argumentos de las causales de despido aplicadas se sustentan únicamente en la circunstancia de haber expresado en forma pública hechos y opiniones relativos a las condiciones en las que se encontraba trabajando, específicamente, el dar a conocer y emitir juicios sobre los signos de descomposición que pudo percibir en los productos de la empresa, respaldando sus dichos con material que así lo

acredita y, que por lo mismo, confiere verosimilitud a la denuncia, por lo que no existe falsedad o ánimo de engañar con las expresiones vertidas. Que el despido de que fue objeto, claramente constituye una vulneración de su derecho de libertad de expresión, restringiéndose el contenido esencial del mismo, puesto que ejerció legítimamente la libertad de información y opinión, dentro de los límites establecidos constitucionalmente, dando a conocer por un medio televisivo su apreciación respecto de hechos que, acorde a su experiencia y diligencias efectuadas, estima veraces y de relevancia pública. En este sentido, señala que si bien efectivamente se exhibieron unas navajuelas de la empresa en su domicilio, ello fue con el único propósito de dar a conocer el estado en que se encontraban, de modo de respaldar la denuncia ante los medios de comunicación y en ningún caso de defraudar a la empresa, más cuando se puede apreciar que se trata de una ínfima cantidad del producto , estrictamente necesario para cumplir el fin de informar y siempre reconociendo que las mismas pertenecían a la empresa. La introducción de teléfonos celulares para grabar imágenes del proceso con materia descompuesta obedeció asimismo a la finalidad de demostrar la efectividad de la denuncia, por lo que se trata de grabaciones de algunos segundos para cumplir dicho objetivo, de modo que no es posible estimar configurado un incumplimiento contractual.

La defensa de la empresa radica en que nadie ha censurado en forma previa sus declaraciones ni se le ha impedido hacerlo, ya que las declaraciones fueron

difundidas con anterioridad a la fecha del despido. La demanda está mal planteada y no puede ni debe ser acogida. Que resulta inaudita la audacia de la demandante de demandar un atropello luego de producir maliciosamente un daño gigantesco e irracional a la imagen de la empresa. Que las compañeras que la ayudaron en este hecho renunciaron inmediatamente de acaecidos los hechos, reconociendo los hechos maliciosos en los cuales se imputa directamente a la demandante de haber incurrido en acciones indebidas y en haber manipulado los productos a fin de tener que mostrar a un programa de televisión productos descompuestos o en mal estado en su mismo domicilio, en declaración jurada ante notario público y dos testigos compañeros de trabajo de la empresa. Concluyendo que a la trabajadora no se le despidió por opinar y por emitir opiniones, sino que por haber entregado a la opinión pública información falsa, por haber faltado a sus obligaciones laborales al sustraer productos de la empresa. Ahondan en que esta es falsa ya que contaban con todas las certificaciones de la Seremi al día y que luego de la emisión del reportaje se sometieron nuevamente a una fiscalización sin resultados negativos. Por lo que afirman que es totalmente justificado el despido, por las causales y fundamentos contenidos en la carta de despido, y no lesivo de derechos fundamentales.

Razonamiento y decisión del tribunal:

La jueza de letras en base a los hechos y a la prueba rendida señala que surgen indicios suficientes de que se produjo una vulneración del derecho a la libertad de expresión de la actora. Los indicios de los que habla son básicamente dos: la proximidad temporal entre la exhibición realizada en el reportaje emitido por Megavisión y el despido de la demandante, y el hecho de que en el comparendo de conciliación realizado ante la Inspección del Trabajo, con fecha 15 de Noviembre de 2011, compareció la encargada de remuneraciones de la empresa en su representación manteniendo las causales de despido invocadas en la carta respectiva y describiendo los hechos que las motivaron, el “haber efectuado denuncia en un canal de televisión declarando que la empresa trabajaba con productos de descomposición.” Ante este estándar probatorio alcanzado por la actora, la demandada debiese haber explicado razonablemente los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad.

La empresa en su contestación plantea que a la actora no se le ha despedido por opinar y por emitir opiniones, sino que por haber entregado a la opinión pública información falsa. La magistrado toma la definición del profesor Humberto Nogueira Alcalá, que señala que la información falsa es: “la que tiene la intención de engañar y su autor actúa con dolo o mala fe”⁷⁹. Y señala que en la especie no se acreditó la intención de engañar ni dolo o mala fe por parte de

⁷⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, Librotecnia, Chile, 2008, Tomo II, P.131

la demandante, ya que sus dichos relativos al mal estado de los productos de la empresa se basan en lo que pudo observar y en su experiencia de 6 años trabajando como operaria en la demandada, que la grabación del producto con su celular la hizo con el fin de dar a conocer la materia prima con la que estaban trabajando.

