



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social

LA LIBERTAD DE OPINIÓN DE LOS DIRIGENTES SINDICALES EN LA
LEGISLACIÓN LABORAL CHILENA

Memoria para optar al grado de

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: José Miguel Canales Riquelme

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag.

Santiago, Chile 2016

INDICE

I.- ABSTRACT.....	vii
II.- INTRODUCCIÓN.....	1
1.- Justificación.....	2
2.- La hipótesis.....	5
3.- Objetivo de la Investigación.....	7
4.- Diseño de la Investigación.....	7
III.-CAPÍTULO I.- <u>LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PARTE DE LA LIBERTAD SINDICAL</u>	
1.-Antecedentes preliminares de la Libertad Sindical.....	10
1.1.- Antecedentes de la Libertad Sindical.....	11
1.2.- Convenio N° 87 referido a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación aprobado en la 31.a conferencia general de la O.I.T del año 1948.....	12
1.3.- Concepto de la Libertad Sindical.....	14
1.4.- La Libertad Sindical en nuestra carta fundamental de 1980.	15
1.5.- Autonomía sindical como manifestación de la Libertad Sindical.....	16
1.6.- Manifestaciones de la Libertad Sindical.....	17
2.- Definición de Libertad de Expresión	18
2.1.-Desarrollo histórico de la libertad de expresión.....	19
2.2.- Características de la libertad de expresión.....	19
2.2.1.- Titularidad del derecho a la libertad de expresión.....	19
2.2.2.- Doble dimensión –individual y colectiva – de la libertad de Expresión.....	20
2.2.3.- Deberes y responsabilidades que forman parte del contenido de la libertad de expresión.....	21

2.3.- Límites a la libertad de expresión.....	21
2.3.1.- Derecho al Honor.....	22
2.3.1.1.- Intromisión ilegítima en el derecho al honor.....	22
2.3.2.- Derecho a la intimidad.....	23
2.3.2.1.-Intromisión ilegítima al derecho a la intimidad.	23
2.3.3.- Derecho a la propia imagen.....	24
2.3.4.- Protección civil de los derechos de la personalidad.....	25
2.3.5.- Derecho a la autodeterminación informativa.....	26
2.3.6.- Otros límites a la libertad de expresión.....	27
2.3.6.1.- La protección de la infancia y de la juventud.....	27
2.3.6.2.- Las relaciones profesionales o de trabajadores.....	28
2.3.6.3.-Condiciones de un proceso judicial que afecte a la Libertad de expresión.....	29
2.3.7.- Normativa penal con incidencia en la libertad informativa o de expresión.....	30
2.3.7.1.- Delitos contra el honor: injurias y calumnias.....	30
2.3.7.2.- Delitos de injurias.....	31
2.3.7.3.- Delitos de calumnias ..	32
2.3.8.- La libertad moral.	33

IV.- CAPÍTULO II.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y DEL CONTRATO DEL TRABAJO

1.- Antecedentes preliminares.....	40
------------------------------------	----

2.- La teoría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.	41
2.1.- Negación de la existencia de la teoría del contenido ético-jurídico del contrato de Trabajo.....	43
2.2.- Afirmación de la existencia de la teoría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.	44
3.- Deber de fidelidad y lealtad de los trabajadores.	46
3.1.- Relación con la fidelidad.....	46
3.2.- Relación con el deber de lealtad.....	47

V.- CAPÍTULO III.- CONCEPTO DE LIBERTAD DE OPINIÓN INSERTO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y CÓMO ES UN DERECHO DE LOS DIRIGENTES SINDICALES

1.- Nociones preliminares.....	51
2.- La empresa, los derechos fundamentales y los derechos labor.....	53
2.1.- El derecho general de ciudadanía y el estatuto de trabajador subordinado.....	54
2.2.- Eficacia directa de la Constitución en las relaciones privadas.....	55
2.3.- Los derechos fundamentales y el derecho laboral en Chile.....	56
3.- Los derechos fundamentales y la libertad de opinión en la historia de nuestra legislación laboral.....	58
4.- Distinción entre la libertad de opinión de los dirigentes sindicales y la libertad de opinión de los ciudadanos.	60
4.1.- Determinar el sentido de la libertad sindical que aparece en el Código Laboral Chileno desde sus orígenes.....	62
4.2.- Los derechos que garantizan la existencia de las organizaciones sindicales.....	63

4.3.- Atentados contra la libertad sindical y, en especial, de la libertad de opinión. Sentido de la expresión “entorpezcan o impidan” del artículo 291 del Código del Trabajo.....	64
4.3.1.- Artículo 289 del Código del Trabajo.....	65
4.3.2.- Artículo 290 del Código del Trabajo.....	66
4.3.3.- Artículo 291 del Código del Trabajo.....	66
4.3.4.- Artículo 215 del Código del Trabajo.....	67
4.4.- Convenio 98 de la O.I.T.....	67
4.5.- En cuanto a los destinatarios y en cuanto a la tipificación de la conducta antisindical.....	68
4.5.1.- Práctica antisindical y fuero sindical.....	69
4.5.2.- En cuanto a su relación con otras formas de tutela y los elementos que componen la práctica antisindical.....	69
4.6.- Antecedentes del artículo 291 en los anteriores cuerpos legales. Determinar su Sentido y límites.....	70
5.- Paralelo entre la función que desarrollan los dirigentes sindicales como representantes de los trabajadores y otros representantes que componen la denominada clase política.	72
6.- Establecer los límites a la libertad de opinión y, si estos u otros, deben existir para los Dirigentes Sindicales.	75
6.1.- La “protección de los derechos de los demás” como objetivo que justifica limitar la libertad de expresión.	76
6.2.- La noción de “orden público” para efectos de la imposición de limitaciones a la libertad de expresión.	77

6.3.- Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad

democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue..... ..78

VI.- CAPÍTULO IV.- DOS DICTÁMENES EMANADOS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO QUE SE RELACIONAN CON LA TEMÁTICA DESCRITA.

1.- Ordinario Número 3416/049.....83

2.- Ordinario Número 2210/035.....99

VII.- CONCLUSIONES.....165

VIII.- BIBLIOGRAFÍA.....170

ABSTRACT

En el presente trabajo se plantean dos problemas fundamentales, a saber, ¿Cómo afecta el ejercicio de la libertad de opinión de los dirigentes sindicales a la relación laboral? y ¿Puede la libertad de opinión afectar a la empresa y ser limitada o anulada por parte del empleador?

En nuestro país, las organizaciones sindicales han perdido fuerza debido a múltiples razones. Por eso, es necesario fortalecer el derecho colectivo con una legislación clara que no dé margen a dudas en su aplicación. También es necesario consolidar a los sindicatos para que éstos sean cada vez más representativos.

En nuestro trabajo identificamos los siguientes objetivos:

- 1.- Identificar la libertad de opinión garantizada por la Constitución Política. Planteamiento teórico de la libertad de opinión.
- 2.- Dimensionar la relación ético-jurídica del Contrato del Trabajo.
- 3.- Caracterizar la libertad de opinión de los dirigentes sindicales en el desarrollo histórico de la legislación laboral.
- 4.- Reconocer cómo y cuándo aparece legislada la libertad de opinión de los miembros de un sindicato en el Código del Trabajo chileno. Su verdadero sentido.
- 5.- Reconocer la aplicación práctica de la libertad de opinión del sindicalismo chileno.
- 6.- Identificar los actos que entorpecen la libertad de opinión de los sindicatos en Chile, y las sanciones que se pueden aplicar.

El método de trabajo o de investigación es descriptivo. La hipótesis que se plantea es la protección a la libertad de opinión prevalece sobre el derecho de propiedad que pueda tener un empleador, sobre su empresa. El ejercicio de esta libertad tiene como límites las buenas costumbres y el orden público. Además, los dirigentes sindicales tienen una función pública que cumplir más allá de su empresa.

INTRODUCCIÓN

**PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN. SU JUSTIFICACIÓN, OBJETIVOS,
PREGUNTAS E HIPÓTESIS**

1.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Derecho Laboral surge a principios del siglo XX como un medio para canalizar a las grandes masas de trabajadores que comenzaban a tener un rol cada vez más relevantes en los acontecimientos políticos de sus países. Es en esa forma que nace el derecho laboral, desprendido y alejado del Derecho Civil. Esto hace que cada legislación del planeta y específicamente del mundo occidental comience a crear una legislación cada vez más sofisticada, que por un lado sirva para aplacar el justo anhelo por alcanzar la igualdad social y el acceso a la riqueza creada por el mundo capitalista, y por otro lado, que se adecue a un mundo cada vez más competitivo, donde el sistema capitalista, en permanente crecimiento, pueda dar respuesta a los justos anhelos del conjunto de trabajadores que representan la fuerza productiva de una nación.

Es a inicios del siglo XX que comienza a distinguirse entre Derecho Público y Privado. De la interpretación de sus estatutos se pudo lograr, basado en que la Constitución había elevado a la categoría de derecho del trabajador y de la clase trabajadora las normas fundamentales del Derecho del trabajo, sostener que se había roto la dependencia del Derecho del trabajo al Derecho Privado. (1). El autor mexicano Mario de la Cueva en su obra "Derecho Mexicano del Trabajo" agrega que debe recordarse que las normas de un contrato de trabajo por muy especial que sea, recaen no sobre cosas, como un contrato civil, sino sobre personas que negocian sobre algo personalísimo, que es su fuerza de trabajo, y que de acuerdo con los principios sostenidos por la Organización Internacional del Trabajo, ella no es una mercancía. (2)

Con el término de la guerra fría, con los procesos de descolonización y globalización del mercado se hace cada vez más imposible lograr reivindicaciones sociales. Hoy, a inicios del siglo XXI, el derecho individual del trabajo queda atrás, y se impone el derecho colectivo. La sindicalización y la negociación colectiva reemplazan, no solo al derecho individual del trabajo, sino que en parte, a las reivindicaciones sociales de todo tipo y forma. Hoy la tasas de sindicalización con aquellas relativas a la población cubierta por convenios colectivos, no son equivalentes, siendo éstas últimas, mayores. Son canales que abre el sistema capitalista en que los trabajadores, en un plano de igualdad, se pueden enfrentar a

un Estado cada vez más debilitado y a un empleador, holding, monopolios, transnacionales cada vez más fuertes.

El derecho individual del trabajo se vuelve cada vez más estático. No existe una clara protección de la norma a los constantes abusos de los empresarios. Hay una refundación del derecho laboral y, en especial, del Código del Trabajo en los reglamentos internos que cada vez y en forma específica regulan la relación empleador – trabajador. Por otro lado, la incompetencia de los diferentes organismos como Ministerios del Trabajo, Superintendencias y direcciones del Trabajo se quedan en la mera información de los derechos que aparecen en el Código Laboral y no ejercen con fuerza la fiscalización y la defensa del trabajador. En un mundo tan cambiante, la flexibilización anula por completo la defensa del derecho laboral y su contenido ético individual, es más, en la actualidad a los trabajadores se les están llamando colaboradores.

Por otro lado, tenemos el contenido ético-jurídico e individual del contrato de trabajo que se vuelve ineficaz ante la despersonalización de la parte empleadora. Hoy son directores de sociedades anónimas convertidos en personas jurídicas a las que se les debe la contraprestación. La subordinación y dependencia a entes ficticios que hacen irrelevante la consensualidad del contrato individual de trabajo. Ya a mediados del siglo XX algunos autores Alemanes (3) señalaban que un contrato de trabajo es una simple adhesión a una situación estatutaria prefijada. Serían cláusulas impuestas e incluso impresas por el patrón, como un contrato de seguro. Por su parte nuestro Código Laboral habla de la relación laboral -1º y 8º - sin definirla y sin precisar alcances e incluso relacionada con el contrato de trabajo, por lo que se puede concluir que este concepto novedoso ha venido a desplazar al contrato de trabajo, ya tradicional en nuestra legislación especial. Para el laboralista Eugenio Pérez Botija “es la relación que se produce entre la empresa y los trabajadores; y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquéllos, reconociéndose los derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico”. Además, el contenido ético del contrato de trabajo ha sido criticado por un sector de la doctrina porque se trataría de una reminiscencia autoritaria propia de sociedades capitalistas primitivas, por lo cual resultaría incompatible con un sistema democrático en el cual los trabajadores pueden ejercer sus derechos fundamentales en forma directa y

horizontal. Lo anterior sumado a la buena fe que debe existir en todo contrato de trabajo, juega un papel de suma importancia, ya que salvaría el contenido ético jurídico del contrato de trabajo y evitaría que la relación de trabajo se vaya perfilando más como un contrato de adhesión.

Es así como sostenemos que el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo debe ser fortalecido en las relaciones individuales. Es más, entendemos como necesario que este contenido se extienda a las relaciones colectivas entre el sindicato y sus empleador, sea en las relaciones propias de éste o en las que se establezca en las negociaciones colectivas. En definitiva, nos preocupa que este contenido ético-jurídico sustentado en la buena fe, en la dependencia y la subordinación y que, incluso, se remonta al deber de fidelidad que existía en la edad media, hoy persista y se asegure como un derecho laboral renovado, cuyo sustento principal sean las relaciones establecidas entre el empleador, mirado como un ente colectivo y el sindicato, organización en que la relación de igualdad y equidad se puede manifestar y proteger de mejor forma. Hoy la globalización y la flexibilidad laboral nos obligan a sostener sindicatos fuertes, leales y capaces de enfrentar a los grandes empleadores en un pie de igualdad. Creemos que es la única forma que el derecho del trabajo puede sobrevivir a los embates de la modernidad. Fundarlo en una fuerte relación entre un empleador confundido en una figura jurídica donde se le ve difuso; y trabajadores organizados en sindicatos, federaciones o confederaciones que manifiesten su deseos de reivindicación dentro del diálogo y respetando los principios de una sociedad democrática.

Sin embargo, la tasa de sindicalización ha caído en gran parte de los países desarrollados. En naciones como Nueva Zelandia, por ejemplo, cayó de casi un 70 a menos del 23% entre 1980 y 2000. En Alemania, cayó de un 35 a un 25% en el mismo lapso, en Holanda de un 35 a un 23%, en Suiza de un 31 a un 19%, en Estados Unidos de un 20 a un 13%. Las excepciones son pocas; principalmente corresponden a países del norte europeo (4).

Lo mismo ha ocurrido en países latinoamericanos: por ejemplo, en Argentina la tasa de sindicalización cayó de un 67% a un 50% entre 1986 y 1995; en México cayó de un 43% a un 19% entre 1991 y 1997; en Costa Rica de un 29% a un 17% entre 1985 y 1996. Puede, entonces, apreciarse que ésta es una tendencia relativamente generalizada (5).

En Chile, la tasa de sindicalización también ha caído, aunque menos intensamente que otras economías. Los datos de la Dirección del Trabajo nos muestran que la densidad sindical en Chile cayó desde un 19,2% de la fuerza de trabajo privada asalariada en 1990 a un 14,5% en 2000. Esa última cifra se ha mantenido prácticamente inalterable hasta hoy.

La razón principal de esta caída tiene que ver con la mayor competitividad de los mercados, que hace muy difícil la sobrevivencia de empresas que se vean obligadas a pagar salarios sobre el nivel de mercado. En las últimas décadas, los mercados mundiales se han hecho más competitivos, y, por lo tanto, tienen menos espacio para acomodar las actividades de estructuración salarial de los sindicatos de trabajadores. Esta mayor competitividad de los mercados hace que las empresas sindicalizadas, en desventaja de costos, salgan del mercado, con lo que naturalmente las tasas de sindicalización tienden a caer. Otra explicación sería el pequeño tamaño de gran parte de las empresas.

Todo lo anterior nos obliga a incrementar la legislación de protección a los sindicatos y la negociación colectiva. Se debe crear una legislación lo suficientemente clara, que limite el poder que tienen las empresas para impedir la formación de un sindicato. Se deben ampliar las facultades de las diferentes inspecciones comunales de trabajo. En este sentido, nuestro país ya inició un profundo proceso de reforma, no solo a la formación y protección de los sindicatos, sino al mismo proceso de negociación colectiva.

2.- La Hipótesis

En este trabajo, se pretende sostener la importancia que tiene la libertad de opinión de los dirigentes sindicales en la actual legislación chilena. Frente a esta situación se produce el cuestionamos de si esta libertad afecta la relación laboral y, aún más, en caso de que esta libertad llegara a afectar a la empresa, si podría el dirigente ser sujeto a una medida de presión por parte del empleador.

En esta hipótesis se plantea la protección a la libertad de expresión de todo dirigente sindical, tal cual, ciudadano con derechos y deberes, y cómo este derecho prevalece sobre el derecho de propiedad que pueda tener un empleador sobre su empresa. El ejercicio de la libertad de expresión tiene como límites las buenas costumbres y el orden público. Además, se sostiene que los dirigentes sindicales

tienen una función pública que cumplir más allá de su empresa, como parte de la doctrina, que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se encuentra plenamente recepcionada en la regulación de las relaciones jurídicas laborales (6)

La aplicación de los derechos fundamentales en la regulación del contrato de trabajo es trascendental, por cuanto en las relaciones laborales se presenta una especial característica que no se encuentra en los contratos, la subordinación y dependencia jurídica. En virtud de la subordinación, las partes del contrato de trabajo no se encuentran en una situación de igualdad, por lo cual, el trabajador se encuentra en condiciones que permiten que sus derechos fundamentales puedan ser con facilidad vulnerados. Por ejemplo, hay ciertas libertades públicas de las que gozan los ciudadanos que pueden no ser consideradas legítimas en la relación laboral y esto en virtud de obligaciones asumidas en el contrato de trabajo. Es el caso de la libertad de expresión.

La justificación de esta investigación está en que los últimos años nuestro país ha crecido notablemente desde el punto de vista económico. Sin embargo, ese crecimiento no ha sido distribuido con equidad. A pesar de eso, sostenemos que en un país civilizado deben resolverse los conflictos en forma pacífica, protegiendo la tradición democrática y pluralista. Sin embargo, no se puede pensar que mientras continúe se pueda seguir manteniendo la paz. Es necesario utilizar los medios que nos permita nuestra legislación para forzar el sistema económico a que responda ante la demanda de los sectores más postergados de la sociedad. Luego, es el sindicalismo el medio propicio para que los trabajadores, como fuerza activa de una sociedad, puedan resolver sus problemas y con ello favorecer a los sectores más vulnerables.

El contacto entre estas fuerzas vivas con los empleadores y sus organizaciones que los representen significa a la larga mantener el status quo de una sociedad. Sin embargo, desde 1998 la tasa de sindicalización ha decaído, manteniéndose en niveles bajos, aunque se ha recuperado levemente en los últimos años, ubicándose en cerca del 15 por ciento de la fuerza de trabajo asalariada de nuestro país. Hoy, esta proporción equivale a algo menos de la mitad de la tasa de sindicalización promedio de los países industrializados.

Esto no puede separarse totalmente de la distribución del empleo en Chile. En nuestro país, una gran proporción del empleo asalariado – del orden del 40 por ciento - se concentra en empresas con menos de 10 trabajadores, que, obviamente, no son suficientes para sostener un sindicato. De hecho, nuestra legislación establece un mínimo de ocho trabajadores para su formación. Así, si se realizan los ajustes adecuados, nuestra tasa de sindicalización efectiva es más cercana a la de los países industrializados que lo que sugiere una comparación directa.

3.- OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación pretende sostener la necesidad de que la sindicalización en nuestro país se debe fortalecer y privilegiar, provocando en los sectores medio y bajo, interlocutores válidos que se vean protegidos por una sana legislación y que promuevan cambios reales en la sociedad.

4.- DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta memoria se divide en cuatro capítulos que pretenden analizar el problema en los siguientes aspectos: El capítulo primero se encarga de definir la libertad de expresión, desarrolla el concepto desde un punto de vista histórico, señalando los cuerpos constitucionales donde aparece por primera vez y el tratamiento nacional de este derecho. El capítulo segundo tiene por finalidad desarrollar un análisis descriptivo de las principales características de la relación de trabajo y del contrato de trabajo. Se debe distinguir entre ambos conceptos. Además, se profundizará en la relación laboral y en la legislación comparada. El tercer capítulo se encargará de resolver el concepto de libertad de opinión inserto en el Código del Trabajo y cómo es un derecho de los dirigentes sindicales. Finalmente, en el capítulo cuarto se pretende desarrollar una recopilación de los principales dictámenes de la Dirección del Trabajo en relación al tema. Además, si es posible, incorporaremos la jurisprudencia que exista.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Los derechos fundamentales”, Tecnos, 1998.p.29.
- (2) UGARTE CATALDO, José Luis, “La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De Erizo a Zorro”, 2007.p.53.
- (3) ALEXY, R., “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático; en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, 202, p.32
- (4) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 17º Conferencia Internacional de Estadística del Trabajo, Suiza, 203, p. 20.
- (5) QUIROGA, Valentina, ¿Por qué han caído las tasas de sindicalización”, Santiago, 28, págs. 7-8. y ENSIGNIA, Jaime, “Sindicalismo en Chile de hoy”, FES-ACTUAL, Santiago, 203, p.2
- (6) MEDINA, Cecilia, “La Libertad de Expresión”, en C. Medina y J MENA, Eds, Sistema Jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Serie Publicaciones Especiales Nº 6, Santiago, Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales, 1996, pp 149 y 151.

CAPÍTULO I

LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PARTE DE LA LIBERTAD SINDICAL

1.- Antecedentes Preliminares de la Libertad Sindical

La Moderna doctrina enseña que no es factible definir con precisión la libertad sindical, por cuanto se trata de un concepto en proceso de evolución y es dinámico por excelencia.

Por razones exclusivamente didácticas, se planteará que la libertad sindical comprende la libertad de constituir organizaciones sindicales y de adherirse o no a ellas; y la libertad de ejercitar las actividades propias a su naturaleza. El concepto “libertad sindical” comprende todo ello y mucho más.

La historia del sindicalismo y la evolución de la libertad sindical muestran que ésta se entendió siempre como extensiva a la organización como tal y a sus actividades, en cuanto tengan por objeto la defensa y el fomento de los intereses de los trabajadores en su conjunto. La libertad sindical quedaría truncada si se la quisiera reconocer sólo con respecto al individuo, y no también, en el plano colectivo, en relación al sindicato mismo.

En relación al concepto, el Dr. Jorge Rendón Vásquez, añade: “la libertad sindical es la facultad que tiene toda persona de asociarse en una organización sindical y de practicar los actos inherentes a ella. Está conformada por los siguientes derechos: libertad de constituir organizaciones sindicales, libertad de administrar, la organización y la libertad de realizar los fines de esta. Sus fuentes más importantes son varios instrumentos normativos internacionales y la Constitución.

El Convenio 87 de la OIT dice: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes. Así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de los mismos”. (Artículo 2º)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclama que “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (Artículo 23.4)

A no dudar es importante distinguir “que la libertad de participar en la formación o constitución de un sindicato es un derecho a la vez individual y colectivo, o dicho de otro modo, un derecho individual que sólo puede ser ejercitado colectivamente. Un solo individuo no puede por obvias razones, ejercitar ese derecho en forma aislada (como no puede, por el mismo razonamiento, ejercitar su libertad de reunión); no puede tampoco contraponerlo exitosamente a una decisión mayoritaria, sino que tiene que someterse o sumarse a ella, o ejercitarlo en sentido negativo. En cambio la libertad de afiliarse o no a un sindicato ya constituido, es típicamente individual, no requiere de consenso o concertación con otras voluntades, salvo eventualmente, las que pudieran ser fundadas razones para oponerse a que se acepte su afiliación o las que conduzcan a su separación forzada”(1).

Juan García Abellán, aporta al tema, anotando que la “libertad de fundar una asociación profesional de cualquier clase, de primer, segundo o tercer grado, como constitución ex novo de una entidad gremial, entiendo que es más bien manifestación de la libertad colectiva en sentido positivo y no la manifestación individual positiva de la libertad de asociación, por cuanto que si bien es cierto que para constituir un sindicato tienen que concurrir trabajadores individualmente considerados, lo que realmente crea el organismo es la voluntad de todos los concurrentes y no la de cada uno en particular”.

1.1.- Antecedentes.-

Desde el siglo XIX, se pueden encontrar en los textos constitucionales, disposiciones sobre la libertad de trabajo; la cual se consagraba no tanto como una significación laboral, sino más bien como una ruptura del antiguo régimen.

La libertad de sindicación era una especie de derecho de asociación, ello como una constatación de una realidad inevitable más que un derecho natural, inalienable y sagrado del ser humano.

A principios del siglo XX se consolida el movimiento obrero y el Estado comienza a intervenir en la economía, lo que habrá de cambiar la perspectiva que hasta entonces reinaba. Se inicia así un proceso denominado “Constitucionalización del Derecho Laboral”, el cual se consolidará con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (2).

La Constitucionalización del Derecho Laboral ha significado la incorporación de cláusulas laborales a los textos constitucionales, donde el Estado plasma los principios esenciales del Derecho del Trabajo en su Carta Suprema.

El Derecho del Trabajo, por su parte, alcanza su consolidación definitiva al adquirir rango constitucional, lo que en ningún caso implica un idéntico grado de recepción de los diferentes derechos laborales, ni siquiera una incorporación uniforme; pues se ha observado que este reconocimiento está en directa relación con la influencia de los trabajadores y de sus organizaciones sobre los constituyentes. Cabe hacer notar que la gran mayoría de las constituciones incorpora derechos básicos, tales como el de libertad sindical, de huelga y la seguridad social, los cuales trascienden su dimensión inmediatamente laboral para contribuir a la definición de una forma democrática de organización social y de distribución del poder en su seno (3).

En el presente, la libertad sindical es concebida como un derecho humano fundamental que concita amplio reconocimiento internacional.

La preocupación no es reciente. Se expresa ya en la primera mitad del siglo pasado en Declaraciones, Convenios y Pactos acordados por organismos internacionales y países adherentes, entre los que cabe citar la Declaración Universal de los derechos Humanos, adoptada y proclamada por Naciones Unidas en el año 1948, los convenios 87 y N° 98 referidos a la libertad sindical y Protección del Derecho de Sindicación y Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva respectivamente acordados por la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros.

1.2.- Convenio N° 87 referido a la Libertad Sindical y a la protección del derecho de sindicación, aprobado en la 31.a conferencia General de la OIT, del año 48

Las materias reguladas por el Convenio N° 87 son:

- Derechos Sindicales y Libertades Políticas; el cual apunta a la protección de la libertad sindical frente a Políticas Estatales que puedan impedir su desarrollo.

- Derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir organizaciones y de afiliarse a ellas. Así la utilización de expresión “sin ninguna distinción” en el Artículo 2 del Convenio N° 87, busca la no-discriminación del derecho sindical ya sea de clase, ocupación, sexo, raza, color, credo, nacionalidad y opinión política, sin perjuicio, de las limitaciones que cada Estado miembro aplique a sus Fuerzas Armadas y Policías, ello en atención a lo dispuesto en el Artículo 9 del Convenio.

Este derecho, asimismo, envuelve la libertad de constituir organizaciones sin autorización previa, o sin necesidad de cumplir formalidad especial. Si fuese necesario obtener un permiso cualquiera, ya revista la forma de una licencia para fundar la organización sindical propiamente dicha, de una sanción discrecional de sus estatutos o de su reglamento administrativo o de alguna autorización previa indispensable para proceder a su creación, el principio de libertad sindical podría llegar a ser letra muerta. Empero, ciertas legislaciones exigen el cumplimiento de ellas; ya sea para obtener la personalidad jurídica o bien, como medio de publicidad.

Dichas formalidades pueden corresponder: al depósito de los estatutos, a la inscripción en un registro o al reconocimiento de la personalidad jurídica. De lo anterior, se puede colegir que mientras menos restricciones más desarrollo de la libertad sindical existirá.

Igualmente no puede condicionarse la composición de las organizaciones sindicales a la pertenencia de miembros que ejerzan una determinada profesión, ocupación o pertenezcan a una rama de actividad similar; asimismo, la prohibición de sindicalización del personal de confianza y otras categorías de trabajadores representan prácticas contrarias a la libertad sindical (4).

Por tanto, el derecho de trabajador y empleador de constituir las organizaciones que estimen conveniente es uno de los aspectos fundamentales de la libertad sindical.

El Derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir sus representantes y organizar su administración y actividades, así como la existencia de exigencias establecidas en los estatutos de sindicatos solo podrá ser de carácter de forma y no

deberá ser objeto de aprobación previa por parte de autoridad alguna. De igual manera no debe existir intervención de ninguna autoridad en lo relacionado con la elección de los representantes.

La libertad sindical confiere a las organizaciones la autonomía de organizar sus actividades y formular programas de acción con el objeto de defender los intereses de sus afiliados.

El derecho a la huelga: este corresponde a uno de los elementos esenciales del derecho sindical el cual apunta a la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de la organización. La prohibición general de la huelga constituiría una restricción a los sindicatos limitando con ello el derecho de las organizaciones en cuanto a la formulación de su programa de acción. Sin embargo, en un marco de crisis nacional aguda, tal prohibición podría justificarse, pero sólo por un tiempo determinado. En caso de trabajadores que vean su derecho a huelga restringido, deberán disfrutar de garantías compensatoria, como procedimientos de conciliación y mediación. No puede, asimismo, impedirse las huelgas en contra de políticas económicas y sociales del Gobierno, ya que este es un derecho de fondo (5).

Disolución y suspensión de las organizaciones por vía administrativa, en caso de existir intervención de autoridades administrativas, sea en la disolución o suspensión de las organizaciones sindicales, se traduciría en una de las formas más extremas de injerencia de las autoridades en las actividades de la organización.

Derecho de las organizaciones de constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales: cualquier restricción impuesta al derecho de federación y de confederación constituyen estipulaciones contrarias al convenio N° 87.

El Artículo 5 del Convenio N° 87 contiene este derecho; y lo hace extensivo a las organizaciones de carácter internacional. Así, los derechos que se reconocen a las organizaciones base (Sindicato – Federación y Confederación) están dados en pro de la solidaridad internacional en cuanto a que las federaciones y confederaciones puedan unirse y actuar libremente en el ámbito internacional.

1.3.- Concepto de Libertad Sindical.- Se entiende por Libertad Sindical un conjunto de derechos individuales y colectivos que atañen, los primeros a un trabajador individual y los segundos a la organización sindical. (6)

La Libertad Sindical Individual se ejerce mediante la afiliación del interesado a la organización correspondiente; este acto tiene las siguientes características:

Es único: Un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato simultáneamente en función de un mismo empleo.

Es personal: La afiliación sólo puede ejercerse por el interesado, no pudiendo por tanto transferirse. (Art. 214 inc.2º del Código del Trabajo de Chile).

Es voluntaria: Nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desarrollar un empleo o una actividad. Lo mismo ocurre respecto de la desafiliación, la que no podrá impedirse bajo pretexto alguno.

La afiliación voluntaria no estaba reconocida en el Código del Trabajo del año 1931 respecto de los obreros, los cuales por el sólo hecho de comenzar a trabajar, se afiliaban ipso iure a los sindicatos industriales, lo que les acarreaba innumerables abusos que no concordaban con la línea de la organización, más no podían desafiliarse.

La actual legislación tiene como base las normas que sobre la materia contenía el Código del Trabajo del año 1987, texto que recogió las disposiciones del DL 2756 del año 1979, el que instauraba disposiciones sobre organización sindical. En la época que se dictó este, las nuevas normas importaron un cambio trascendente orientado a la consagración legal de los principios de libertad y democracia sindical para todos, sin distinguir entre obreros y trabajadores. En el año 1991, la ley N° 19.069 estableció cánones sobre las organizaciones sindicales y negociación colectiva, la que apuntó a facilitar aún más la constitución de los sindicatos, extendiendo los derechos de los directores sindicales. (7)

1.4.- La Libertad Sindical en nuestra carta fundamental.-

En Chile, la libertad sindical es un derecho adecuadamente protegido en el ordenamiento jurídico, si se atienden los instrumentos formales que la sustentan.

Desde luego, están las normas de la Constitución Política del Estado, la cual en su artículo 1 inciso 3º establece la autonomía de los grupos intermedios para cumplir sus fines específicos, lo cual es plenamente aplicable a los sindicatos.(8)

Esta se encuentra reforzada por lo dispuesto en su artículo 5 en orden a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

A su vez en el Artículo 19 número 16, se hace referencia a la libertad sindical y su protección; prohibiendo que la ley o autoridad pública exija la afiliación a una organización o desafiliación de la misma como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo.

En el Artículo 19, número 19 se reconoce la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales al establecer que la ley contemplará los mecanismos que la aseguren.

De acuerdo a éste numeral se garantizan tres derechos relevantes: derecho de sindicación, de afiliación voluntaria y de autonomía de las organizaciones sindicales.

1.5.- Autonomía Sindical como Manifestación de la Libertad Sindical

En conexión al punto de libertad sindical como un derecho individual y colectivo, es oportuno exponer junto con Pinkas Flint Blank, que muchos autores estiman que la manifestación específica de la libertad a nivel colectivo se da en ese conjunto de derechos conocidos como “autonomía sindical” y que se plasman al darse sus propios estatutos (autonomía normativa); elegir sus autoridades, órganos y directivos, administrar la organización (autonomía de gobierno): disponer de los medios adecuados para el logro de los objetivos (gobierno autónomo); disponer de los medios adecuados para el logro de los objetivos (autonomía en la acción sindical); de negociación y contratación colectivos; constituir organismos de grado superior.(9)

Autonomía es el estado o condición de un grupo social que goza de independencia, sin estar sujeto a otras normas que las dictadas para él y por él,

esto es referido a los sindicatos. El derecho a gobernarse normativa y ejecutivamente, sin intervención ni interferencia del Estado, de los empleadores o de cualesquiera otras personas o instituciones.

Autonomía, deriva de la libertad. No se puede ser autónomo sin ser libre. No se es libre, si no se es autónomo. Para aclarar el tema y evitar interpretaciones meramente subjetivas, el Dr José Montenegro Baca, en su libro “Derecho Colectivo Laboral”, acota: “El sindicato no puede exigir que se le reconozca como ente soberano, sino solamente como entidad autónoma, porque la asociación profesional, si bien es autónoma en su régimen interior, está encuadrado en el orden jurídico estatal. Expresado en otras palabras el límite de la autonomía de la asociación profesional está en los derechos de los hombres y de los restantes grupos sociales, derechos cuya vigencia corresponde al Estado. (10)

La autonomía a los que algunos autores denominan autarquía o capacidad de autodeterminación, aparece consagrada en el Artículo 3º del Convenio N° 87 de la OIT; en los términos siguientes:

1º Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos de elegir libremente sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y de formular su programa de acción.

2º Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal.

“Para la OIT, la libertad de sindicación es la forma más eficaz de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz y el progreso constantes”. También en relación al contenido de los estatutos, ya sea en materia de organización y gobierno, ya sea en materia eleccionaria o de otra índole, la legislación chilena, no tiene grandes límites que las condicionen. Dicha libertad que la ley otorga a los sindicatos para escoger la estructura funcional que mejor los acomode no ha impedido que éstos, con carácter casi unánime, hayan adoptado pautas comunes. (11)

Lo expuesto nos lleva a sostener que las organizaciones sindicales no pueden desenvolverse al azar, o “como mejor se acomoden”, por lo que es

importante la preparación constante de los dirigentes y afiliados al sindicato en temas sobre sindicalismo y derecho laboral.

1.6.- Manifestaciones de la Libertad

Es la facultad de los trabajadores para constituir libremente las organizaciones sindicales que más les convengan, disolverlas, afiliarse, desafiliarse o desasociarse de la o las organizaciones a que pertenezcan y de no pertenecer a organización alguna, formar sindicatos de empresas ya sea por oficios o profesiones; todo ello al amparo de garantías constitucionales o legales, sin interferencias de la contraparte de la relación laboral, del Estado, de entidades políticas, lucrativas, etc. (12)

La libertad de los sindicatos debe darse:

a.- Respecto del Estado como autoridad pública: De acuerdo a esto nuestra legislación reconoce su personalidad jurídica por el sólo hecho del depósito del acta constitutiva y de sus estatutos en la Inspección del Trabajo, sin que ello dependa de autoridad alguna; por la misma razón tampoco se acepta su disolución por acto de autoridad administrativa sino sólo por decisión judicial.

b.- Respecto de los empleadores.

c.- Respecto de instituciones u organizaciones ajenas al sistema sindical como también respecto de las organizaciones sindicales de grado superior.