Por lo tanto, la jueza estima que la actora ejerció su derecho a la libertad de expresión en forma legítima, porque la libertad de información protege las visiones razonables de los hechos, con toda la dimensión personal a través de la cual pasa la respectiva narración. Y sostiene que lo relevante para determinar el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión es la veracidad de la información, entendiendo por tal el reflejo de la necesaria diligencia y actuación de buena fe en la búsqueda de lo cierto, y no la verdad objetiva e incontestable de los hechos.

La demandada no logró comprobar la actitud maliciosa de la demandante, que constituía parte importante de su defensa, al señalar que las compañeras que la acompañaron en la entrevista televisiva habían renunciado y reconocido sus hechos y que estos eran falsos, inventados por la demandante. Y en cuanto a su argumento de que no se trata de un caso de vulneración de la garantía del artículo 19 n°12 porque no se configura censura previa, ya que se emitió el reportaje antes de que el despido tuviese lugar, la sentenciadora estimó que si bien no es un caso de censura previa, sí se vulneró este derecho, debido a que

la información vertida es verdadera y que la demandada no cumplió con la carga probatoria prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo.

Análisis:

En virtud de los hechos y antecedentes expuestos se podría considerar este caso como uno característico de vulneración de derechos con ocasión del despido, al invocar el empleador en su carta de despido ciertas causales legales –falta de probidad, injurias e incumplimiento grave de las obligaciones impuestas en el contrato- para encubrir que la real razón fue el ejercicio que hizo de su libertad de expresión al medio de comunicación televisiva. Este es el razonamiento del tribunal cuando señala que a pesar de que “la actora ejerció su derecho a la libertad de expresión, en forma legítima”, descartándose la censura previa, el tribunal vislumbra el despido de la actora “como un acto de represalia por haber ejercido en forma legítima su derecho a la libertad de expresión.”

Sin embargo, hubiese sido interesante y, a mi juicio, más completo el razonamiento del tribunal si hubiere acudido al principio de proporcionalidad para resolver la colisión de derechos fundamentales.

Destaco la doctrina que se invoca en este fallo en lo referente a la veracidad de la información, recordando el importante rol que tiene el derecho fundamental de libertad de expresión e información en cuanto a la búsqueda de

lo cierto, independientemente de si se logró alcanzar o no, siempre que dicha búsqueda se haya realizado con la debida diligencia y buena fe.

- Caso ROL 320-2013 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Se trata de un recurso de nulidad conocido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, entre algunos trabajadores –tres vendedores y un bodeguero- de la farmacia Cruz Verde y ésta.

Este recurso lo interpone la empresa en contra de la sentencia⁸⁰ pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso en la cual se decidió que con ocasión del despido de cuatro trabajadores de Cruz Verde se les vulneró su derecho a la libertad de expresión, porque consideraron que el fallo incurrió en infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, estimando que la sentenciadora efectuó una errónea conceptualización respecto del alcance de la garantía del Artículo 19N°12 de la Constitución Política de la República, amparada por la tutela jurisdiccional consagrada en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

Los hechos:

Los trabajadores el día de la cena institucional de la empresa celebrada el 24 de Noviembre de 2012, en el Centro de Eventos Muelle Barón, realizaron

⁸⁰ T-6-2013 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

una manifestación que consistió en el despliegue de un lienzo con las expresiones “Quien crece con CRECE? Sueldos Dignos. Sin negar. Mentir, cambiar para ganar”, transitaron por el salón donde se realizaba la referida cena y entregaron panfletos a los asistentes. Dicha manifestación duró aproximadamente 10 minutos. Luego de ella, se continuó con la celebración de la empresa.

Los trabajadores fueron despedidos con fecha 7 de Diciembre de 2012, por las causales legales de injurias proferidas por el trabajador al empleador y por incumplimiento grave a las obligaciones contractuales.

Los trabajadores denunciaron a la empresa por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, junto con ello demandaron por cobro de prestaciones, y demandaron subsidiariamente por despido injustificado, indebido e improcedente.

La jueza de Letras del Trabajo de Valparaíso con fecha 16 de Agosto de 2013 acogió la denuncia.

Argumentos de las partes con respecto a la denuncia:

En este apartado pondremos atención a la acción de tutela de derechos fundamentales, dejando fuera los argumentos de fondo referentes a la demanda de cobro de prestaciones.

Los denunciantes comienzan explicando a qué se refieren las palabras y frases contenidas en el lienzo. Señalan que “CRECE” es el nuevo sistema de remuneraciones que quiere implementar su ex empleador, con el cual no están de acuerdo. Se refieren a “Sueldos Dignos”, en señal de protesta por mejores salarios. Y, finalmente, la frase “Sin negar. Mentir, cambiar para ganar”, se refiere a la práctica usual de las farmacias de negar el medicamento genérico más barato, para que el cliente compre uno más caro. Que esa práctica es incentivada por los laboratorios y por Cruz Verde, mediante comisiones y premios por otorgar metas de ventas de un medicamento o producto.

Alegan que el lienzo no contiene expresiones injuriosas ni menos graves y representan el sentir el pensamiento de la mayoría de los trabajadores que se encuentran cansados de negar los productos económicos a las personas.

Afirman que el hecho que constituye la vulneración de su derecho constitucional, a expresarse libremente, es el despido mismo de que fueron objeto. Y que el motivo del despido fue reclamar (manifestar su opinión disconforme), mediante un lienzo, por sus derechos laborales (actuar de la empresa hacia los trabajadores) en la cena anual de la empresa, el día 24 de Noviembre de 2012. Así lo reconoce, abiertamente, el empleador, agregando que lo realizaron de manera injuriosa y ofensiva.

Señalan que el empleador ha incurrido en cuatro anomalías, dos de carácter fáctico y dos referentes al contenido de la carta de despido. Las fácticas son: La

extemporaneidad del despido, ya que luego de 13 días de ocurridos los hechos, se les despidió, tiempo que los trabajadores estiman suficiente para entender por perdonada la causal. Y la segunda es que la conducta fue realizada fuera del horario de trabajo, en la cena de fin de año, que se encuentra fuera de la jornada de trabajo y por lo tanto, no se rige por el Contrato de Trabajo.

Las dos restantes consideran que en la carta de despido el empleador incurrió en la indeterminación de las personas a las que se dirigen las injurias, como así también la indeterminación de las palabras que son consideradas injuriosas. Ponen especial atención en esta última, puesto que consideran que vulnera gravemente el derecho de defensa de los trabajadores, ya que no pueden refutar si dichas palabras son injuriosas y graves ni preparar la prueba que demuestre lo contrario.

Señalan que el contexto de la manifestación se da en un ambiente de disconformidad producto de la existencia de variadas situaciones anómalas de índole económica: el empleador pretendía que firmasen un anexo de contrato de trabajo que implicaba mayor responsabilidad y menores sueldos, denominado CRECE; el empleador mantenía una deuda por no pago de la semana corrida por años; disminución ilegal del sueldo base desde octubre de 2011, en clara contradicción con el artículo 311 del Código del trabajo; y el sistema de comisiones y premios que implican realizar conductas poco leales

con el consumidor o cliente, promoviendo la compra de medicamentos costosos, negando los medicamentos más económicos.

Tomando como base la carta de despido señalan que, al parecer, lo que molestó a su empleadora de sobremanera fue que se manifestaran y reclamaran en la cena de fin de año, razón que no es motivo de despido y sí de vulneración de derechos. Consideran que para su empleador, la manifestación de ideas contrarias a su pensamiento, mediante una protesta, constituiría una afrenta cuya agravante sería que se realizara en la cena de fin de año.

La empresa, por su parte, solicita que se rechace las demandas en todas sus partes.

Comienza su contestación señalando que la lectura de la demanda deja en evidencia que la única cuestión que subyace en la acción tutelar de autos dice relación únicamente con el cuestionamiento que hacen los actores a la justificación de las causales invocadas para su despido. En efecto, estima que la denuncia de autos no da cumplimiento al mandato del artículo 446 del Código del Trabajo, ya que no existe en ella una exposición clara y circunstanciada de los hechos y consideraciones de derecho en que se funda, desde el momento que respecto a la supuesta violación de derechos fundamentales que habrían sido violentados por su representada, sólo se menciona y refiere, de manera genérica, a aquélla, en los siguientes términos "El empleador nos despide por manifestar nuestra opinión disconforme con su actuar hacia los trabajadores,

vulnerando clara y abiertamente el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política del Estado de Chile que resguarda la libertad de opinión, en concordancia con el artículo 485 del Código del Trabajo.", lo que abiertamente contraria, además, la norma del artículo 490, que obliga al denunciante a precisar los hechos constitutivos de la vulneración alegada, relato este último inexistente en el libelo, no refiriéndose línea ni párrafo alguno, en el cual, además, de desarrollarse la garantía constitucional denunciada, se exponga la forma y modo en que su mandante habría incurrido en su lesión, es decir, cuando en el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquella, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. De igual modo, los denunciantes omiten en su demanda la declaración precisa y concreta de las peticiones que someten a la resolución del tribunal (artículo 446 N° 5 del Código del Trabajo), desde el momento que respecto a su petición principal, asociada a un despido vulneratorio de derecho fundamental, solamente solicita que se declare la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores (sin precisar ni mencionar cuál es el quebrantado) y se apliquen multas, las que no fundamenta en ninguna parte de su denuncia. Indica que esta manifiesta omisión del libelo no puede ser subsanada por el Tribunal, ya que con ello se vulnera la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución, esto es el derecho a un debido proceso, ya que la sentencia que emana de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente

tramitado y en este aspecto al haber tomado esta parte conocimiento de la acción en los términos deducidos por la contraria, impide que ella pueda ser objeto de modificación alguna.