2.- Definición de la libertad de expresión:

Está definida en nuestra constitución como *“libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.*

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea

gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.

Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para exhibición de la producción cinematográfica” (13)

2.1.- Desarrollo histórico de la libertad de expresión.

Según lo escrito por Rousseau, la libertad es inseparable de la igualdad y, al respeto dice:

“Si se busca en qué consiste el bien máspreciado de todos, y cuál debe ser el objetivo de toda legislación, encontraremos que todo se reduce a dos cuestiones principales: la libertad y la igualdad, y sin esta última, la libertad no puede existir. Renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, a los derechos y a los deberes de la humanidad. (...)”

La verdadera igualdad no reside en que la riqueza sea la misma para todo el mundo, sino en que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro ciudadano y que ninguno sea tan pobre que se vea obligado a venderse. Esta igualdad, se dice que no puede existir en la práctica, pero si el abuso es inevitable. ¿Quiere decir esto que debemos renunciar a regularlo? Como precisamente la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, es necesario que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla”. Fuente: Rousseau, J.J: El contrato social o principios de derechos políticos. México: Porrúa, 2002.

2.2.- Características de la Libertad de expresión

2.2.1.- Titularidad del derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho de *toda persona*, en condiciones de igualdad y sin discriminación por ningún motivo. Según ha señalado la jurisprudencia, la titularidad del derecho a la libertad de expresión no puede

restringirse a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa. En este sentido, por ejemplo, en la sentencia del caso *Tristán Donoso Vs Panamá*, la Corte Interamericana indicó que, la “Convención Americana garantiza este derecho a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda. El presente caso se trata de un abogado quien reclama la protección del artículo 13 de la Convención. (14)

2.2.2.- Doble dimensión —individual y colectiva— de la libertad de expresión

Según ha explicado la jurisprudencia interamericana en numerosas oportunidades, la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con dos dimensiones: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenas y estar bien informada. Teniendo en cuenta esta doble dimensión, se ha explicado que la libertad de expresión es un *medio para el intercambio* de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos, que implica tanto el derecho a comunicar a otros el propio punto de vista y las informaciones u opiniones que se quieran, como el derecho de todos a recibir y conocer tales puntos de vista, informaciones, opiniones, relatos y noticias, libremente y sin interferencias que las distorsionen u obstaculicen. A este respecto, se ha precisado que para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia. Un determinado acto de expresión implica simultáneamente las dos dimensiones. En la misma medida, una limitación del derecho a la libertad de expresión afecta al mismo tiempo ambas dimensiones. Así, por ejemplo, en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, la Corte Interamericana explicó que cuando las autoridades de la justicia penal militar chilena impidieron mediante prohibiciones e incautaciones materiales que el peticionario publicara un libro ya escrito, que se encontraba en proceso de edición y distribución, se generó una violación de la libertad de expresión en sus

dos dimensiones, por cuanto simultáneamente se afectó el ejercicio de esta libertad por parte de Palamara, a través de la escritura y publicación del libro, y se afectó el derecho del público chileno a recibir la información, ideas y opiniones plasmados en tal texto. Las dos dimensiones de la libertad de expresión son igualmente importantes e interdependientes, y deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos interamericanos. Una de las principales consecuencias del deber de garantizar simultáneamente ambas dimensiones es que no se puede menoscabar una de ellas invocando como justificación la preservación de la otra. Así, por ejemplo, “no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (15)

2.2. 3.- Deberes y responsabilidades que forman parte del contenido de la libertad de expresión

El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades para quien se expresa. El deber básico que de allí se deriva es el de no violar los derechos de los demás al ejercer esta libertad fundamental. Asimismo, el alcance de los deberes y responsabilidades dependerá de la situación concreta en la que se ejerza el derecho, y del procedimiento técnico utilizado para manifestar y difundir la expresión. En los capítulos siguientes se analizará con mayor detalle el contenido de esta responsabilidad en lo que atañe específicamente a los periodistas, los medios de comunicación y los funcionarios públicos o quienes aspiran a ocupar cargos públicos, frente a los cuales la libertad de expresión adquiere características específicas. (16)

2.3.- Límites a la Libertad de Expresión:

La doctrina nacional e internacional establece, sobretodo, límites a las libertades informativas: fundamentalmente, los derechos a la personalidad, que protegen el ámbito privado de una persona.

Estos son el honor, la intimidad y la propia imagen, y están regulados en distintas legislaciones a nivel nacional e internacional bajo leyes de protección civil del derecho al honor y la propia imagen. Por otro lado está el derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos personales. (17)

Cuando entran en conflicto estos derechos se produce una confrontación de distintos derechos. Se busca ponderar y determinar el derecho que debe prevalecer.

2.3.1.- Derecho al Honor

El honor es el aprecio y estima que una persona tiene en la sociedad en la que vive. Son titulares del derecho al honor todas las personas físicas. Sin embargo, históricamente se ha reconocido 2 excepciones:

- el honor también puede ser importante para determinadas personas jurídicas
 - el derecho al honor protege también a los miembros de un pueblo o una etnia.
- Ejemplo: El caso Violeta Fridmann. Una judía que se sintió ofendida por un artículo a favor del régimen de Hitler publicado en la revista Tiempo y ganó la sentencia ya que se estimó que se había violado el derecho al honor de un grupo. (18)

2.3.1.1.- Intromisión ilegítima en el derecho al honor

Se produce una colisión entre el derecho al honor y las libertades informativas. Las normas sobre la protección civil al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Cuando se imputan hechos o se manifiestan juicios de valor que lesionan la dignidad de una persona con menoscabo de su fama o un atentado contra su propia autoestima. La intromisión ilegítima en el derecho al honor precisa 3 requisitos:

1. La atribución a una persona de un hecho difamatorio o denigrante que afecte o a su reputación o que le perjudique en su consideración social. Un mensaje es difamatorio cuando hay manifestaciones xenófobas o racistas se le imputa un delito a alguien.

2. La falsedad de las imputaciones. Un atentado contra el derecho al honor implica siempre una falta de veracidad. La veracidad debe entenderse en el sentido que hemos visto, como una falta de diligencia de la persona que la emite. En el caso de que una persona ofendida interponga una demanda al agresor por defensa al honor, siempre puede alegarse que la información dada es cierta y por tanto no se atenta al derecho al honor. Esto técnicamente se llama “Escepcio Veritatis”. Es el criterio más importante para resolver una colisión entre el derecho al honor y las libertades. (19)

3. No relevancia pública de una persona. Las personas con relevancia pública son más transparentes que una persona privada. Deben soportar más críticas y por tanto su honor está menos protegido. Ejemplo: caso del Herald de Aragón (cheque en blanco de un ganadero) o el Setmanari d'Igualada (quema de una bandera por parte de un concejal)

2.3.2.- Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad personal y familiar es el reducto más privado de una persona. Es un ámbito que está reservado al conocimiento de los demás y muy protegido. Este derecho lo tienen todas las personas físicas. No personas jurídicas. (20)

2.3.2.1.-Intromisión ilegítima al derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad pretende que una persona pueda controlar el acceso y la divulgación de información sobre su vida privada. La legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas depende fundamentalmente del consentimiento del titular. Si hay consentimiento del titular no hay violación del derecho a la intimidad. Ese consentimiento tiene que ser expreso y puede ser revocable en cualquier momento. En estos casos, no es importante si la información es veraz o no. El derecho a la intimidad se vulnera por la simple imputación de un hecho que forma parte de la esfera íntima y más personal de un ser humano. (21)

Las normas nacionales y comparativas contemplan tres casos:

1. Obtención de la información. Si no hay consentimiento. Colocación de aparatos para escuchar, para filmar, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. Divulgación de la información. Dar a conocer hechos de la vida privada de una persona o revelar el contenido de cartas, memorias, etc. u otros escritos personales de carácter íntimo.

3. Quebramiento de la confianza. Revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Se trata de una desviación de la información del fin para el que se ha dado. Ejemplo: asistentes de casas de los famosos.

Además de estos casos hay normas que han introducido otras intromisiones ilegítimas, como registros o indagaciones corporales.

Criterios que se utilizan en el caso de coalición de las libertades informativas y el derecho a la intimidad: No es importante el requisito de la veracidad, como sucedía con el derecho al honor. El elemento decisivo es el consentimiento y la relevancia pública del personaje. Una información prevalecerá siempre que tenga interés general. Que los hechos en sí mismos sean noticiables o que se trate de una persona de relevancia pública. No prevalecerá si se trata de un hecho que no tenga interés general. (22)

Hay 3 casos de no relevancia pública:

i) Suministrar informaciones de carácter personal. Ejemplo: una enfermedad. Caso de una persona que tenga sida. Es una violación al derecho a la intimidad porque aunque no se entregue su nombre puede ser totalmente identificable con los datos que se entreguen, etc.

ii) Suministrar datos sobre menores. En el caso de menores de edad, prevalece como regla general el derecho a la intimidad y el honor aunque los padres sean personas de relevancia pública. Ejemplo: la sentencia sobre el caso Sara Montiel. La revista pronto publicó un reportaje en la que la madre biológica de Zeus Tous habla y dice que el hijo de Sara Montiel había sido comprado. El menor siempre está muy protegido. (23)

iii) Suministro de datos sobre la vida familiar de una persona. La divulgación de informaciones relativas al ámbito privado de cualquier ciudadano prevalece sobre las libertades informativas aun en el caso de que se trate de una persona de relevancia pública. Ejemplo: sentencia del caso Isabel Preysler. Una asistente

contaba cosas de la vida privada de Isabel. El Tribunal que acogió la demanda le dio la razón a Isabel. (24)

2.3.3.- Derecho a la propia imagen

Es un derecho complementario al derecho a la intimidad. Este derecho garantiza la protección de lo que se consideran las cualidades definitorias de una persona:

-imagen física - voz - nombre

Este derecho lo tienen todas las personas físicas independientemente de su consideración.

a) Captar, reproducir o publicar por fotografía, film o cualquier otro procedimiento, la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o incluso fuera de ella. La intromisión ilegítima se da con que se produzca una de estas circunstancias: captar, reproducir o publicar. Este supuesto tiene una serie de excepciones:

- Si se trata de una persona que ejerce un cargo público o de notoriedad y la imagen se capta durante un acto público o lugares abiertos al público.
- Si se trata de caricaturas de esas personas de acuerdo con el uso social.
- Si en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, la imagen de una persona aparece como meramente accesorio.

El más complejo es el primero de los supuestos. Espacio abierto al público no tiene unas reglas generales, se estudia caso a caso. Ejemplos:

- Marta Chavarri con Cortina: fotos en una reserva de Kenya, no era intromisión porque el lugar era público y las fotos no eran comprometidas.
- Actriz en top-less (Silvia Munt), hay intromisión porque era una playa alejada del gran público y eso denotaba la intención de aislarse, por lo tanto no era un lugar público.
- Caso Paquirri, hay intromisión porque la enfermería estaba lejos del ruedo y por eso no era un espacio abierto al público.

b) Utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. No se puede comercializar la imagen de una persona si no consta su consentimiento. La imagen no se puede vender a perpetuidad. Tiene que tener un tiempo limitado, mientras dura el contrato. La autorización para que se disponga de una imagen debe ser siempre por escrito y

especificar las condiciones en las que se da, por ejemplo, un año para ser utilizada en un país o en todo el mundo. (25)

Ejemplo: para entender el concepto un trabajador se negó a que lo filmaran cortando jamón, lo despidieron de la empresa, pero los tribunales dijeron que estaba en su derecho porque la filmación sin consentimiento vulnera el derecho a la propia imagen y la empresa tuvo que readmitirlo.(26)

2.3.4.- Protección Civil de los Derechos de la Personalidad

La Doctrina internacional protege jurídicamente a través de 3 grandes vías:

a.- Derecho de rectificación. Es la vía más suave. El afectado por una información errónea puede pedir que se publique la corrección de dicho error.

b.- Protección civil. El objetivo es cesar la intromisión y lograr una indemnización por los daños y perjuicios causados por esa información.

c.- Protección penal. Es la vía más dura. Persigue privar a alguien de su libertad. Está reservada para los casos más graves y cuando se incurre en algún delito como injurias, calumnias o de protección de la intimidad.

La protección civil permite a la persona afectada elegir en qué intensidad quiere actuar contra los que han violado uno de estos derechos.

La protección civil tiene como objetivo cesar la intromisión en estos derechos y lograr una indemnización por los daños y perjuicios causados por esa intromisión. Cada vía tiene una finalidad.

La protección civil por intromisión en estos derechos puede ejercerse por las personas afectadas. Estas acciones se pueden interponer ante los tribunales ordinarios y caducan a los 4 años desde que se produce la intromisión. (27)

La medida más importante que se consigue con la protección civil es la condena a indemnizar. Las sentencias de condena pueden alcanzar indemnizaciones muy cuantiosas. En la legislación comparativa hay 2 criterios que se tienen en cuenta para fijar la cantidad:

- circunstancias del caso y gravedad de la lesión
- valoración del beneficio que haya obtenido el causante de la lesión

Para ello es fundamental tener en cuenta la difusión y audiencia del medio en el que se ha producido la lesión.

2.3.5.-Derecho a la autodeterminación informativa

Es el derecho de los ciudadanos a controlar los datos relativos a su propia persona. Hoy día esto es muy importante porque hay multitud de datos nuestros dispersos en diferentes bases de datos. Muchas veces se cruzan estos datos y salen perfiles de usuarios. Estos perfiles, el banco, por ejemplo, puede incluso utilizarlos para denegarnos un crédito. Todo esto se hace con el rastro que vamos dejando, por ejemplo, con la utilización de la tarjeta de crédito. Esta información es valiosísima para entidades de crédito, etc.

¿Cómo proteger nuestros datos personales?

La legislación comparada establece la protección de datos de carácter personal. El tema de protección de datos es complejo porque hay muchas excepciones. Se definen los datos personales como:

“Cualquier información que concierne a personas físicas, identificadas o identificables y tratamiento de datos son todas aquellas operaciones y procedimientos técnicos que permitan registrar, conservar, elaborar, modificar, bloquear, cancelar y ceder datos.”(28)

Principios básicos en el tratamiento de datos

- a) Principio de calidad de los datos: los datos de carácter personal sólo se pueden recoger para la finalidad que los justifica y no pueden utilizarse para finalidades incompatibles con aquel objetivo. Los datos deben ser exactos, actualizados y, en su caso, rectificadas
- b) Principio del derecho a la información en la recogida de datos: los interesados a los que se solicite datos personales, deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco tanto de la finalidad de la recogida de esos datos como de la posibilidad que tienen de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a esos datos.
- c) Tratamiento de los datos especialmente protegidos o datos sensibles (son sinónimos). Estos datos son:
 - Sobre ideología, religión o creencias. Según la legislación comparada nadie está obligado a declararse sobre estos aspectos y, por eso, cuando se pide el consentimiento, se informará al afectado a cerca de su derecho a no prestarlo.
 - Sobre la afiliación sindical e ideología política. Estos datos sólo pueden recabarse con el consentimiento expreso y por escrito del afectado.

- Sobre temas que hacen referencia a la raza, salud y vida sexual. Estos datos sólo pueden ser recabados si lo dispone una ley por razones de interés general o si el afectado consiente de forma expresa.

¿Cuáles deberían ser nuestros derechos?

1. Derecho de consulta. Cualquier persona puede conocer la existencia de datos de carácter personal y sus finalidades recabando esa información de la autoridad competente. (29)

2. Derecho de acceso, el solicitado puede solicitar y obtener información gratuita de sus datos, origen de esos datos o que se prevé hacer con ellos.

3. Derecho de rectificación y cancelación, obligación de cambiar o borrar datos personales.

2.3.6.- Otros límites de las libertad de expresión

2.3.6.1.- La protección de la infancia y de la juventud

a. La protección del menor como objetivo de determinados contenidos (por ejemplo, la pornografía infantil). Básicamente se trata de la protección del menor frente al abuso sexual, algo que está contemplado como delito en todas las legislaciones. La pornografía infantil, por tanto, es un contenido integral: se prohíbe para toda la población. En cambio, la pornografía entre adultos está amparada por la libertad de expresión, aunque su acceso pueda ser limitado. (30)

b. La protección del menor como receptor de contenidos que pueden perjudicar su desarrollo: contenidos sexuales, violentos o bien contenidos legales que deben ser accesibles al conjunto de la población pero restringidos a menores. Se busca que los menores sólo puedan salir en los medios con el consentimiento de los padres por escrito o la autorización del Ministerio público. (31)

c. En cuanto a contenidos publicitarios, se prohíben aquellos que contengan imágenes que puedan perjudicar el desarrollo físico o psíquico de los menores, en especial aquellos que explotan su inexperiencia e ingenuidad.

d. En cuanto a contenidos de programación, la Ley de televisión sin fronteras prohíbe todos aquellos contenidos que puedan causar un grave perjuicio al menor y aquellos que dan espacio al odio y la discriminación.

e. Hay también otros contenidos que se consideran perjudiciales para el menor que sólo pueden emitirse en determinadas franjas horarias y con las correspondientes advertencias ópticas y auditivas.

2.3.6.2.-Las relaciones profesionales o de trabajadores

Existen colectivos que, en función de su empleo, cargo u oficio, se encuentran en situaciones en las que su libertad de expresión o de derecho a la información pueden verse limitados o restringidos.(32)

¿Cómo operan estas limitaciones de derechos?

Los funcionarios tienen deberes concretos que a veces pueden desembocar en limitaciones de sus libertades informativas. En especial, esto ocurre con los funcionarios de las Fuerzas Armadas y con los cuerpos de seguridad en general. En estos casos, se ha señalado que no está excluida la crítica hacia sus superiores jerárquicos, pero esa crítica deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en la vulneración del debido respeto a los superiores y para no poner en peligro el funcionamiento de ese servicio.(33)

Ejemplo 1.- Aquel coronel que se expresaba a favor del servicio militar obligatorio, así como el aumento de pensiones a los funcionarios militares. (34)

Ejemplo 2.- Caso de un militar que había sido condenado a 30 días de arresto domiciliario por criticar a un militar por ocupar un puesto reservado para determinado personal en activo.(35)

Los Funcionarios de un servicio tienen deberes concretos y a veces pueden justificar limitaciones en sus libertades de expresión e información, en especial en el caso de los funcionarios de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad. En estos casos se ha señalado que no están excluidas las críticas hacia sus superiores jerárquicos pero que esta crítica se deberá de hacer con el cuidado necesario para no incurrir en la vulneración del debido respeto a los superiores y para no poner en peligro el funcionamiento de este servicio. En estas situaciones, si hay conflicto, se resuelve también caso por caso.(36)

Los trabajadores por cuenta ajena pueden firmar un contrato laboral con contenidos

que puedan condicionar el principio de sus libertades de expresión para respetar algunos deberes que derivan de la relación laboral. Aquí hay que ponderar caso por caso qué derecho prevalece y ha declarado que solo podrá limitarse la libertad de expresión en la medida estrictamente imprescindible para desarrollar una actividad laboral. (37)

En la práctica esto quiere decir que el ejercicio de la libertad de expresión en estos casos no puede ser desajustado o malicioso.