Considera que, si bien se ha presentado la alegación de despido injustificado, indebido e improcedente como una cuestión subsidiaria, no resulta ser menos cierto que ésa es la cuestión gravitante en todo el relato del escrito de demanda, siendo claro que en autos se pretende especular con este punto, controvirtiendo la procedencia de la causal invocada a objeto de presentar el despido como una supuesta vulneración de derechos fundamentales, en un claro intento de profitar de la situación, intentando darle visos de verosimilitud a una acción que se agota en eso: el mero cuestionamiento de la causal invocada. Y en tal sentido, estima importante rescatar los antecedentes que justificaron la decisión de despido adoptada.

Así, relata lo sucedido el día sábado 24 de noviembre de 2012. Durante la Cena Institucional de Fin de Año, cena de gala celebrada en el Centro de Eventos Muelle Barón en la cual se contempla la asistencia de todos los trabajadores de la compañía de la zona - así como también de los directores y gerentes de la empresa - y en circunstancias que se encontraban en pleno desarrollo las actividades propias a dicha celebración, los actores en forma evidentemente concertada y afectando el normal desarrollo de la mencionada celebración institucional, procedieron a extender un lienzo, escrito con letras

grandes y con expresiones ofensivas e injuriosas para su empleador, desplegándolo a objeto de que fuera visto por todos los asistentes al lugar, procediendo a circular entre las diversas mesas del recinto y lanzando panfletos que aludían a conductas de iguales características hacia su empleador, todo acompañado de gritos de consignas.

Considera que dicha conducta rebasa los límites de la mera expresión de una opinión o punto de vista, constituyéndose en un acto de abierta difamación, sobre todo porque las expresiones, tal como lo reconocen y explicitan los actores en su demanda, atribuyen conductas maliciosas, de mala práctica comercial e, inclusive, inmoralidad de la compañía, afirmaciones que importan un claro descrédito para la dirección de la empresa y que no son sino injurias que carecen de toda veracidad y afectan la imagen y credibilidad de la empresa y, de paso, el honor y la dignidad de las personas que administran y dirigen la compañía, trastocando el ambiente de celebración y fiesta que había hasta ese momento. A lo anterior se agrega que los trabajadores involucrados en esta manifestación no pertenecen a CRECES ya que son integrantes del sindicato, que no se ha sometido a dicho mecanismo de remuneraciones, por lo tanto, ninguno de estos trabajadores pudo tener ningún reproche contra dicho sistema y, en consecuencia, no era un reproche de lo que le sucedió a ellos. A esto se suma que tampoco eran dirigentes sindicales, sino que sus dirigentes habían firmado contrato colectivo con la empresa hace un año atrás, lo que lleva a

concluir que los reproches que pudieron haber tenido no eran contra la empresa sino que contra su dirigente sindical.

Ahonda en el concepto de injuria. Al respecto señala que ésta es un atentado que puede afectar tanto el honor subjetivo (esto es, la honra personal, el amor propio y el sentimiento de valer ante los demás) como el honor objetivo. Esta última hipótesis la define como equivalente "...a la reputación, es decir lo que los demás piensan de una persona determinada contra la cual se atenta por medio de una injuria difamatoria." Y considerando que la imputación efectuada a la empresa supone la existencia de un actuar concertado y orientado al engaño a clientes en aras de una supuesta mayor ganancia, resulta claro que tales afirmaciones importan un caso de injuria grave (conforme a lo dispuesto en nuestra legislación penal en el artículo 417, el cual reconoce como tal en el N°3 la imputación "...de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado").

Conforme a lo señalado, concluye que la conducta descrita - la cual es reconocida por los actores - claramente importa un actuar injurioso, suficiente para configurar la causal del artículo 160 N°1, letra d), del Código del Trabajo.

Y junto con ello, sostiene que tal conducta importa un incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato, tanto atendiendo a los elementos típicos y consustanciales al contrato de trabajo como a las disposiciones del

Reglamento Interno de la compañía. Respecto a los primeros, señala que imputaciones como las efectuadas transgreden los deberes de lealtad, obediencia y de honradez que emanan de todo contrato de trabajo, específicamente asociados al contenido ético-jurídico del mismo, que se extiende durante toda la vigencia de la relación laboral y no puede limitarse su exigencia sólo a la jornada de trabajo, provocando un quiebre insalvable en la relación laboral, que se fundamenta en la persona del trabajador, circunstancia que hace del todo imposible continuar con el contrato, máxime si se atiende a que tales expresiones injuriosas se han proferido por escrito, en un evento protocolar que contaba con la presencia de todos los trabajadores de la Región. Y aún más, sin que siquiera se haya intentado utilizar los canales existentes al interior de la empresa.

En consonancia con lo anterior, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad vigente en la empresa y dictado en conformidad al mandato legal y el contrato de trabajo, imponen al trabajador una serie de obligaciones y prohibiciones que, persiguen entre otras, mantener la disciplina laboral al interior de la empresa, la protección de los bienes y propiedad de la misma, exigiendo de todos los trabajadores un comportamiento honesto, honrado y leal, para con la empresa y sus trabajadores.

Respecto de la alegación de vulneración del derecho fundamental de libertad de emitir opinión sin censura previa, considera que resulta contradictoria en

circunstancias que los trabajadores ejercieron este derecho. Para que se configure la lesión del derecho a la libertad de opinión, se requiere como condición sine qua non, que la empresa haya ejecutado cualquier clase de conducta tendiente a controlar o impedir a la exteriorización del mensaje que se desplegó, mediante un lienzo, en la cena del día 24 de noviembre de 2012, así como las consignas verbales proferidas y los textos contenidos en los panfletos esparcidos. Al no hacerlo, en definitiva, no se han impedido de manera arbitraria y desproporcionada el ejercicio de este derecho, cuanto porque el límite del derecho de la libertad de opinión se encuentra en el respeto de los derechos y la honra de los demás, la que claramente fue ofendida por las expresiones vertidas por los trabajadores denunciantes en el acto conmemorativo, de fiesta de fin de año.

La empresa concluye que en los supuestos hechos que se indican en la denuncia no ha existido una violación al derecho a la libertad de opinión que nuestra carta fundamental garantiza en el inciso primero del artículo 19 N° 12 y en los términos exigidos por los artículos 485 y 489 del Código del Trabajo y en ningún otro término, toda vez que al procederse a la desvinculación de los trabajadores denunciantes, por las causales de caducidad dispuestas en los números 7 y 1 letra d), ambas del artículo 160 del Código del Trabajo, lo único que ha hecho es materializar el poder de dirección y administración que la ley laboral le concede para proceder a la exoneración de ellos, en virtud de las responsabilidades que les cabe al expresarse en términos tales que atentaron

contra el honor y la dignidad de las personas que administran y dirigen la compañía, afectando la imagen y credibilidad de la empresa, lo que claramente atenta contra el respeto en que debe desarrollarse la relación laboral que vinculaba a las partes y al poner en tela de juicio el prestigio, crédito y dignidad de la plana gerencial de la empresa denunciada, lo que se vio agravado en el contexto en que se produjeron los hechos, correspondiente a la celebración de la cena institucional de fin de año.

Razonamiento y Decisión del Juzgado de Letras del Trabajo:

En consonancia con lo señalado anteriormente, el análisis que se expone a continuación deja de lado lo relativo a la demanda de cobro de prestaciones.

La sentenciadora estima que si bien en el caso en comento no hubo un control previo por parte del empleador que impidiera la realización de la manifestación de los trabajadores, a su juicio, la decisión de desvincular a sus dependientes vulnera la libertad de opinión esgrimida, ya que dicha sanción fue aplicada como consecuencia de la opinión manifestada por los actores, respecto de ciertas conductas o actuaciones de la empleadora.

Respecto de los argumentos de la demandada, señala que la libertad de emitir opinión o de expresarse libremente no puede verse limitada por el momento, lugar, o forma en que se manifiesta, y que para la protección efectiva de esta libertad o derecho no resulta necesario que la opinión que una persona posea sobre una determinada situación le afecte personalmente, por lo que no

reviste importancia que los estos trabajadores no se encuentren sometidos al sistema remuneracional denominado Crece, como tampoco la oportunidad en que se realizó la manifestación. Y afirma que razonar en sentido contrario, significaría coartar dicha libertad.

Concluye señalando que los demandantes actuaron dentro del ámbito de protección que les ampara el derecho constitucional consagrado en el inciso 1° N° 12 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, y que se alega vulnerado, y por lo tanto, dicha actuación no debió ser sancionada por el empleador con su desvinculación de la empresa, más aun considerando los años de servicios de los actores, el efecto inhibitorio para sus restantes dependientes, y que la demandada en pleno ejercicio de su poder de dirección pudo aplicar una sanción, amonestación o medida disciplinaria menos gravosa que el despido, atendido lo consignado en el reglamento interno de esta empresa.

Argumentos de las partes en virtud del recurso interpuesto:

La recurrente señala que el error se produce porque se sanciona como una vulneración del derecho a emitir libremente opinión y sin censura previa la decisión adoptada por la empleadora, con posterioridad a los hechos y que se motiva en una legítima reacción frente a dichos e imputaciones injuriosos y difamatorias para el prestigio comercial y laboral de la empresa, que la empresa no intervino durante la manifestación que realizaron los trabajadores en la cena de fin de año, lo que demuestra que no hubo censura. Estima que el análisis de

si se vulneró o no el derecho para por determinar si éste fue ejercido o si por el contrario se limitó su ejercicio y que la determinación de la reacción de la empleador es propia de la discusión sobre la justificación del despido. Sostener que el amparo que otorga dicha garantía es absoluto implica una derogación tácita de la causal de terminación de contrato contenida en el artículo 160 n°4 del Código del Trabajo, alejándose del espíritu del legislador.