2.3.6.3.- Condiciones de un proceso judicial que afecte a la Libertad de Expresión

La regla general es: las actuaciones judiciales son públicas. Pero hay excepciones en determinados casos. Hay dos grandes supuestos donde se rompe este principio de publicidad de las actividades judiciales:

Hay etapas en los procesos de familia o de investigación criminal en que por su carácter es necesario recoger indicios de culpabilidad o realizar determinados exámenes que son siempre en secreto, para asegurar la investigación de los hechos.(38)

La consecuencia de decretar el secreto de la investigación es la obligación de guardar secreto por parte de todos los que participan de alguna manera en el proceso y limita, por tanto, la libertad de información de los jueces, de las partes del proceso, de los testimonios, de los peritos y de los funcionarios de la administración de justicia. Si se desvela el que se dice en el proceso se incurre en una acción de graves perjuicios. (39)

Una información obtenida antes de iniciarse el proceso o que se conoce al margen de las actuaciones judiciales, atentan contra el secreto del proceso. (40)

En las distintas audiencias de juicio, que son por regla general orales y que se dicta una sentencia, todos los actos son públicos. Sin embargo, los jueces pueden decretar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando lo exigen razones de moralidad, orden público, el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia.(41)

La libertad de información en estas audiencias plantea 2 grandes cuestiones:

a. Cómo conjugar la libertad de información y la veracidad de salvaguardar la imparcialidad del juez. Las garantías procesales exigen que el juez decida solo sobre el caso a través de las pruebas practicadas en el juicio oral. (42)

b. La presencia de medio de comunicación. La práctica habitual era dejarlo a criterio del presidente del Tribunal. Si éste permitía la filmación no se puede alegar violación al derecho de intimidad.

c. Secretos oficiales

La seguridad nacional: puede ser una causa para limitar la libertad de información. Estas limitaciones se encuentran en la legislación sobre secretos oficiales. (43)

2.3.7. - Normativa penal con incidencia en la libertad expresión

Las normas penales son aquellas que regulan los aspectos más importantes y más graves de los derechos de la personalidad. Esos Derechos pueden protegerse a través de 3 grandes vías:

1. Derecho de rectificación (vía más suave)
2. Protección civil (pretende cesar la intromisión y lograr una indemnización).
3. Vía penal (la más dura, reservada para los atentados más graves contra el honor o la intimidad y que consiste en la privación de libertades.

La vía civil es la más fácil de conseguir. El penal es más difícil, existe el principio de indubio pro reo: que no se maree al juez porque si no irá a favor del reo. (44).

2.3.7.1.-Delitos contra el honor: injurias y calumnias

Se caracterizan por dos notas comunes:

- Son delitos que se persiguen solo a instancia de parte. Solo se puede iniciar un proceso judicial si la persona perjudicada presenta una querrela criminal.
- En estos dos delitos se puede publicar la sentencia condenatoria como medida de reparación del daño causado y durante el tiempo que el juez estime oportuno.

2.3.7.2.- Delito de INJURIAS

Consiste en acciones y expresiones que lesionan la dignidad de una persona, causando un daño en su fama o a su propia estima. Para que exista, necesita una serie de elementos:

a. Debe existir un elemento objetivo que consista en un contenido ofensivo. La injuria puede cometerse de palabra, por escrito o por medio de caricaturas o gestos. Lo relevante es que la manifestación injuriosa tenga un claro contenido ofensivo o denigratorio para otra persona que socialmente considera que lo desacredita. La

acción ha de tener un contenido objetivamente ofensivo según la opinión generalizada. Esto es un problema, porque la opinión generalizada cambia constantemente.

b. *Animus injuriandi* o elemento subjetivo: es la intención específica de ultrajar. Si hay ánimo de injuria no hay ejercicio legítimo de las libertades informativas, sino bajo los siguientes elementos, (45) son:

- *Animus narrandi* o *criticandi*: si se explican unos hechos o se valoran unas actitudes con el propósito de criticar o censurar constructivamente un comportamiento ajeno: no habrá delito de injurias.

- *Animus jocandi*: una expresión deshonrosa pero dentro de un espíritu de amistad o broma no constituye delito de injurias. Solo constituye delito cuando hay *animus injuriandi*.

- Existe *animus injuriandi* cuando hay intención específica de promover el rechazo social hacia una persona. Es la intención de “meterse con alguien”.

c. La injuria debe hacerse públicamente. La injuria debe llegar a conocimiento de la persona injuriada. Un insulto o menosprecio sin repercusión social, no es considerado como delito. La injuria (y también la calumnia) se consideran hechas con publicidad cuando se propagan por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante.(46)

¿Cómo funciona la *exceptio veritatis*? Si se demuestra que lo que digo es verdad, ¿qué ocurre?

En principio, cuando una injuria se dirige a particulares, no se puede aplicar la *exceptio veritatis*. Por ejemplo: resaltar los defectos físicos de una persona, su raza, sexo o religión. Por más que sea verdad, no es relevante. En cambio, el acusado de injuria quedará libre de responsabilidad si se prueba la veracidad de lo que dice, si sus afirmaciones se dirigen contra funcionarios públicos. (47)

2.3.7.3.- Delito de CALUMNIA

La calumnia es otro delito contra el honor y consiste en afirmar que alguien ha cometido un delito siendo consciente de su falsedad. Requisitos para que exista delito de calumnias:

a. Afirmación falsa de la comisión de un delito. El hecho que se imputa debe ser concreto y la persona debe ser determinable de forma inequívoca. La falsedad de la información denota la intención especial de hacer daño en el honor de una persona.

b. La *exceptio veritatis* es plenamente aplicable al delito de calumnias. El acusado por un delito de calumnias quedará libre de toda pena probando el hecho criminal que ha afirmado.

Otras figuras delictuales prevén además otra serie de delitos para proteger la intimidad y la propia imagen. El más importante es el de revelación de secretos. En el derecho comparado, delito como apoderarse de papeles, cartas, mensajes, correo electrónico o cualquier otro documento o efectos personales. También es delito interceptar llamadas telefónicas, hacer escuchas telefónicas y reproducir una imagen. Para que exista delito el periodista debe conocer que el origen de ese material es ilícito. Aunque no haya tomado parte en su descubrimiento, incurre en un delito si difunde, revela o cede a terceros los datos descubiertos o las imágenes captadas. Puede tener una pena de 3 ó 4 años de prisión. El descubrimiento de estos datos sólo es delito si no hay consentimiento de la persona afectada. Este delito sólo se persigue a instancia de parte. El perdón del ofendido extingue la acción penada. (48)

La responsabilidad por un delito no se puede atribuir nunca a una empresa o a una corporación pública. En el derecho penal hay que resolver quién de los miembros de una persona jurídica es quien debe soportar la responsabilidad de un delito.

Según el Código Penal son responsables los autores y los cómplices, pero en el caso de los medios de comunicación, se excluye a los cómplices y establece que sólo serán culpables los autores. En estos casos, el código penal prevé un régimen de responsabilidad escalonada excluyente y subsidiaria, que también se conoce como responsabilidad en cascada (se va a por uno, sino lo encontramos, a por el siguiente). Puede ser excluyente, subsidiaria y en cascada. El orden es el siguiente:

1º Se persigue a los que hayan redactado el texto. Los autores: aquellos que firman la información. En una entrevista, es autor el responsable de las palabras delictivas y en un debate en la televisión, son autores los intervinientes en el acto. Si no es posible encontrar autor, la acción penal se dirige contra:

2º Los directores de la publicación o del programa. El director de un medio de publicación es el responsable último de todo aquello que no firme nadie en la publicación, por ejemplo: la editorial, la publicidad que puede ser delito, etc. Si tampoco se puede ir contra el director del medio: (49)

3º Responden los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

Además de las responsabilidades penales, la comisión de un delito también puede generar responsabilidad civil, si de ese delito se derivan daños y perjuicios.

Responsabilidad civil derivada de un delito: quién debe pagar dinero como consecuencia del delito para reparar daños y perjuicios.

Las distintas normas establecen que responde civilmente primero el autor del delito. Si éste es insolvente y no puede pagar, en el caso de los delitos de calumnia e injurias, el propietario del medio y el director son responsables solidarios. La responsabilidad solidaria significa que responden todos, quien demanda puede dirigirse contra cualquiera de ellos. (50)

2.3.8.- La Libertad Moral

La libertad moral o de autonomía moral es una meta, un fin, un ideal a alcanzar, quizás la utopía de la condición humana. Aparece en la historia del pensamiento a veces como la emancipación de la necesidad, a veces como la libertad del hombre que ha superado las pasiones, como elección libre de los fines morales, y la encontramos expresada en distintas tradiciones filosóficas. Ideas como las de superación de la alineación, emancipación de la condición humana o independencia moral son próximas, a veces idénticas, a este concepto de libertad moral. Para toda ética teleológica o consecuencialista, la idea de una libertad del hombre como fin, aparece como objetivo común. Y es equívoco hablar de una libertad de autonomía como el único derecho natural innato, porque no es un punto de partida sino un punto de llegada. Quizás sólo podemos hablar de una libertad innata en el sentido antropológico y no moral, pero para referirnos a la libertad psicológica o de elección. Ya veremos cómo se confunden, se identifican o se desconocen mutuamente la libertad de elección y la libertad moral y cómo esas

situaciones reduccionistas, afectan e influyen en la noción de libertad de expresión.

(51)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) CAAMAÑO y UGARTE, “Negociación colectiva y Libertad Sindical”, Legal Publishing,
 , Santiago, 2008, pp.1-28.
- (2) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la
Constitucionalización del Derecho Privado”, Universidad de los Andes, 204, p.4
- (3) LUIGI FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales”. Alianza Editorial. 2001. Madrid.
P35 y siguientes.
- (4) CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis, “Negociación
Colectiva y Libertad Sindical”, Editorial Legal Publishing. Santiago. 2008, p.17-18
- (5) Ibid. p.19
- (6) Ibid. pp.20-21
- (7) CAAMAÑO ROJO, Eduardo., Óp. cit.p.13
- (8) CAAMAÑO ROJO, Eduardo., Óp. cit. p.14
- (9) SILVA BASCUÑAN, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XVIII, Editorial
Jurídica, Santiago, 2010, p.285
- (10) HALPERN MONTECINOS, Cecily, “Las Fuentes del Derecho Laboral”.
Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social. Santiago, 1997, p.10
- (11) SILVA BASCUÑAN, Óp. cit. pp.345 y 346
- (12) CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José. Op. cit. p. 17.
- (13) UGARTE CATALDO, José Luis, “Libertad Sindical y Constitución: cómo
superar una vieja lectura, e Revista Laboral Chilena, 20, pp 71 – 72.
- (14) Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 12.
- (15) Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs Panamá. Excepción Preliminar, Fondo,
Reparaciones y Costos. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C Nº 193, p.114.

- (16) Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C Nº 111, p. 80; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein vs Perú. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Serie C Nº 74, p.149; Corte I.D.H., Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Sentencia de 05 de febrero de 2001, p.67
- (17) BOTERO, Catalina, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de derechos Humanos y la Libertad de expresión, Editorial Organización de los Estados Americanos, OEA. España, 2009, p.228.
- (18) Ley Orgánica Española 1/1982, de Protección Civil del derecho de Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- (19) MARTÍNEZ, María Salvador, “El Derecho a la Libertad de Expresión”, derecho Constitucional. Universidad de Alcalá de Henares, 202, p.80.
- (20) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, “Los derechos de la personalidad como límites de las libertades” Portal de los Universitarios, Justanswer. es/ley/Chile, 2006, p.6.
- (21) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p. 7
- (22) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p. 10
- (23) MARTÍNEZ, María Salvador, op. cit. p.81
- (24) MARTÍNEZ, María Salvador, op. cit. p.82
- (25) MARTÍNEZ, María Salvador, op. cit. p.83.
- (26) BASTIDA FREIJEDO, F.J.: “Libertades de expresión e información y medios de comunicación” Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998, Pamplona, 1998, p.43
- (27) Ibid. p 45
- (28) SARAZA JIMENA, R.: “Libertad de Expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen”, Pamplona, 1995, p.80.
- (29) Ibid. p.81

- (30) Ibid. p. 82
- (31) FREIXES SAN JUAN, T.: "Libertad de expresión". Anuario 1990, Barcelona, 1991. p.25
- (32) Ibid. P 26
- (33) BASTIDA FREIJEDO, F.J.: Op. cit. p.47
- (34) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.17
- (35) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.18
- (36) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.18
- (37) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p. 82
- (38) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p. 83
- (39) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p. 83
- (40) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.90
- (41) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.91
- (42) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.92
- (43) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.92
- (44) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.20
- (45) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.21
- (46) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.22
- (47) GARCÍA PATATABRAVA, María Jesús, op. cit. p.22
- (48) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.93
- (49) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.93
- (50) SARAZA JIMENA, R.: op. cit. p.93
- (51) MARTÍNEZ, María Salvador, op. cit. p.14.

CAPÍTULO II

Principales características de la relación de trabajo y del contrato de trabajo.

1.- Antecedentes Preliminares

En esta etapa de la descripción del problema, tenemos que recurrir a realizar una breve síntesis de la relación laboral y cómo ésta entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión que tienen todos los dirigentes sindicales. La relación laboral tiene un alcance interesantísimo, porque sus alcances son mucho mayores que lo que puede suponerse cuando analizamos el contrato de trabajo, para así establecer si relación laboral es sinónimo de contrato de trabajo, y si no lo es, determinar si es diferente o, incluso, si son términos inconciliables.(1)

Para el ilustre maestro Eugenio Pérez Botija, es “la relación laboral que se produce entre la empresa y los trabajadores; y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquéllos, reconociéndoseles derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico”.

Para algunos autores, la relación de trabajo es el resultado de un contrato de trabajo. Otros, sostienen que la relación laboral no es el resultado de un contrato sino del hecho de la inserción del trabajador en la empresa y no es necesario un contrato de trabajo. Finalmente, una tercera teoría dice que la relación laboral tiene una existencia subsidiaria frente a la circunstancia que puede haber prestación de servicios en el hecho, sin que exista contrato previo.

A estos argumentos se agregan otros, como que el contrato de trabajo es de mera adhesión, con cláusula impuesta e incluso impuestas por el patrón, como un contrato de seguro, y que además hoy en día son más importantes las normas constitucionales o legales impuestas por el Estado para proteger al asalariado.

A través de la relación de trabajo, como quiera que se la defina, se establecen derechos y obligaciones entre el empleado y el empleador. La relación de trabajo ha sido y continúa siendo el principal medio de acceso de los trabajadores a los derechos y beneficios asociados con el empleo, en las áreas del trabajo y la seguridad social. La existencia de una relación laboral es la condición necesaria para la aplicación de las leyes de trabajo y seguridad social destinadas a los empleados. Es, además, el punto de referencia clave para determinar la naturaleza y alcance de los derechos y obligaciones de los empleadores respecto de sus trabajadores.

El tema es cada vez más importante por el fenómeno, cada vez mayor y más extendido, de los trabajadores dependientes, que carecen de protección por uno o varios de los siguientes factores:

- El ámbito de la ley es demasiado estrecho o es interpretado de forma demasiado restringida.
- La formulación de la ley es insuficiente o ambigua, por lo que su ámbito de aplicación es confuso.
- La relación de trabajo está disfrazada.
- La relación es objetivamente ambigua, dando lugar a dudas sobre la existencia real de una relación de trabajo.
- La relación de trabajo existe claramente pero no queda claro quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos.
- La inobservancia o falta de aplicación

2.- La Teoría del contenido ético-jurídico.

Esta teoría nos permitirá sustentar de mejor forma la relación que existe entre la libertad de opinión de los dirigentes sindicales y su condición de subordinados dentro de una relación laboral supeditada al Contrato de Trabajo. Se puede esbozar una definición, según lo que de él nos dicen Thayer y Novoa (2), como una relación jurídico- personal entre empleador y trabajador que obliga a las partes a darse prestaciones que no son necesariamente de orden patrimonial, sino morales, y que no están manifestadas en forma expresa en el contrato de trabajo ni en la ley laboral, sino que emanan del profundo contenido moral de estas mismas manifestaciones jurídicas. (3)

Ugarte la define como “el conjunto de obligaciones correlativas que regula la relación entre trabajador y empleador, con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos de carácter ético, tales como la vida y el respeto recíproco”. (4)

Uno de sus fundamentos es el artículo 1546 del Código Civil que indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo

que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Otra fuente de esta teoría sería la interpretación a contrario sensu de muchas normas del derecho laboral, en especial las de caducidad del contrato.

Otros autores señalan que se deriva del vínculo de subordinación y dependencia, así una sentencia de la Corte Suprema sostiene que “el actor se encuentra en situación de subordinación y dependencia de dicha empresa de tal modo que su obligación era cumplir fielmente y de acuerdo a sus obligaciones contractuales” (Corte Suprema Rol N°4427-2003 del 12 de abril del año 2004). (5)

Según Thayer y Novoa, estas obligaciones no son de la naturaleza del contrato, sino que son deberes esenciales y principales. Dichas obligaciones son las siguientes:

- 1.- El deber de respeto a la persona y a la dignidad del trabajador y del empleador.
- 2.- El deber general de protección
- 3.- El deber de higiene y seguridad.
- 4.- El deber de previsión
- 5.- El deber de capacitación
- 6.- El deber de ocupación efectiva y adecuada
- 7.- El deber de diligencia y colaboración
- 8.- El deber de fidelidad
- 9.- El deber de lealtad
- 10.- El secreto profesional

Los cuatro últimos referidos a deberes sólo del trabajador.