Junto con lo anterior, Cruz Verde estima que la jueza no analizó toda la prueba rendida, llevando esta omisión a una errada calificación jurídica de los hechos –al considerar que la actuación desarrollada por la contraria una simple “emisión de opinión”- y, consecuentemente, a infraccionar la ley.

Los recurridos no emiten nuevos argumentos.

Razonamiento del tribunal:

Los sentenciadores estimaron que una de las principales hipótesis de lesión de derechos fundamentales corresponde a la conducta que vulnera las garantías del trabajador con ocasión del despido. Ante tal situación, si el denunciante aporta antecedentes que entreguen indicios suficientes de que el motivo del despido ha sido la vulneración de sus derechos fundamentales, la acción resulta procedente, aun cuando la situación se disfrace bajo la aparente concurrencia de una causal legal. En estos casos concurren en el mismo despido dos causas que se mueven en planos distintos: una causa legal que justifica el despido del trabajador desde el punto de vista de las normas

previstas para la terminación en el Código del Trabajo, y una causa anticonstitucional, consistente en la afeción y lesión de un derecho fundamental del trabajador desde el punto de vista de las normas de tutela laboral.⁸¹

Aterrizando esto al caso, afirman que es un hecho no controvertido que el fundamento fáctico del despido lo constituye la manifestación que, en uso de su libertad de expresión, realizaron los denunciantes durante la cena de la empresa, en la que reprochaban a Farmacias Cruz Verde las condiciones de sueldo y las condiciones que les eran impuestas en el desarrollo de sus funciones, por lo que no cabe duda alguna que en tal sentido se ha sancionado a través del despido el ejercicio de dicha libertad, lo que deviene en un impedimento permanente de su ejercicio y, en consecuencia, constituye la privación de tal garantía constitucional. A esto se suma que la adopción de tales medidas producen un efecto intimidatorio para los trabajadores que discrepen de las políticas de la empresa, quienes se ven amenazados con el despido en el evento que deseen explicitar su opinión.

Decisión del tribunal:

⁸¹ Ugarte Cataldo, José Luis, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba" en Estudios de Derecho del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009, pp. 215 – 228

No existe contradicción en cuanto a los hechos fundamentales de la causa, careciendo de relevancia la falta de análisis de la prueba que se indica en el recurso, ya que no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Y en cuanto a la mala calificación de los hechos y a la infracción de ley, sostiene que eso es materia de ponderación de la prueba, que es ajeno a un recurso de derecho estricto como el presente.

Considerando lo anterior, rechazan el recurso de nulidad deducido.

Análisis:

Al igual que en el análisis de la sentencia anterior, este es un caso de vulneración del derecho a la libertad de expresión con ocasión del despido y el juez de letras no acudió al principio de proporcionalidad para explicar e interpretar su decisión.

Conclusiones del Análisis Jurisprudencial

De los tres casos objetos de análisis, se puede concluir que cuando se ha invocado este derecho esencial como causal de una acción de tutela se hace por vulneraciones al derecho fundamental con ocasión del despido, o de manera errada, por amenazas de despido.

Que las defensas del empleador son básicamente dos:

1. que no se constituiría la afectación del derecho a la libertad de expresión ya que ellos no los censuraron en el momento de la manifestación.
2. Se trata de un despido justificado en las causales de falta de probidad, injurias e incumplimiento grave de las obligaciones impuestas en el contrato.

Para los jueces de letras prima el derecho a la libertad de expresión del trabajador por sobre el de libertad de empresa del empleador.

En uno sólo de estos casos el juez de letras hace uso del principio de proporcionalidad para evaluar si realmente se configuró la afeción reclamada, lo que me parece sumamente errado, ya que si bien no es un método infalible, porque deja mucho a criterio del juez, sí les da una pauta de búsqueda en las tres etapas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente tal. Y en este sentido, los jueces de letras del trabajo hacen entrever que no manejan realmente este principio interpretativo propio del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, definiendo sus opiniones simplemente en los indicios (suficientes) que produzcan las partes con sus medios probatorios, lo cual no dista de lo que sería la tramitación de un despido injustificado, indebido e improcedente.

CONCLUSIÓN

En este trabajo he intentado dar una pincelada de lo que significan los derechos fundamentales, su historia y reconocimiento a nivel global y local en las distintas ramas del derecho, particularmente en el derecho del trabajo.

En sintonía con lo anterior, el Código del trabajo ha sufrido reformas que han seguido la línea de dignificar al trabajador, explicitando su condición de ciudadano y persona, dejando atrás la concepción de mano de obra de una empresa o institución.

Es así como se han resaltado ciertos derechos fundamentales de manera taxativa en el Código del Ramo, siendo la inserción de algunos de ellos totalmente comprensible y necesaria, ya que son previsiblemente potenciales objetos de vulneración, como por ejemplo los derechos a la integridad física y psíquica y el derecho a la intimidad. Sin embargo, con el afán de cumplir una agenda gubernamental, nuestros legisladores ampliaron el listado de los derechos fundamentales objeto del procedimiento de tutela laboral, produciéndose lo que Cea Egaña denomina “la explosión e inflación de los derechos públicos”. Uno de los derechos “inflados” –aquellos en que acentuar

su protección resulta totalmente innecesaria e ineficaz-- es, a mi juicio, el de la libertad de expresión y acceso a la información. Esto porque:

- 1) Se encuentra regulado y protegido a nivel constitucional, teniendo como herramienta para hacerlo efectivo el Recurso de Protección.
- 2) El derecho en estudio no es uno de los casos de omisión inconstitucional, sino que todo lo contrario, ya que existe protección legal de este derecho, siendo una herramienta para garantizar su protección sin afectar su contenido esencial.
- 3) Al ser sostenida en Chile la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, la norma legal que reitera la regla o el principio enunciado en la Constitución tiene una función meramente declarativa.
- 4) En palabras de Bilbao Ubillos, el considerar necesaria la intervención legal para reconocer este derecho, lo rebaja de rango constitucional a legal, perdiendo su calidad de derecho fundamental, caracterizado por la indisponibilidad de su contenido por el legislador.⁸²
- 5) La práctica ha demostrado que este control constitucional, otorgado a los jueces de primer grado, para resolver casos donde se invoca este derecho como vulnerado –principalmente con ocasión del despido- en realidad no se aplica en su totalidad, dejando fuera el análisis interpretativo de las circunstancias mediante la aplicación del principio de

⁸² Bilbao Ubillos, Op.cit., P.297

proporcionalidad, criterio consagrado a nivel legal como el adecuado para ello en el procedimiento de tutela. Lo que hace presumir que dichos jueces no manejan del todo esta materia de derecho constitucional.

- 6) La utilización indiscriminada de la técnica de la ponderación para resolver conflictos entre derechos fundamentales en las relaciones entre empleadores y trabajadores puede dar lugar a un ejercicio discrecional de los poderes del juez. Y dichos fallos sirven luego como precedentes. Por lo que estas controversias deberían resolverse aplicando las normas legales vigentes, mandatos que constituyen expresión concreta de la voluntad de la mayoría, los que deben ser interpretados a la luz de la Constitución Política de la República.⁸³

Por la peligrosidad de lo señalado es que sostengo que resulta innecesario que el derecho a la libertad de expresión se encuentre dentro de los derechos fundamentales taxativamente enumerados en el inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo como objeto de protección por el procedimiento de tutela laboral. Para los fines que se ha utilizado este procedimiento respecto de la defensa del derecho en comento existen, por un lado, el procedimiento de aplicación general en materia laboral y, por el otro, el recurso de protección, que admiten mayores posibilidades de impugnación por parte de la parte disconforme con la decisión del juzgador, y a la larga, mayor seguridad jurídica.

⁸³ Ferrada y Walter, Op.cit., pp.99-111

BIBLIOGRAFÍA

1. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2008, “Derechos Fundamentales”, Santiago, Legal Publishing.
2. ÁLVAREZ ALONSO, Diego, 2005, “La Garantía de Indemnidad del trabajador frente a Represalias empresariales”, Albacete, Bomarzo.
3. BAYLOS, A., 1998, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, Revista del Colegio de Abogados de Concepción, N°5.
4. BILBAO UBILLOS, Juan María, 1997, “La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” Madrid, CEPC-BOE.
5. BOBBIO, 1975, “Libertá fondamentali e formazioni social. Introduzione storica”, Pol.Dir., n°4.
6. C.M.BIANCA, 1977, Le autorità private, Jovene, Napoli.
7. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, 2005, “El Derecho a la No Discriminación en el Empleo”, Santiago, LexisNexis.
8. CEA EGAÑA, José Luis, 2004, “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II Derechos, Deberes y Garantías, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

9. CEA EGAÑA, José Luis, 1988, "Tratado de la Constitución de 1980", Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
10. CONTESSE SINGH, Jorge, 2002, "El Derecho de Acceso a la información y el sistema jurídico chileno", Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
11. DE CARRERAS SERRA, Lluís, 2003, "Derecho Español de la información". Editorial UOC.
12. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, 2004, "Los Derechos Constitucionales", Tomo I, Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
13. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y WALTER DÍAZ, Rodolfo, 2011, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral", Revista de Derecho Universidad Austral de Chile Vol.XXIV, Páginas 99 a 111.
14. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, 2004, "Ciudadanía en la empresa o los Derechos Laborales Inespecíficos", Editorial FCU.
15. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, 2009, "Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales", Revista Laboral Chilena, Noviembre 2009.
16. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, 2012, "Manual del Contrato de Trabajo", Tercera Edición, Santiago, Legal Publishing.
17. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, 2013, "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena", Estudios Constitucionales, Año 11, n°1, Santiago, Páginas 425-458.