Por su parte Ricardo Juri (6) se pronuncia en el mismo sentido que Thayer y Novoa en relación con los deberes que abarca el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo; indicando la existencia de una abundante jurisprudencia de la

Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, junto con importante jurisprudencia de la Inspección del Trabajo; demostrando con este cúmulo de sentencias y dictámenes, no sólo la existencia doctrinaria de esta teoría, sino que además su aceptación y aplicación jurisprudencial.

En atención a esta relación comunitaria jurídico-personal, “las inquietudes y necesidades personales de cada parte del contrato no pueden ser indiferentes a la otra” (7). En atención a que el trabajador tiene un “deber natural de superarse”, el empleador debe dar espacio a esta tendencia humana de no permanecer estático, en la medida que encuadre con la relación laboral.

2.1.- Negación de la existencia de la teoría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

La existencia de esta teoría es controvertida pues existe un sector de la doctrina que sostiene su inexistencia en el ordenamiento jurídico laboral moderno. Se señala que el origen histórico de los deberes éticos es de comienzos del siglo XX, desarrollada en Alemania con el objeto de humanizar el contrato de arrendamiento de servicios (8)

Otros autores señalan que esta teoría es un vestigio de los antiguos contratos de vasallaje o contrato de servicio fiel, en donde un hombre prestaba servicios personales a cambio de protección y asistencia, por lo que el contenido de fidelidad es esencial, similar al de las relaciones de familia. Este marcado elemento comunitario que señalan los autores que abogan por la existencia de esta teoría se habría ido perdiendo y no sería propio de las relaciones laborales modernas.

Argumentan además que no se puede esgrimir el principio de buena fe como fundamento del contenido ético-jurídico, pues se estaría confundiendo la fidelidad con aquél principio. Señalan que los distintos autores que apoyan la existencia del contenido ético jurídico, no tienen bien definido cual es el exacto listado de deberes de éste contenido, rotulándolos en forma inexacta con definiciones imprecisas, y, sentencian, que de aceptarse la existencia de esta teoría, se estarían vulnerando los derechos del trabajador, pues es fuente de ampliación de las obligaciones del contrato de trabajo y porque en muchos de los contenidos de esta teoría se vulneran derechos de orden legal y constitucional.

Respecto a la falta de precisión podemos sumar la dificultad que presenta la teoría del contenido ético -jurídico de que ella no se encuentra definida expresamente ni sistematizada dentro de la legislación laboral y, en especial, del Código del Trabajo, pues este último sí mantiene una estructura para el tratamiento del contenido patrimonial de las relaciones laborales. Hay entonces, en la práctica, una falta de reconocimiento de la calidad jurídico-personal del contrato de trabajo, de la importancia que tiene éste para el desenvolvimiento de las empresas, de sus trabajadores y de la comunidad.

Autores como Valdés Dal Ré consideran nocivo aceptar la teoría del contenido ético-jurídico, pues produce “una nueva fidelidad corporativa que el trabajador debe guardar para con la empresa, presentada como una emanación del principio de buena fe contractual que demanda un cumplimiento correcto de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo y elevada a la categoría de medida de valoración de conducta debida por el trabajador, opera como un muy buen motivo para incrementar las obligaciones del trabajador para con la empresa y de este modo limitar significativamente el ejercicio de los derechos de los trabajadores” (9).

2.2.- Afirmación de la existencia de la teoría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

Prado señala, ante la posibilidad de colisión entre los derechos fundamentales y la teoría del contenido ético-jurídico, que no necesariamente debe existir una tal colisión (10), en este sentido sigue a Gamonal, quien sostiene que esta teoría desempeña una función de sustento para esgrimir la reparación del daño moral laboral (11).

Por su parte Juri, al hacer referencia a la jurisprudencia que avala la existencia de esta teoría, señala jurisprudencia administrativa respecto al deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador. Señala, respecto a la revisión de efectos personales y la inspección personal de los trabajadores que “atenta contra la dignidad y honra, toda vez que con ello se estaría infringiendo el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, la cual, en su inciso 1° asegura a todas las personas el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” (ordinario N°252 del 13 de enero de 1988(12). En este dictamen existe una clara complementación entre un contenido ético-jurídico y una

garantía constitucional. Este autor, al referirse al deber general de protección, junto con esgrimir razones comunitarias y otras provenientes del Código Laboral, señala que este deber figura dentro de las primeras materias abordadas por la OIT, como el preámbulo de la OIT, y convenios acordados aún antes del nacimiento de esta organización, por lo que a nuestro entender, existe una identidad real entre el derecho a la higiene y seguridad, consagrado en los instrumentos internacionales y el deber de higiene y seguridad reconocido en el contenido ético-jurídico, por lo que de mala forma se puede sostener que esta teoría vulnera los derechos fundamentales, como se desprende de este ejemplo.

Respecto a la teoría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, que es criticada por ampliar las potestades del empresario, existe, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el reconocimiento a un principio de proporcionalidad, en especial, en la aplicación de causales de despido, pues, como se señaló, en estas causales se consagra repetida y sistemáticamente la teoría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. Esta discusión se plantea por que la connotación ética que se le da al cumplimiento de un deber no admite una graduación, pues un acto es ético o no lo es. En este sentido la Corte de Apelaciones de Santiago señala que “debe existir una cierta proporcionalidad entre el quebrantamiento del deber impuesto al trabajador, y la drasticidad de la sanción aplicable. Que no concurre esta regla de proporcionalidad si la falta de probidad atribuida al trabajador es de muy escasa significación e importancia, en relación con su consecuencia, lo que hace pertinente analizar la específica inconducta atribuida al trabajador demandante” (sentencia 3207-03 del 8 de septiembre del año 2003). En igual sentido la Corte Suprema señala “aunque la falta de probidad carece de grados en el plano jurídico abstracto de la tipificación legal, pero se encuentra en la práctica, constituida por hechos, sujetos como todos los actos humanos, a una valoración relativa según su entidad, trascendencia e importancia, por donde se concibe como normal que se despide a una empleada que falte a la probidad sustrayendo especies de cierto valor, pero se consideraría en el mismo caso como impertinente sancionar con despido la falta mínima de probidad de sustraer la empleada un cono de hilo de escaso valor, cuando había cumplido más de 30 años de servicios en la firma demandada” (Corte Suprema 14 de diciembre de 1981, recurso de queja). Es el mismo Código del Trabajo el que consagra otras limitaciones como el *ius recitentiae*, que en el caso del deber jurídico de obediencia que tiene el trabajador

se ve reflejado, a modo de ejemplo, en el artículo 160 N°4 letra b) que se refiere a la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato. (13)

3.- Deber de Fidelidad y Lealtad de los trabajadores

Dentro de las obligaciones de los trabajadores frente a su empleador y en el sentido que tienen estos de obediencia y subordinación que tienen los trabajadores respecto a su empleador, tenemos como base de esa relación la fidelidad y la lealtad. Debemos relacionar ese deber con el derecho a la libertad de expresión que tiene un dirigente sindical frente a actos de parte de su empleador que afecten a los derechos del trabajo.

3.1.- Relación con la Fidelidad: Este deber se fundamenta en la particular elección que hace el empleador del trabajador como aquella persona única y determinada en resolver una necesidad específica de la actividad productiva. Además, existe una aspiración común entre el empleador y sus trabajadores en el sentido que con la productividad de la empresa se beneficien todos. (14)

En primer lugar, el contrato de trabajo debe fundamentarse en la buena fe, esa buena fe que impregna todo nuestro derecho, especialmente en las obligaciones y contratos. La buena fe aparece en el Código Civil en su artículo 1546 que establece que todos los contratos deben cumplirse de buena fe. Esta buena fe civil se traduce a los términos laborales en que el trabajador debe cumplir fielmente su prestación laboral, debe abstenerse de todo tipo de conducta dañosa en contra de su empresario, como divulgar secretos, aceptar beneficios ofrecidos por terceros o mediar por cuenta de su empresario. La trasgresión de este deber de fidelidad trae aparejado la más grave de las sanciones, el de despido disciplinario.

En segundo lugar, el deber de fidelidad obliga al trabajador a contribuir a que se obtengan los fines laborales de la empresa, eso significa que el trabajador se asocia en hacer posible la marcha de la empresa, lo cual se relaciona con la prestación de trabajo.

En definitiva el deber de fidelidad se puede resumir en:

- a) Deber de cuidar los intereses de la empresa y el deber de protección al empleador.
- b) No dañar a la empresa, física, económica y moralmente.

Sin embargo, este deber de fidelidad no impide que el trabajador dirigente sindical, con todos los medios lícitos, haga efectivo su derecho a la libertad de expresión en la defensa y promoción de sus propios intereses.

3.2.- Relación con el deber de Lealtad.- Este deber se refiere a la integridad en el cumplimiento de su labor, implica una conducta digna del trabajador en la empresa. Este deber se relaciona con el conjunto de la empresa, con la honorabilidad en el desempeño de sus funciones en la empresa.

Este deber se traduce en los siguientes deberes:

- a) Deber de probidad o moralidad: Consiste en un comportamiento moralmente adecuado en el desarrollo de su actividad laborativa. El incumplimiento o inobservancia es sancionada severamente por nuestro ordenamiento jurídico, con la más drástica de las sanciones, el cual es el término de la relación laboral sin derecho a indemnización alguna. Ejemplo de lo anterior tenemos el artículo 160 en su N°1 el legislador impone la obligación de mantener una conducta proba, pacífica, respetuosa y apegada a las valoraciones morales socialmente dominantes durante el desarrollo de la relación laboral que los vincula. Para la Corte Suprema chilena la probidad es “sinónimo de integridad y honradez en el obrar”
- b) Deber de ejecutar los servicios en pro de los intereses de la empresa y no a favor de un tercero ajeno. El realizar trabajo para terceros desvía al trabajador del cumplimiento de sus tareas. Se desprende de este deber el hecho que el trabajador no debe utilizar la organización de la empresa en su propio interés.
Además, el trabajador no debe realizar los mismos servicios o actividades a que la empresa se dedique, a menos que no se la perjudique: Los deberes, exclusivamente negativos, que se refieren a la prohibición de una actividad que constituya una competencia desleal, y por lo tanto ilícita, a la empresa, están vinculados a varias situaciones en

que pueden encontrarse el trabajador. Durante la ejecución de sus servicios el trabajador debe allegar a la empresa todo el rendimiento del propio trabajo.

Esta prohibición comprende el caso de un trabajador que trata negocios por cuenta propia o de terceros en competencia con el empresario del que depende. La doctrina acepta la pluralidad de ocupaciones y el trabajador que prestara sus servicios para dos o más empleadores no incumpliría este deber, sin embargo no debe significar una competencia desleal.

El trabajador está ligado por una relación contractual que lo coloca, mientras subsista esta relación, en una posición particular como colaborador del empresario; se trata de un principio básico del actual derecho del trabajo. No se exige de él que dedique a la empresa la integridad de sus energías, pero se exige, además del deber positivo de una completa dedicación a la empresa en el período de trabajo que le corresponde, el deber negativo de abstenerse de lo que podría constituir una competencia desleal del empleador. Con un simple hecho o una serie de hechos que violen el deber de fidelidad, la competencia es por eso mismo desleal y lo es a la luz de la forma más correcta con que se la suele presentar. Ella puede determinar la aplicación de la más grave sanción disciplinaria, que es el despido, además del resarcimiento del daño, si hubiere culpa.

Nuestra legislación laboral recoge esta prohibición en el artículo 160 N°2, en caso de: Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador. (15)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) MONTT R. María Eugenia, Formación histórico jurídica del Derecho del trabajo. Universidad de Chile. Facultad de derecho. Santiago, 205, p.29
- (2) THAYER, William, NOVOA, Patricio, Manual de derecho del trabajo. Tomo III, Cuarta edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p 332.
- (3) Ibid. p 332.
- (4) CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Las materias objeto de negociación colectiva y la libertad sindical. Publicado en revista de estudios laborales de la sociedad chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Santiago, 2008. p 6.
- (5) JURI SABAG. Contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Chile. Santiago. 2007. p 55
- (6) Ibid.: p 2
- (7) Ibid.: p 9
- (8) CALVO GALLEGO, Francisco Javier. Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencias. Editorial consejo económico y social. España, 1995, en Ruz Herrera, Carla Angélica y Ugarte Cataldo, José Luis, Deberes éticos y contrato de trabajo. Memoria de Grado. Universidad de Talca, 2005, p.6
- (9) VALDÉS DAL RÉ, F, Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador en J Aparicio y A. Baylos (comps) Autoridad y democracia de la empresa. Trotta, Madrid. 1992, pág 28. En Diego López, p 146.
- (10) PRADO LÓPEZ, Pamela. La reparación del daño moral ocasionado al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo. Revista laboral chilena 136, 2005, p 40.
- (11) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El daño moral por término del contrato de trabajo: si indemnización en casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Editrem, 2000, p.37
- (12) En el mismo sentido ordinario 4842/30 del 15 de septiembre del año 1993. En Juri obra citada, p 19.
- (13) En el mismo sentido Corte Suprema, rol 5511, 2004, de 7 de junio del año 2005.

(14) JURI SABAG, Ricardo.: op. cit. p 45

(15) Ibid. p. 53.

CAPÍTULO III

Concepto de libertad de opinión inserto en el Código del Trabajo y como un derecho de los dirigentes sindicales.

1.- Nociones Preliminares

Como sabemos, la libertad de expresión y opinión es un derecho fundamental ampliamente reconocido en nuestro texto constitucional, el que garantiza “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 artística, o por cualquier otro procedimiento de la elección del que la ejercita, conllevando este derecho consigo, el derecho a permanecer en silencio cuando se requiere a una persona que exprese una idea. Es importante en este sentido lo que dice la Dirección del Trabajo. Este organismo manifiesta que todo tipo de exigencias o restricciones a la posibilidad de trabajar suponen una vulneración de un derecho fundamental, es así como podemos, de igual forma entender que toda restricción a la libertad de expresión de un trabajador en la empresa es claramente una vulneración a nuestra carta fundamental. Siguiendo el mismo sentido, nuestra Dirección del Trabajo dictaminó, ante un contrato de trabajo que establecía una fianza para el trabajador en caso de renuncia, “que no se ajustan a derecho las cláusulas contractuales que constituyen fianza u otra forma de garantía de la devolución proporcional del dinero correspondiente al valor de los cursos de capacitación en el caso de renuncia voluntaria del trabajador incorporadas a los contratos individuales y colectivos de trabajo suscritos entre pilotos de aeronaves y la Empresa Lan Chile S.A., en cuanto su contenido importa limitar y restringir el ejercicio de la libertad de trabajo que la Constitución reconoce como una garantía, y que el Código del Trabajo le otorga el carácter de derecho irrenunciable” (1)

De esta forma vemos como distintas cláusulas contractuales pueden restringir la libertad de trabajo y expresión de los trabajadores, alguna de ellas aparecen en los reglamentos internos de las empresas, que no tienen ni siquiera la calidad jurídica de un contrato de trabajo, y que en ocasiones establecen restricciones más directas e intensas sobre los trabajadores en la materia.

Hasta aquí hemos visto como se puede restringir la libertad de expresión en sentido genérico, sin embargo es posible que existan, a modo ejemplar, distintos casos en que en la actualidad esta libertad está bastante limitada en cláusulas contractuales, reglamentarias y por sobretodo de la limitación cortés a través de insinuaciones o conversaciones directas con los trabajadores. Son expresión de dicha limitación las siguientes: Manifiestar opiniones en forma pública o escrita,

solicitar permisos para colocar paneles informativos, utilizar los mismos para colocar información a los trabajadores, realizar críticas al desempeño de un colega o directivo, no opinar sobre el desempeño de un gerente en el desempeño de su estrategia de captación de clientes, restricciones a los temas que se pueden tratar en una negociación colectiva, expresada en materias negociables y no negociables, no aceptar la opinión de los trabajadores en ciertos procedimientos productivos. Y respecto de quienes ostentan algún cargo como dirigente sindical, el realizar crítica a la fecha de pago de sus remuneración. El poder denunciar el no pago de cotizaciones dentro de la empresa, el denunciar dentro de la empresa los distintos acosos que pueden estar siendo víctima los trabajadores. Todos estos casos, a modo ejemplar, contruidos desde una acentuación excesiva de la “cultura de la empresa”, la convierten en un espacio socialmente complicado y poco comprensivo de la idea de la ciudadanía. Aunque legítima, la construcción de valores privados que impregna la regulación interna de muchas empresas debe tener claros sus límites, que en el caso que nos ocupa los constituye el ejercicio pleno de los derechos fundamentales del trabajador, los que por relevancia y jerarquía no pueden ser afectados por vía contractual o reglamentaria. De otro modo, el notable éxito en difuminar la separación entre vida laboral y vida privada que consigue esta cultura de “los valores empresariales” abre el camino a la “organización social del espacio empresarial”, aquello que mantiene un control absoluto de la vida de quienes la integran. En este tipo de organización se sustituye el control y la vigilancia propios del modelo clásico de relaciones laborales por la adhesión del trabajador al “proyecto” y al ideario simbólico y real de la empresa, con la consiguiente pérdida de autonomía y libertad personal. Es lo que ocurre cuando una empresa decide regular hasta las opiniones de sus empleados, su vida y sus valores. (2)

Ante este panorama, la irrupción de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral tiene un efecto democratizador, ya que “desaparece, por obra de esa modernización que la Constitución impone, la configuración paternalista del poder empresarial como atributo de una responsabilidad personal frente a la comunidad; y como se elimina la sobrevaloración de los deberes de lealtad y fidelidad del trabajador en la empresa como expresión de una subordinación personal a un modélico funcionamiento de la producción” (3)

2.- La Empresa, los Derechos Fundamentales y los Derechos Laborales

Hoy, en gran parte del mundo occidental las distintas legislaciones se preocupan de lo que se ha denominado “ciudadanía de la empresa”, esto es, la idea de que en la relación laboral el trabajador es portador de derechos fundamentales no estrictamente laborales, tales como la vida privada, la no discriminación o la libertad de expresión.

Esta idea de la plena eficacia de los derechos fundamentales al interior de una relación entre privados –y no solo respecto del Estado-, y más particularmente en una relación laboral, ha sido reconocida en el ámbito internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La misma idea ha sido acogida por la jurisprudencia administrativa, emanada de la Dirección del Trabajo.