18. IRURETA URIARTE, Pedro, 2012, "El estándar normativo de la injuria laboral", Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXV N°2, Páginas 83-110.
19. LAYANA VENECIANO, Erick, 2013, "Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales: Ciudadanía en la empresa", Revista de Ciencias Sociales N°63, Valparaíso, EDEVAL, Páginas 145-167.
20. LIZAMA PORTAL, Luis, 2002, "La discriminación laboral en Chile", Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
21. LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, 1998, "Interpretación y Derechos Fundamentales en la empresa", CONOSUR Ltda., Páginas 169-185.
22. LÓPEZ FLORES, Luciano, 2002, "La protección del Derecho a la Tutela Jurisdiccional: Flexibilizando dogmas, repensando estrategias desde la perspectiva del interés público", Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
23. MARINON, Luiz Guilherme, 2014, "Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales", Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 1.
24. MEJÍA VIEDMAN, Sergio y LIZAMA PORTAL, Luis, 2001, "Reformas Laborales: su contenido e impacto en la empresa", Santiago, Editorial Conosur.

25. MELIS VALENCIA, Christian, 2010, "Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales", Santiago, Legal Publishing.
26. MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, 2009, "El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo", Santiago, Legal Publishing.
27. MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, 2000, "Derecho del Trabajo", Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
28. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2008, "Derechos fundamentales y garantías constitucionales", Tomo II, Chile, Librotecnia.
29. ROJAS RIVERO, Gloria, 1991, "La Libertad de Expresión del Trabajador", Madrid, Trotta.
30. ROMÁN DÍAZ, Fernando, 2009, "El procedimiento de tutela en el nuevo proceso laboral". Ciclo de Charlas "Los martes al colegio". Colegio de Abogados de Chile. Martes 5 de Mayo.
31. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, 2006, "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario" contenido en libro "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", Santiago de Chile, LexisNexis, Páginas 69-128.
32. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, 2003, "Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa", Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol.XV, Diciembre, Páginas 181-190.

33. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, 1998, "Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo-Derecho Procesal del Trabajo", Tomo III, Tercera Edición actualizada y aumentada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
34. UGARTE CATALDO, José Luis, 2011, "Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVI, Valparaíso, Chile, 1º semestre. Páginas 141-164.
35. UGARTE CATALDO, José Luis, 2009, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba" en Estudios de Derecho del Trabajo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIII, Valparaíso, Chile, 2do Semestre, Páginas 215-228.
36. UGARTE CATALDO, José Luis, 2007, "La Tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de Erizo a Zorro", Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N°2, Páginas 49-67.
37. UGARTE CATALDO, José Luis, 2006, "La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento", Derecho Laboral, Tomo XLIX N°221, Enero-Marzo 2006, Montevideo.
38. UGARTE CATALDO, José Luis, 2004, "El Nuevo Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Universitaria.
39. UGARTE CATALDO, José Luis, 2001, "Los Derechos Fundamentales y la Relación Laboral: el Largo Camino de los Tribunales", Anuario de Derecho

del Trabajo y Seguridad Social, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2.

40. VENEGAS GRAU, María, 2004, "Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada", Madrid, Marcial Pons.

41. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2002, "Derecho constitucional", Segunda Edición actualizada, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

42. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, 2003, "Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo", Santiago, Editorial Universitaria.

43. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA:

-ORD. N°4731/081 año 2010.

-ORD. N°2210/035 año 2009.

-ORD. N°2856/162 año 2002.

-ORD. N°3448/168 año 2001.

44. JURISPRUDENCIA JUDICIAL:

-Caso ROL T-19-2009, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 31 de Agosto de 2009.

-Caso ROL T-373-2009, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 de Noviembre de 2009. Sindicato N°1 de Trabajadores de El Mercurio de Valparaíso c/Empresa El Mercurio de Valparaíso S.A.

-Caso ROL T-5-2012, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, 9 de Julio de 2012. Rojas León, Yolanda C/Conservas y Congelados de Puerto Montt S.A.

-Caso ROL T-6-2013, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 16 de Agosto de 2013.

-Caso ROL T-320-2013, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de Diciembre de 2013. Ayala c/ Farmacias Cruz Verde S.A.