Sobre el particular, el derecho laboral chileno registra avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, partiendo por el nuevo artículo 5º del Código del Trabajo, que, reformado por la Ley 19.759 de 2001, señala 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.

Otro aporte en este sentido de nuestra actual legislación laboral es la reforma implementada por la Ley 20.087 de 2006, que crea un nuevo tipo de acción judicial denominada de tutela laboral, cuyo objetivo explícito, según el mensaje del proyecto de ley respectivo, es *“potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no solo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminada, etc). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebrales de unas relaciones laborales plenamente democráticas”*. (4)

Las normas de la nueva justicia laboral sancionan, al tenor de lo señalado en el Código del Trabajo, las conductas del empleador que afecten algunos de los derechos consagrados en la Constitución: el derecho a la vida, integridad física y síquica, el derecho a la honra, a la libertad de expresión y libertad religiosa y el derecho a la no discriminación. Pese a los avances normativos, sin embargo, se

evidencia una falta de acción decidida por parte de los órganos del Estado, particularmente de la Dirección del Trabajo, respecto de aplicar las nuevas normas de tutela de estos derechos fundamentales, especialmente cuando su vulneración se refiere, como expondremos a continuación, a normas obligatorias para los trabajadores que se encuentran contenidas en reglamentos internos de orden, higiene y seguridad.

Finalmente, cabe recordar que la nueva justicia laboral establece como sujeto titular de la acción de tutela laboral a la Dirección del Trabajo: "...si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia, el informe de fiscalización correspondiente. (5)

2.1.- El Derecho General de Ciudadanía y el Estatuto de Trabajador Subordinado.

Aparentemente y por mucho tiempo han sido dos mundos diferenciados e incomunicados, resabios de concepciones arcaicas y preindustriales de las relaciones laborales; en fin, expresiones modernas de la pretendida separación liberal de lo público y lo privado, del Estado y de la Sociedad. Así, la empresa y las facultades de dirección del empresario permanecen "inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático". Ello no es de extrañar si se reflexiona sobre el hecho de que la empresa, dadas las posiciones en las que se encuentran los sujetos que interactúan en su interior –en relación de subordinación y de dominación- es ante todo una expresión del PODER PRIVADO CONTEMPORÁNEO. Es así, como en la empresa, pueden verse seriamente afectadas la intimidad y vida privada del trabajador, el honor y la propia imagen, el pensamiento ideológico (político, religioso, sexual, etc), la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc., derechos todos respecto de los cuales el trabajador es titular en cuanto ciudadano.

Tradicionalmente la relación de trabajo y en particular el contrato de trabajo han estado fuera del ámbito constitucional, en particular del fenómeno de los derechos fundamentales. Ha existido una reticencia manifiesta de lo laboral respecto del fenómeno constitucional y una tendencia a situarse en una posición – por cierto interesada - de independencia y de suficiencia respecto a la Constitución.

La empresa se constituye así, en un lugar diferenciado, una zona donde no llega la aplicación completa de la Constitución Política. Sin embargo, el carácter de la Constitución debe ser aplicable directamente a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción. (6)

2.2.-Eficacia directa de la Constitución en las relaciones privadas

En nuestra constitución el artículo 6º inciso 2º, establece quiénes deben cumplir los preceptos constitucionales, optando claramente por una vinculación que abarca tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, de manera tal que la pretendida eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se ve reforzada, desde una perspectiva material, en la propia Constitución. Se afirma que el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, en cuya virtud se “pretende superar – el - desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real”, proponiendo a este respecto un nuevo orden que conjugue la libertad con la igualdad, mirada ésta como supuesto imprescindible de toda libertad en su sentido material. Algunos autores sostienen que los derechos y libertades contenidos en la Constitución se conciben de esta manera “como un orden objetivo de valores”, capaces, como veremos, de informar el conjunto del ordenamiento jurídico y de convertirse en catalizadores de la construcción de un sistema ético-social compatible con una sociedad democrática y pluralista. Los derechos fundamentales tendrán en ese fundamento valorativo el modelador de su contenido. Se trata, de una “decisión axiológica que – la - comunidad adopta para sí misma”. De este modo, la teoría de los valores jugará un papel protagónico en la vertebración de los derechos fundamentales como normas objetivas, impregnadas y delimitadas por VALORES.

Con este pensamiento, se empieza a producir una progresiva pero decidida influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho privado, de forma tal que, para bien o para mal, los litigios entre privados no se resolverán en base únicamente a las reglas de Derecho civil sino que, ahora también, tomando en consideración los derechos fundamentales. Todo esto a partir que el poder ya no se encuentra concentrado en el aparato estatal, sino diseminado en la sociedad, y, en especial, en las empresas que se vuelven grandes entes concentradores de poder, amenazando peligrosamente las libertades.(7)

El trabajador desarrolla su quehacer productivo implicando conductas y espacios de su vida personal y por lo mismo como ciudadano; de lo que se deduce que en dicha organización productiva está afecto, como en cualquier otro espacio, a los derechos que le son reconocidos en cuanto tal, es decir, sigue siendo titular de derechos fundamentales, dentro o fuera de la empresa.

De lo que hemos interpretado podemos concluir dos situaciones:

1.- Los derechos fundamentales se alzan como un límite a los poderes empresariales, siendo éste, el verdadero sentido que ha de darse a la vigencia de estos derechos y libertades al interior de la empresa.

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva limitadora de los derechos fundamentales. Tanto al inicio de la relación o, incluso, antes, en su desarrollo y en su conclusión; tanto en el ámbito estrictamente laboral como fuera de él.

2.- El reconocimiento de una serie de derechos fundamentales cuyo titular es la persona del trabajador, cumple una función integradora y unificadora, esto es, que poseen una verdadera vis expansiva en cuanto irradian su valor a la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico laboral. Se crea un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objetivo, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos, en definitiva, entender las relaciones jurídicos-privadas como relaciones pluralistas y democráticas.

2.3.- Los Derechos Fundamentales y el derecho Laboral en Chile

Actualmente, nuestra doctrina nacional, más bien ha sido incapaz de analizar con cierta profundidad la estructura jurídico-política del contrato de trabajo, y obviamente, mucho menos en relación a la incidencia que los derechos fundamentales han de tener en el ámbito de nuestra disciplina. (8)

En el caso de nuestros Tribunales de justicia, solo existen pronunciamientos aislados y fragmentarios que han ligado la garantía constitucional con el ámbito

concreto de la relación de trabajo, con muy poco desarrollo de la norma constitucional y que por lo mismo no pueden calificarse de doctrina asentada; generalmente vinculados al momento de la terminación del contrato de trabajo en donde el poder disciplinario despliega toda su amplitud y casi siempre en función del derecho a la no discriminación. Al respecto, cabe señalar que, incluso, más allá de la tutela por los procedimientos ordinarios – laboral -, y pese a contar, según se ha señalado en este trabajo, con un sistema de tutela constitucional avanzado, en donde es posible recurrir directamente – vía el Recurso de Protección - en contra de violaciones de derechos fundamentales cometidas por privados – como un empresario -; en la práctica la incidencia de esta vía para tutelar los derechos fundamentales del trabajador ha sido nula y con un desarrollo absolutamente insatisfactorio de las garantías constitucionales, no ya en el plano laboral sino que como parte de un sistema. En efecto, desde un punto de vista material, la acción jurisdiccional de protección constitucional ha sido notoriamente subutilizada y concretizada de manera sumamente ideologizada, acaparando la protección jurisdiccional casi exclusivamente el derecho de propiedad, produciéndose con ello un sobredimensionamiento de dicha garantía en desmedro de las demás. En el plano laboral, el Recurso de Protección se ha transformado más que en un instrumento de amparo de los derechos fundamentales del trabajador – es un instrumento idóneo para ello aunque no único -, en un mecanismo que casi exclusivamente se ha limitado a coartar y cuestionar las atribuciones y facultades de la Dirección del Trabajo. Con ello se ha perdido una gran oportunidad para que la jurisprudencia constitucional, tal y como lo hacen los Tribunales Constitucionales europeos o los Tribunales americanos, se constituyera en la punta de lanza en torno a la idea de vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, sobre todo pensando en lo difícil que puede resultar dejar entregada dicha misión a una judicatura social que, por lo general, no se caracteriza por un activismo en pro de los derechos de los trabajadores; sea ello por la insuficiencia de los materiales normativos con los que cuenta o por su falta de tradición jurídico-constitucional, que le dificulta aplicar en forma directa las normas de los derechos fundamentales. (9)

Ante esta situación, ya descrita, tiene un rol cada vez mayor la Dirección del Trabajo. En los distintos dictámenes se observan ciertos atisbos, primarios y todavía muy circunscritos, en torno a la conformación de una doctrina y sobre todo

de una línea interpretativa en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores y su vigencia frente a los poderes empresariales. En su mayoría, se trata de situaciones que se presentan a propósito de la concreción de las facultades que tiene el empleador para dirigir, organizar y administrar su empresa, específicamente en las disposiciones que para estos efectos se regulan en el reglamento interno de la empresa. Más que tratarse de la elaboración de una verdadera doctrina sobre la materia se trata de la conformación de ciertos criterios interpretativos, contruidos sobre una base FUNDAMENTALMENTE CASUÍSTICA, pero que, con todo, se encamina por la senda correcta. Esta etapa es de maduración –necesaria y deseable en temas como éstos- con miras a la construcción de una verdadera doctrina de alcance general que dé cuenta de una visión moderna de las relaciones laborales de esta materia. (10)

La Dirección del Trabajo se pronuncia y dictamina respecto de los límites de la actividad directiva de la empresa, estableciendo en definitiva requisitos para que resulten procedentes ciertas actuaciones del empleador en relación con los referidos derechos fundamentales; por ejemplo, al tratarse de las medidas de revisión y control –que dicho sea de paso constituyen el fuerte de los pronunciamientos- se establece que tales medidas deben incorporarse en Reglamento Interno de Higiene y Seguridad; deben ser idóneos a los objetivos perseguidos; no deben tener un carácter pre policial, investigador o represivo; deben tener un carácter despersonalizado y por último, las acciones sólo pueden ser aquellas contempladas en la legislación laboral para estos efectos. Al respecto, cabe observar una cierta tendencia a cambiar la orientación del conflicto planteado, trasladándolo o reconduciéndolo desde la esfera de la intimidad y la honra del trabajador al de la no discriminación; quizás por ser este último derecho más cercano y con un mayor desarrollo doctrinal, lo que hace más fácil su aplicación. (11)

La vigencia de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa, requiere como *conditio sine qua non*, no sólo un reconocimiento normativo-material, sino que también y me atrevo a decir, ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. En la práctica los derechos fundamentales no pasan de ser meras entelequias en tanto los mecanismos de tutela de los mismos sean insuficientes o no funcionen adecuadamente o en la dirección correcta. La

ausencia o presencia –utilización atrofiada o deformada- de garantías efectivas y apropiadas de protección de los derechos fundamentales, marcará la diferencia entre un sistema político respetuoso de los derechos del hombre y aquellos en que el valor de los mismos constituye una cuestión de menor orden; en definitiva, la falta de mecanismo adecuados de protección de estos derechos equivale a su no reconocimiento. (12)

3.- Los derechos fundamentales y la libertad de opinión en la historia de nuestra legislación laboral

A fines del siglo XIX, los trabajadores, en aquel momento solo obreros, se encuentran en la periferia del sistema político: están totalmente excluidos del proceso y de la toma de decisiones públicas. En Chile, la oligarquía no solo ignora al proletariado, sino que, ante las primeras protestas laborales, no dudó en utilizar la violencia.

Por muchos años el sistema de patrones, inquilinos y peones transforma la mentalidad del trabajador en una especie de siervo sometido a su condición de subsistencia económica. Nada es de él, todo pertenece al patrón, incluso él mismo. Con los años esta trilogía se traslada a la ciudad y se repite la misma situación de poder. El peón se transforma en obrero a mediados del siglo XIX. En esa época el obrero es considerado como un sujeto de derecho privado, regidos por la autonomía de la voluntad. Existen sólo como contratantes del derecho civil.

En el desarrollo histórico del derecho del trabajo podemos encontrar tres momentos marcados, con claridad, En una primera etapa, el derecho del trabajo busca la visibilidad política de los trabajadores asalariados, excluidos radicalmente del proceso de toma de decisiones. Los obreros empiezan a cuestionar el modelo capitalista dominante. En una segunda etapa el Derecho del Trabajo busca profundizar las democracias capitalistas de inicio del siglo pasado, se refuerzan las organizaciones sociales y los derechos colectivos del trabajo. Finalmente, el Derecho del Trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos laborales, esto es, aquellos “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones

de trabajo en el ámbito de las mismas”(13) tales como, al decir del rutilante artículo 5 de nuestro Código del Trabajo, la intimidad, la vida privada o la honra.

En Chile, es claro que el laboralismo conservador impuso su programa en las últimas décadas. El Derecho del Trabajo quedó reducido a la legislación laboral y su espacio único de preocupación eran las condiciones mínimas de trabajo y salarios, relegando a un segundo plano los derechos constitucionales del trabajo, especialmente los de naturaleza colectiva.

En el último tiempo, sin embargo, especialmente desde la reforma laboral de 2001 (Ley 19.759), el Derecho del Trabajo ha comenzado a expandirse, asumiendo especial preocupación por los derechos fundamentales específicos del trabajador, especialmente por la libertad sindical, e intentando poner a tono nuestra regulación legal con las normas constitucionales e internacionales sobre la materia. Pero también con los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, especialmente con la promulgación de la reforma procesal laboral (Ley 20.087), incorporando al ámbito procesal el inédito tema de la ciudadanía al interior de las empresas. (14)

Todo lo anterior, significa que estamos en la última etapa del desarrollo laboral en nuestro país, y que la libertad de opinión se presenta en la segunda etapa de nuestro desarrollo y, más especialmente, en la última etapa, siendo de aquellos derechos específicos del trabajador.

4.- Distinciones entre la libertad de opinión de los dirigentes sindicales y la libertad de opinión de los ciudadanos.

En rigor la libertad de opinión de los ciudadanos y los dirigentes sindicales es la misma, existe en ambas una relación de género a especie, quizás la distinción la encontramos en el elemento tiempo. Mientras que la libertad de opinión de los ciudadanos existe en nuestro ordenamiento constitucional desde hace más de un siglo, la libertad de opinión de los dirigentes sindicales es un fenómeno reciente. Por otro lado, el sujeto de la libertad ciudadana de nuestros cuerpos constitucionales es en relación al Estado liberal del siglo XIX, mientras que la libertad de opinión es con respecto a la empresa y al empresario. Dicho lo anterior, es conveniente analizar la libertad de opinión en tres cuerpos constitucionales de nuestra historia, que son la Constitución de 1833, 1925 y 1980.

La Carta Fundamental de 1833 decía en su Capítulo V, bajo el título de “Derecho Público de Chile” Artículo 12 “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República” N° 7.- *“La Libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin cesura previa, i el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, i se siga i sentencie la causa con arreglo a la lei”.*

Por su parte la Carta Fundamental de 1925, en su Capítulo III, bajo el nombre de Garantías Constitucionales, en su Artículo 10 menciona “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República”. Número 3 *“La Libertad de emitir sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquier otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la lei...”*

Finalmente, la Carta Fundamental de 1980, en su Capítulo III, titulado los “Derechos y Deberes Constitucionales” dice en su N° 12 *“La Libertad de opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.*

“La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”.

“Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”.

“Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”.

“El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”.

“Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación”.

Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo”.

“La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica;”

De los tres textos legales se pueden extraer las siguientes conclusiones que fortalecen la idea de libertad de expresión de ciudadano distinto a trabajador dirigente sindical.

Las conclusiones son las siguientes:

1.- La libertad de opinión es aquella que se exterioriza por algún medio de comunicación escrito y que se manifiesta en alguna prensa de circulación masiva. Además, es la que se garantiza, dejando atrás o no incorporando los actuales medios de comunicación.

2.- En los tres artículos se establece una sanción ente el eventual delito que se produzca al no respetar los límites de la libertad de opinión, y

3.- Los eventuales abusos deben ser calificados por la ley.

4.1.- Determinar el sentido de la libertad sindical que aparece en el Código Laboral chileno desde sus orígenes.

En un análisis histórico debemos reconocer que no encontramos en nuestros cuerpos legales laborales algún antecedente de protección a la libertad de opinión. Desde las leyes sociales dictadas en 1924 hasta la dictación del Código del Trabajo se sucedieron numerosas leyes sociales.

En el año 1930, durante el primer gobierno del Presidente Carlos Ibáñez del Campo, se envió al Congreso un proyecto de Código del Trabajo que refundía en un solo texto las leyes relativas al trabajo vigentes a la época. Cuando el proyecto recién estaba en estudio, en uso de las facultades extraordinarias que le había otorgado el Congreso para reorganizar la Administración Pública, promulgó en forma abiertamente inconstitucional el Código del Trabajo, bajo el nombre de Texto

de las Leyes del Trabajo, por Decreto con Fuerza de Ley N° 178, de 13 de mayo de 1931, publicado en el Diario Oficial de 28 de ese mes y entró a regir el 28 de noviembre del mismo año.

A pesar de ser un Código tan nuevo, numerosas modificaciones introducidas en su texto por leyes posteriores movieron al Congreso a autorizar al Presidente de la República para fijar su texto definitivo, el que se señaló por Decreto del Ministerio del Trabajo N° 840, publicado en el Diario Oficial de 17 de noviembre de 1948. Contenía 4 libros y 667 artículos.

Una segunda etapa la tenemos con la publicación de la Ley N° 18.620, que contenía el nuevo Código del Trabajo, dividido en 5 Libros que incluían 454 artículos, el que empezó a regir el 6 de agosto de 1987, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 454, y que derogó en su artículo segundo distintas normas legales.

Una tercera etapa la encontramos con la promulgación en 1994 —reemplazando el Código del Trabajo de Chile de 1931 y de 1987— y que fue refundido posteriormente en el DFL 1 del 16 de ENERO de 2003.

4.2.- Los derechos que garantizan la existencia de las organizaciones sindicales.

Los derechos que garantizan la libertad de opinión de los dirigentes sindicales se encuentran contenidos en un gran tema que se conoce como la libertad sindical. Dicho concepto se define como **“la facultad de los trabajadores y empleadores para constituir sindicatos y afiliarse libremente a los mismos, del mismo modo, que la facultad de las organizaciones sindicales, una vez constituidas, para desarrollar libremente su programa trazado, tanto en lo referente a su vida interior como externa respecto de sus contrapartes sociales”**

La evolución del concepto de libertad sindical transitó por todos los estadios del derecho colectivo del trabajo, desde su prohibición tipificado como delito por normas del derecho penal, la etapa intermedia de tolerancia pero sin reconocimiento y promoción, hasta alcanzar su máximo desarrollo con el reconocimiento de la existencia de un derecho a la libertad sindical que es propio de la condición de trabajador y pertenece al género de los derechos fundamentales del hombre en cuanto tal. (15)

a.- Equilibradora:

Busca compensar la asimetría de poder entre el trabajador y el empleador, mitigando la subordinación estructural del vínculo laboral;

b.- De composición o pacificación del conflicto industrial:

Sirve para procesar, canalizar y componer el conflicto;

c.- Normativa:

Las representaciones sindical y empresarial regulan las condiciones de trabajo de los distintos colectivos laborales en una empresa o sector;

d.- De cohesión social y democracia material:

Las organizaciones no sólo representan intereses económicos, sino también intereses sociales (concertación social);

e.- Vigencia real del derecho del trabajo:

Se plantea como alternativa a la vigilancia estatal de la eficacia de las normas laborales;

Contenido de la libertad sindical:

a.- Derecho a constituir sindicatos (y el de éstos a participar en la constitución de organizaciones de grado superior);

b.- Derecho a afiliarse, desafilarse (y no afiliarse) a una organización sindical ya constituida e igual derecho de éstas respecto de organizaciones de nivel superior;

c.- Derecho de actividad sindical:

C1.- Desde el punto de vista individual;

C2.- Desde el punto de vista colectivo:

- Actividad Sindical interna;

- Actividad Sindical externa (negociación colectiva, huelga).

Contenido de la libertad sindical:

d.- Libertad colectiva de reglamentación;

e.- Libertad colectiva de representación;

f.- Libertad colectiva de disolución

Los más importantes derechos sindicales son aquellos inherentes al desarrollo de la actividad sindical, en la forma de huelga y de la contratación colectiva.

(G. Ghezzi- U. Romagnoli)

4.3.- Atentados contra la libertad sindical y, en especial, de la libertad de opinión, sentido de la expresiones “entorpezcan o impidan” del artículo 291 del Código del Trabajo.

Las **Prácticas desleales o antisindicales** son acciones u omisiones que atentan contra la libertad sindical: *“debe entenderse por práctica antisindicales o desleales, toda acción u omisión que atente contra la actividad sindical, y en estos autos, la injerencia del empleador en la vida interna de la organización sindical impiden a ésta organizar sus actividades y cumplir los programas de acción que se ha fijado el sindicato”* (Sentencia dictada, por el Segundo Juzgado del Trabajo de San Miguel el 7 de noviembre de 2002, en los autos por prácticas antisindicales caratuladas “Inspección Comunal del Trabajo con Sociedad Educacional y Cultural San Pablo”)

Resultará lesionada cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador o los derechos de los trabajadores, organizaciones sindicales o terceros (para el caso de las conductas con sujeto activo amplio a que se refiere el artículo 291 del Código del Trabajo) limite el pleno ejercicio de la libertad sindical, **sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.** (relación con Artículo 485 inciso 3º del Código del Trabajo)

Algunas normas que atentan contra la libertad sindical descritas en el Código del Trabajo son:

4.3.1.- Artículo 289 del Código del Trabajo: Serán consideradas prácticas desleales **del empleador, las acciones que atenten contra la libertad sindical.**

Incorre especialmente en esta infracción:

- a) El que obstaculice la formación o funcionamiento de sindicatos de trabajadores negándose injustificadamente a recibir a sus dirigentes, ejerciendo presiones mediante amenazas de pérdida del empleo o de beneficios, o del cierre de la empresa, establecimiento o faena, en caso de acordarse la constitución de un sindicato; el que maliciosamente ejecutare actos tendientes a alterar el quórum de un sindicato.

Las conductas a que alude esta letra se considerarán también prácticas desleales cuando se refieran a los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad o a sus integrantes;

- b) El que se niegue a proporcionar a los dirigentes del o de los sindicatos base la información a que se refieren los incisos quinto y sexto del artículo 315;
- c) El que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato;
- d) El que realice alguna de las acciones indicadas en las letras precedentes, a fin de evitar la afiliación de un trabajador a un sindicato ya existente;
- e) El que ejecute actos de injerencia sindical, tales como intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones;
- f) El que ejerza discriminaciones indebidas entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical, y
- g) El que aplique las estipulaciones de un contrato o convenio colectivo a los trabajadores a que se refiere el artículo 346, sin efectuar el descuento o la entrega al sindicato de lo descontado según dicha norma dispone.

4.3.2.- Artículo 290 del Código del Trabajo: Serán consideradas prácticas desleales del trabajador, de las organizaciones sindicales, o de éstos y del empleador en su caso, las acciones que atenten contra la libertad sindical.

Incorre especialmente en esta infracción:

- a) El que acuerde con el empleador la ejecución por parte de éste de alguna de las prácticas desleales atentatorias contra la libertad sindical en conformidad al artículo precedente y el que presione indebidamente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos
- b) El que acuerde con el empleador el despido de un trabajador u otra medida o discriminación indebida por no haber éste pagado multas, cuotas o deudas a un sindicato y el que de cualquier modo presione al empleador en tal sentido.
- c) Los que apliquen sanciones de multas o de expulsión de un afiliado por no haber acatado éste una decisión ilegal o por haber presentado cargos o dado testimonio en juicio, y los directores sindicales que se nieguen a dar curso a una queja o reclamo de un afiliado en represalia por sus críticas a la gestión de aquélla.

d) El que de cualquier modo presione al empleador a fin de imponerle la designación de un determinado representante, de un directivo u otro nombramiento importante para el procedimiento de negociación y el que se niegue a negociar con los representantes del empleador exigiendo su reemplazo o la intervención personal de éste, y

e) Los miembros del directorio de la organización sindical que divulguen a terceros ajenos a éste los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados.

4.3.3.- Artículo 291 del Código del Trabajo: Incurren, especialmente, en infracción que atenta contra la libertad sindical:

a) Los que ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores a fin de obtener su afiliación o desafiliación sindical o para que un trabajador se abstenga de pertenecer a un sindicato, y los que en igual forma impidan u obliguen a un trabajador a promover la formación de una organización sindical, y

b) Los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros de un sindicato.

4.3.4.- Artículo 215 del Código del Trabajo

“No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.”

4.4.- Convenio 98 OIT

Artículo 1.1

*“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo **acto de discriminación** tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.”*

Artículo 1.2.

“Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Artículo 2.1

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.”

Artículo 2.1.

“Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de emplead

4.5.- En cuanto a los destinatarios y en cuanto a la tipificación de la conducta antisindical

En primer lugar, protege a los titulares de la libertad sindical. Además, las prácticas antisindicales no son taxativas “(...) las conductas descritas en las normas que rigen la materia no constituyen una enumeración taxativa y que la determinación en orden a que otros hechos pueden o no configurar prácticas antisindicales, se encuentra entregada al criterio de los falladores e importa una cuestión de naturaleza fáctica que escapa al control de casación. En tal sentido debe considerarse la circunstancia que se califique de práctica antisindical el traslado de lugar de trabajo”. **(C. Suprema, rol 1.967-2003, 23 de marzo de 2004**

En cuanto al elemento subjetivo resulta inocuo, pues la conducta se satisface con los efectos antisindicales de la conducta reprochada. (16). En cuanto al elemento subjetivo “(...) si bien el denunciado ha señalado que su conducta no tenía por objeto desplegar una acción tendiente a vulnerar la actividad sindical, este tribunal, con los antecedentes reunidos en autos, valorados en conciencia, concluye, que **más allá de las intenciones, en el hecho, efectivamente lesionó la libertad sindical.**” (17) (Sentencia dictada por el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó el 03.07.2007, en autos caratulados “Director Regional del Trabajo de Atacama con Industrias Coemin S.A.”, rol N°368-2007.) . Otra Sentencia indica: “*Que, por consiguiente, la conducta imputada a la denunciada se encuentran establecida en la letra f) del artículo 289 del Código tantas veces citado, el que al efecto expresa:”f) El que ejerza discriminación indebida entre los trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical”.* “

Que de lo expuesto se concluye que no obstante imputar la conducta señalada al denunciado, ésta no expresa que haya tenido como fin exclusivo desestimular la afiliación sindical como lo exige la letra f) de la norma en estudio.”

(E. Corte Suprema, 05.10.2007, rol 4.109-2006, Rec. Casación en autos caratulados “Inspección Provincial del Trabajo de Talagante con Agroindustrial El Paico Ltda.”)

Puede tratarse de una sola conducta antisindical (por ej. el despido de un dirigente sindical) o de un conjunto de conductas (por ej. ejercer presiones en distintas oportunidades para lograr la desafiliación sindical)

4.5.1.- Práctica antisindical y fuero sindical

Originalmente identificado con la protección del dirigente sindical contra el despido, para posteriormente extenderse a la protección de todo trabajador que realice alguna acción sindical, gremial o colectiva, sin limitarse al despido como acto perjudicial. (18)

Se trata de una protección unilateral (no alcanza jamás al empleador)

“Que apreciando en conciencia los elementos de convicción reseñados, la sentenciadora concluye que en la especie no ha existido práctica antisindical por parte de la denunciada hacia el trabajador..., en razón que no existe nexo causal entre su elección como presidente del sindicato interempresa individualizado y el hecho del despido(...) “Que, en consecuencia, el despido del trabajador... no tiene relación alguna con su elección como director sindical, y habiendo adoptado la empleadora la decisión de prescindir de sus servicios con casi un mes de anterioridad a dicha designación, procede rechazar la denuncia por práctica antisindical, al no existir conductas lesivas de la libertad sindical...” (Sentencia del 1er Juzgado del Trabajo de Santiago, 25.04.2003, rol 5.450-2002 “Inspección Provincial del Trabajo con Sociedad de Inversiones Guadi”)

4.5.2.- En cuanto a su relación con otras formas de tutela y los elementos que componen la práctica antisindical:

a) Sujetos activos de las prácticas antisindicales

Tradicionalmente lo son los empleadores o sus organizaciones (en perjuicio de los trabajadores o de sus organizaciones).

b) Sujeto activo determinado en C.T.:

i) El empleador (art.289, 290);

- ii) El trabajador (arts.290);
- iii) La organización sindical (arts.290)

c) Sujeto activo abierto:

i) Los que ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores para que se afilien, desafilien, o se abstenga de pertenecer a un sindicato o quien impida u obligue a un trabajador a promover formación de sindicato;

- ii) Los que entorpezcan o impidan libertad de opinión

Tradicionalmente lo son las organizaciones sindicales y los representantes sindicales:

d) Sujeto pasivo determinado en Código del Trabajo:

i) Los Trabajadores (arts.289, 290 CT)

ii) Los Sindicatos (arts.289, 290 CT)

iii) Los Dirigentes sindicales (arts.289, 290 CT)

iv) El Comité paritario de higiene y seguridad y sus integrantes (art.289, 290 CT)

v) El Socio de sindicato (arts.289, 290 CT)

vi) El potencial trabajador (arts.289, 290 relación. art. 2 CT)

vii) El empleador (art.290 d y e) CT)*

e) Titulares de la acción para la sanción judicial de las prácticas antisindicales

i) Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionada la libertad sindical;

ii) La Inspección del Trabajo, la que está obligada a denunciar a los Tribunales de Justicia los hechos constitutivos de prácticas antisindicales o desleales de las que tome conocimiento. (19)

f) Sujetos activos de las prácticas antisindicales

Tomamos en consideración la siguiente resolución “aparece que la disposición contenida en el artículo 291 del Código del Trabajo, si bien no pormenoriza a los sujetos activos de las conductas que, especialmente, describe, no es menos cierto que no pueden sino considerarse como especificaciones de las detalladas en las normas que lo preceden, en las cuales se identifica al sujeto activo como empleador, los propios trabajadores y las mismas organizaciones sindicales. En consecuencia, forma parte de los requisitos necesarios para estimar concurrente las prácticas antisindicales, el resultado efectivamente limitante de la conducta desplegada por él o los autores en relación con los afectados” (Sentencia de la E.

Corte Suprema, 16.9.2009, rol N°2.399-2008). En un dictamen se dice: “un pronunciamiento acerca de la situación específica por la cual se consulta, esto es, la negativa del empleador, por las razones ya expuestas, a autorizar reuniones y actividades propias del quehacer sindical, fuera de las horas de trabajo, en las dependencias destinadas por la empresa mandante a la recreación de los trabajadores de sus contratistas, recinto éste usado habitualmente para tal efecto por el sindicato en referencia, así como el ingreso de su asesor, en especial durante el proceso de negociación colectiva, implica necesariamente, analizar si tal medida, impuesta por la empresa propietaria del establecimiento donde se prestan los servicios, en uso de sus facultades de administración, constituye o no una legítima limitación al principio de libertad sindical.” (Dictamen N°4271/166 15.09.2004)

4.6.- Antecedente del artículo 291 en los anteriores cuerpos legales laborales. Determinar su sentido y límites.

No vamos a encontrar antecedentes del artículo 291 en otros códigos anteriores, solo es posible encontrar referencias indirectas a la libertad sindical que le dan una protección completa. Es así como el Código del Trabajo de 1948 enunciaba los siguientes artículos en una relación directa con la libertad sindical y indirecta con la libertad de opinión.

Dice el artículo 487 del Código del Trabajo de año 1948 dice: “Son delitos contra la libertad de trabajo:

- 1º La presión por medio de amenazas, ejercidas sobre el obrero o el patrón, por el respectivo sindicato;
- 2º Todo acto por medio del cual se pretenda impedir a los obreros concurrir al trabajo;
- 3º Todo acto que impida el orden normal, y
- 4º Todo acto que tienda a destruir o destruya los materiales, instrumentos o productos del trabajo o mercaderías, disminuya su valor, o cause deterioro a los mismos.

Por su parte el artículo 291 del actual Código del Trabajo menciona “Incurrir, especialmente, en infracciones que atenta contra la libertad sindical:

- a) Los que ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores a fin de obtener su afiliación o desafiliación sindical o para que un trabajador se abstenga de pertenecer a un sindicato, y los que en igual forma impidan u obliguen a un trabajador a promover la formación de una organización sindical, y

b) Los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la LIBERTAD DE OPINIÓN de los miembros de un sindicato.

De los dos artículos podemos mencionar las siguientes conclusiones:

1.- En ambos artículos se menciona la fuerza, la amenaza o, en general, todo acto que impida, destruya, impidan o entorpezcan

2.- Para el artículo del Código de 1948, los actos se refieren al funcionamiento de la empresa y sus maquinarias, y en el artículo del Código del Trabajo del año 2003 al hecho que afecte la libertad sindical.

3.- En el Código del trabajo de 1948 el sujeto de protección es la empresa y en el Código del Trabajo del año 2003 es la libertad sindical, de trabajo y de opinión.

4.- En el Código del Trabajo de 1948 se habla de empleado u obrero, mientras que en la actualidad, de trabajadores, sin ningún tipo de distinción.

5.- Mientras que en el Código del Trabajo de 1948 se deja ver una fuerte discriminación laboral, en la actualidad existe un deseo de imponer los distintos derechos ciudadanos en la empresa.

6.- Existe una manera de ver al sindicato como una excepción en la empresa, especialmente, en el Código del Trabajo de 1948, aspecto que hoy tiende a desaparecer, a lo menos entre los trabajadores.

5.- Paralelo entre la función que desarrollan los dirigentes sindicales como representantes de los trabajadores y otros representantes que componen la denominada clase política.

Aquellos representantes de la ciudadanía que dirigen el país son conocidos en el Chile actual como la clase política. En sí, la clase política no existe. Como tampoco existe desde el punto de vista de su ubicación en la estructura social por la sencilla razón de que la clase política no es una clase social. La política y el ejercicio de ella no son cualidad ni atributo ni patrimonio de una clase, ni fracción de una clase socialmente determinada. La política es un atributo, un instrumento de convivencia, de trabajo, de opinión que la ejercemos y utilizamos permanentemente todos y la realizamos todos los seres humanos desde el momento en que vivimos en sociedad. Lo que sí existe, es un conjunto de hombres que se desenvuelven con funciones determinadas y precisas en esferas formales del poder, en representación de los intereses de las distintas clases y fracciones de clases que existen en la sociedad. (20)

Este conglomerado de hombres son elegidos por las clases y las fracciones de clases sociales que se forman en la sociedad para que los representen, las cuales, históricamente, se han organizado en partidos políticos, en sus diversas formas, tipos y modalidades. Justamente estos representantes surgen de los conflictos sociales, de las aspiraciones de las diversas clases y de las contradicciones que se desenvuelven en la sociedad. Estos “funcionarios”, constituyen en sí, una expresión de los conflictos de clase de la sociedad y como tales están mandatados orgánicamente a entrar en los espacios, en aquellos lugares en que se ejerce y se formaliza el poder en la perspectiva de ayudar a solucionar ese conflicto. Se trata de un lugar especial, formal, concreto, en donde se toman, se discuten, se expresan, y se resuelven, aspectos fundamentales del poder y que afectan a parte o al conjunto de la sociedad. Cada decisión que se toma en estos espacios o centros de poder, como es el caso del Parlamento, beneficia o perjudica a la vez a determinados sectores, clases o fracciones de clases. (21)

A partir de ello es que se debe entender que en la historia de las ideas políticas, no se juzgan solamente las ideas en cuanto a los hombres que las engendran, sino también las ideas en cuanto a acciones que se plasman y manifiestan en la actividad política concreta. De ahí surge la responsabilidad histórica, social y política de ese funcionario, desde el momento en que asume también un compromiso social y político con las ideas, intereses y necesidades de las fuerzas sociales a las que debe su representación y su propia condición de funcionario. Del mismo modo, dado los intereses sociales que representan, deben oponerse y rechazar todo aquello que signifique lesionar los intereses sociales de las fuerzas que debe representar. Al mismo tiempo, se debe señalar que por su ubicación y por su función en una parte de la institución central, formal y fundamental del poder en la sociedad, estos funcionarios tienen acceso a condiciones especiales y adquieren relativas autonomías, asumen rasgos y dinámicas propias (22).

A partir de los distintos enunciados que se han explicado, es posible construir una clara diferencia entre el tipo de función y calidad de representación que tiene un dirigente sindical, con la calidad de representación y función de un alcalde, diputado o senador.

En primer lugar debemos señalar:

1.- Esferas formales de Poder.- Mientras que los distintos representantes de la sociedad tienen un cuota del poder sea espacial o de influencia, ese poder no existe en el representante de un sindicato. Esto significa, que las opiniones que pueda enunciar no están supeditadas al hecho de quedar bien o no con su distrito, circunscripción o comuna, menos con la sociedad. Desde ese punto de vista, sus opiniones son alejadas de toda limitación y no contienen límites que no sean los clásicos límites históricos de la libertad de opinión. El dirigente sindical no carece de pautas de comportamiento político y, tampoco lo influye lo que se denomina en ciencia política “correctamente político”. Todo eso permite que puedan ser supeditados directamente por las bases o asamblea sindical.(23)

2.- Los dirigentes políticos son elegidos por la sociedad organizada en partidos políticos.-

Esta es una diferencia notable en la configuración de las diferencias que hoy existen en estos dos tipos de representación. Los dirigentes sindicales no representan a ningún partidos político, no emanan de un cálculo político, en realidad son elegidos por sus pares, por sus compañeros de trabajo, lo que tiene un claro sentido democratizador de la dinámica interna de la colectividad. Es aquel que se destaca por sus virtudes, su compromiso, su solidaridad con el resto de sus compañeros. En definitiva es un sujeto con arraigo social, con carácter, con trayectoria, muy diferente al representante del congreso que se nombran a dedo dentro del partido y que, luego, en su campaña se pone en contacto con las diferentes fuerzas sociales.(24)

3.- Surgen del conflicto social y de las aspiraciones de las diversas clases.-

El conflicto social manifestado es muy diferente en ambas situaciones, mientras que los llamados políticos expresan en algunos casos las contradicciones de la sociedad o son parte de la elite social y ahogan cualquier conflicto social, los dirigentes sindicales expresan en forma directa este conflicto en la empresa, es decir, el conflicto mayor que es la forma como se distribuye la riqueza en la sociedad en la empresa es directo, directamente con la fuente de la riqueza. No hay ninguna separación, ninguna

interpretación, el conflicto es claro y directo. Se busca que la riqueza se distribuya, se amplíe en mejoras salariales, condiciones de trabajo u otros beneficios. De ahí, que el contar con una mayor libertad de expresión sea uno de los medios en que este conflicto se transparente y se focalice socialmente.(25)

4.- Surgen ideas políticas.-

Si bien las ideas políticas son propias de todo ciudadano, hay que hacer una distinción en el discurso de estos dos tipos de representantes, mientras la “clase política” realiza emisión de un ideario político; en su discurso, los dirigentes sindicales se refieren a reivindicaciones de orden laboral. Esto más bien sucede en la práctica, puesto que ellos como representantes necesitan tener una opinión política y ser parte de una corriente ideológica. En lo efectivo, los dirigentes sindicales opinan específicamente, sobre las necesidades laborales, las condiciones de trabajo, y mejoras salariales. Su discurso es más directo que el discurso del político, mientras que este último proyecta la satisfacción de las necesidades políticas, el dirigente sindical se ocupa de ellas en el “ahora” de la lucha sindical.

5.- Responsabilidad histórico-social y política de esa función.- Claramente los dirigentes sindicales gozan de menor impacto histórico que los dirigentes políticos, con excepción de la fuerza social que puedan representar. Sin embargo, existe una responsabilidad con sus afiliados y con la imagen que tenga la sociedad, en un momento determinado, de los sindicatos. En el Chile actual, los dirigentes de sindicatos tienen una gran responsabilidad por la baja tasa de sindicalización que existe. La única forma pacífica de lograr la plena igualdad económica es mediante la formación de instituciones (sindicatos, federaciones, confederación, etc.) que permitan obtener reformas y distribución de la riqueza entre los trabajadores.(26)

6.- Representantes que tienen acceso a condiciones especiales y adquieren relativa autonomía.-

Aquellos que se transforman en dirigentes sindicales no adquieren granjerías de ningún tipo, ni cuotas de poder, ni mejores remuneraciones, ni acceso a beneficios políticos. Además, tiene un fuerte control de sus bases, incluso pueden ser destituidos

en cualquier momento por un mínimo de sus afiliados, situación muy diferente con aquellos que ocupan cargos de alcaldes, diputados y senadores que no pueden ser destituidos hasta el término de su período (27).

6.- Establecer los límites a la libertad de opinión y, si estos u otros, deben existir para los dirigentes sindicales.

Toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material. Lo anterior significa que el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeto al ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos.(28)

Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la informaciones y opiniones por miedo a sanciones y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades.(29)

Las limitaciones impuestas deben perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Son únicamente éstos los objetivos autorizados por los distintos cuerpos legales a nivel mundial, lo cual se explica por el hecho de que las limitaciones deben ser necesarias para lograr intereses públicos imperativos que, por su importancia en casos concretos, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión.(30)

6.1.- La “protección de los derechos de los demás” como objetivo que justifica limitar la libertad de expresión.

Se ha hecho énfasis que el ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con respeto por los demás derechos; y que en el proceso de armonización, el Estado juega un rol crítico mediante el establecimiento de las responsabilidades ulteriores

necesarias para lograr tal balance. Se ha hecho particular énfasis en las pautas que deben regir este ejercicio de ponderación y armonización cuando quiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con el derecho a la honra, reputación y buen nombre de los demás.

Se ha precisado que en los casos en que se impongan limitaciones a la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación. Si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias.(31)

Es necesario puntualizar que la protección a la libertad de expresión no es un objetivo que justifique a su turno restringir la libertad de expresión o de información, puesto que ello constituye una antinomia: “resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Tampoco se puede justificar la imposición de un sistema de control a la libertad de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe, ya que ello puede ser fuente de grandes abusos, y en el fondo es violatorio del derecho a la información que tiene la sociedad, el cual incluye el derecho a estar informada sobre las distintas interpretaciones y visiones del mundo, y a escoger aquélla que considere más adecuada.

En cualquier caso, si se presenta efectivamente un abuso a la libertad de expresión que cause un perjuicio a los derechos ajenos, se debe acudir a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar dicho perjuicio: en primer lugar la responsabilidad civil y en segundo lugar, mecanismos penales. Sin embargo, en todos los casos, la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos, políticos o personas vinculadas a la formación de las políticas públicas mediante el mecanismo penal –tipos penales tales como la injuria, calumnia, difamación o desacato- resultaba desproporcionado e innecesario en una sociedad democrática.

6.2.- La noción de “orden público” para efectos de la imposición de limitaciones a la libertad de expresión

El “orden público” no puede ser invocado para limitar los derechos humanos, sino por el contrario en forma limitada de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad

democrática. El “orden público” se define como las “condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. La defensa del orden público exige la máxima circulación posible de información, opiniones, noticias e ideas; es decir, el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión. La libertad de expresión se inserta en el orden público, primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. Se debe respetar escrupulosamente el derecho de cada ser humano a expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto a recibir información. La existencia de una sociedad democrática se basa en la piedra angular del derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, cualquier afectación del orden público invocada como justificación para limitar la libertad de expresión, debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (“violencia anárquica”). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisibles a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por una sociedad democrática.

6.3.- Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen.

Los Estados que impongan limitaciones a la libertad de expresión están obligados a demostrar que éstas son necesarias en una sociedad democrática para el logro de los objetivos imperiosos que persiguen.

El requisito de “necesidad” implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para “proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en

menor escala el derecho a la libre expresión.

Las restricciones a la libertad de expresión no sólo deben ser idóneas y necesarias. Asimismo, deben ser estrictamente proporcionales al fin legítimo que las justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad. Para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen. Para establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del derecho contrario –grave, intermedia, moderada-; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión. No hay respuestas a priori ni fórmulas de aplicación general en este ámbito: el resultado de la ponderación variará en cada caso, en algunos casos privilegiando la libertad de expresión, en otros, el derecho contrario, si la responsabilidad ulterior aplicada en un caso concreto resulta desproporcionada o no se ajusta al interés de la justicia.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) En este sentido resulta emblemático el ordinario N° 287/14, de 11/01/96.
- (2) Al respecto ordinario N°s 252/15, 13.01.88; 8381/191, 16.11.90;
4958/219,28.08.92; 1936/124, 22.04.93; 8005/323, 11.12.95;
2309/165,26.05.98.
- (3) Ibid ant.
- (4) Ugarte Cataldo, José Luis, op. cit.: p.61
- (5) Ibid.: p.62.
- (6) MELIS VALENCIA, Christian. Derecho de ciudadanía y empresa: apuntes para una configuración dogmática – jurídica. Editorial Conosur, Santiago, p.10
- (7) KONRAD HESSE, Derecho constitucional y derecho privado, Editorial Civitas, Madrid p.59
- (8) UGARTE, José Luis, La reforma laboral de 2001: luces y sombras. Revista laboral chilena, Santiago, 2001.
- (9) La jurisprudencia administrativa, emanada de la Dirección del Trabajo, ha señalado en este sentido que “ mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas” (dictamen N° 287/14, de 11.01.96)
- (10) MELIS VALENCIA , Christian, op. cit. p.24
- (11) Ibid. p.24
- (12) GAMONAL, Sergio, Ciudadanía en la Empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. Fundación de cultura universitario, Montevideo, 2004, p.23
- (13) Ibid. p.23
- (14) CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo. Revista de derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006. p.31
- (15) UGARTE CATALDO, José Luis. Libertad sindical y constitución: Cómo superar una vieja lectura, en Revista Laboral chilena, Santiago, marzo 2000, pp 71-72
- (16) CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis. Negociación

- colectiva y libertad sindical. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008. pp.17 y 18
- (17) HALPERN MONTECINO, Cecily. Derecho colectivo del trabajo. Departamento de derecho del trabajo. Universidad de Chile, Santiago,2003, p.73.
- (18) Ibid. p. 35
- (19) SALINERO, Jorge. Espacios sociales en interdicción: Hacia una tipología de las prácticas desleales o antisindicales. Dirección del trabajo. División de estudios. Santiago, 2009, p. 17
- (20) BLACHA, Luis. ¿Elite o clase política? Algunas precisiones terminológicas. En revista Temía, N° 12, FLACSO, Argentina, 2005, p. 36
- (21) Ibid. p. 37
- (22) Ibid. p. 38
- (23) VEGA, Pedro. Gaetano mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual. En estudios políticos constitucionales. UNAM, México, 2004, p.73.
- (24) Ibid. p.78
- (25) Ibid.p. 85
- (26) BALTERA S. Pablo y DUSSERT Ch. Juan Pablo, "Liderazgos sindicales emergentes. Documento producido por la Dirección del Trabajo. Santiago.2010. p.119.
- (27) Ibid. p. 129
- (28) BOTERO, Catalina. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos, comisión interamericana de derechos humanos, OEA, New York, 2009, p.245
- (29) Ibid p. 245
- (30) Ibid p. 247
- (31) Ibid p.

CAPÍTULO IV
DOS DICTÁMENES EMANADOS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO QUE SE
RELACIONAN CON LA TEMÁTICA DESCRITA.

1.- ORD.: N° 3416/049

MAT.: 1.- Las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador, incluyendo en éstas aquellas que permiten al empleador establecer en el Reglamento Interno de Orden las obligaciones y prohibiciones y en general las medidas de control a que están sujetos los trabajadores, encuentran como límite infranqueable, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores

2.- El artículo 32 N°51 del Reglamento Interno no resulta ajustado a derecho, desde el momento que infringe el mandato del constituyente del artículo 19 N°12 inciso 1° de la Constitución, según el cual se reconoce *la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.*

3.- El artículo 32 N°27 del Reglamento Interno, en aquella parte en que establece que *"todo comunicado debe ser autorizado por el superior directo y debe ajustarse a la política comunicacional de la empresa"*, no se ajusta a derecho, toda vez que la decisión del empleador de transformarse en una suerte de censor de las comunicaciones de sus trabajadores, se encuentra terminantemente prohibido por el constituyente, constituyendo así la libertad de expresión de los trabajadores a quienes se aplica el Reglamento impugnado, un límite infranqueable para las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador.

4.- El artículo 32 N°50 del Reglamento Interno, en el que *se prohíbe estrictamente sacar, grabar imágenes, sonidos, archivos y otros del lugar de trabajo o permitir a terceros efectuar tal registro de información, sean periodistas o simples terceros*, en lo que dice relación con la prohibición de grabar imágenes, sonidos, archivos y otros del lugar de trabajo, deberá aplicarse el principio de la proporcionalidad, lo que supondrá, en cada caso concreto, analizar si la medida del empleador supera cada uno de los sub principios derivados de tal principio, esto es, de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

En lo que dice relación con la prohibición que les afecta a los trabajadores en orden a *permitir a terceros efectuar tal registro de información, sean periodistas o simples terceros*, la norma no resulta ajustada a derecho, al perseguir una finalidad cercana a lo policial, del todo ajena a las obligaciones que naturalmente emanan para todo trabajador del contrato de trabajo.

5.- El artículo 31 N°15 del Reglamento Interno, que exige *mantener en estricta reserva, aún después de terminado el contrato de trabajo, los antecedentes relativos a los negocios y a las actividades del empleador, quedando prohibido dar a conocer a terceros cualquier antecedente o información de que tome conocimiento en forma indirecta o directa, provengan estos de la empresa o de sus clientes o proveedores*, no se ajusta a derecho, por cuanto la potestad del empleador para normar reglas de orden a regir en la vida laboral de sus trabajadores en la empresa aparece extralimitada, al pretender obligar a éstos más allá de la vigencia del vínculo contractual laboral, esto es, excediendo del límite temporal posible, tal como, para casos análogos ha resuelto este servicio en base a la doctrina vigente, contenida, entre otros, en dictamen N°5.620/300, de 22.09.1997.

6.- El artículo 31 N°7 del Reglamento Interno, por el cual se ordena *guardar la más completa y estricta lealtad con la empresa, en todos aspectos con la prestación de sus servicios*, no se encuentra ajustado a derecho, por cuanto pone en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores al generar naturalmente un efecto inhibitorio en la conducta del trabajador, comprensiva de aquellas necesarias para la vigencia de tales derechos, correspondiendo eliminar dicha cláusula o, en su defecto, reformularla, de modo tal que se salven las aprensiones recién indicadas.

7.- El artículo 32 N°15 del Reglamento Interno, por el cual se prohíbe *realizar dentro de la empresa actividades políticas, societarias, distribuir y colocar propaganda política o de cualquier otra especie; formar grupos para realizar estas actividades en los recintos de la empresa* se encuentra ajustado a derecho, tratándose de una medida que, en su descripción normativa parece razonable y proporcionada, sin perjuicio de lo cual se previene que, en modo alguno, podrá el empleador servirse de esta cláusula para, en la práctica, limitar el ejercicio de la libertad sindical, toda vez que este último derecho pretenda desarrollarse, sea fuera de las horas de trabajo o dentro de éstas con autorización del empleador, en consonancia con la norma contenida en el artículo 1.2 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Tampoco podrá en la práctica esta norma reglamentaria afectar desproporcionadamente el ejercicio de la libertad de expresión, sirviendo para la resolución de los eventuales conflictos que se susciten al respecto el juicio de proporcionalidad.

8.- El artículo 28 inciso 3° del Reglamento Interno por el cual se dispone que *la empresa podrá cerciorarse en cualquier momento, de la existencia de la enfermedad y*

tendrá derecho a que un facultativo que ella designe, examine al trabajador enfermo, antes transcrita, no se ajusta a derecho, por cuanto el empleador ha excedido los límites que le impone la normativa vigente contenida en el artículo 51 del Decreto N°3, de 1984 que Reglamenta la autorización de licencias médicas por las Compin y las Instituciones de Salud Previsional.

9.-El artículo 31 N°19 del Reglamento Interno, en que se ordena a los trabajadores *no caer en insolvencia financiera, o sufrir protestos de documentos mercantiles, como cheques, letras, pagarés, etc.,* no se ajusta a derecho, al exceder con creces los límites que impone la norma contenida en el artículo 2º inciso 7º del Código del Trabajo.

10.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en el artículo 34 letra c del Reglamento Interno, no corresponde su resolución a este Servicio, por cuanto dicha cláusula se encuentra contenida en el Reglamento de Higiene y Seguridad, correspondiendo su conocimiento entregado a la correspondiente Seremi de Salud.

11.- El artículo 31 N°10, en el que se contempla, dentro de las obligaciones del trabajador, *"mostrar voluntariamente y cuando le sea requerido, el contenido de cualquier bolso y/o paquete, que saque de alguna dependencia o instalación de la Empresa,* no se ajusta a derecho, al oponerse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, según el cual: *"Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador."*

ANT.: 1.- Correo electrónico de 01.07.2009, del Sr. Jefe del Departamento Jurídico.

2.- Pase N°952, de 01.07.2009, de la Sra. Directora del Trabajo.

3.- ORD. N°204, de 20.02.2009, del Sr. Inspector Provincial del Trabajo de Arica.

4.- Respuesta al traslado por parte de don Gabriel González, Gerente de Ventas de Supermercado Líder Arica Ltda., de fecha 11.11.2008.

5.- ORD. N°1.374, de 04.11.2008 del Sr. Inspector Provincial del Trabajo de Arica.

6.- Presentación de fecha 22.10.2008, del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Supermercado Líder Arica.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 2º, 5º, 153 y 154.

Constitución Política, artículo 19 N°12.

CONCORDANCIAS: Ord. N°2060/176, de 22.05.2000, Ord. N°2856/162, de 30.08.2002 y Ord. N°2210/035, de 05.06.2009;

SANTIAGO, 28.08.2009

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES.

HERVAL CORREA BUTRÓN (Presidente)

HERNÁN TAPIA VALDIVIA (Tesorero)

GIOVANNA FRITIS ULLOA (Secretaria)

SINDICATO DE TRABAJADORES

SUPERMERCADO LÍDER ARICA

SR.

GABRIEL GONZÁLEZ

GERENTE DE VENTAS

EN REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA

SUPERMERCADO LÍDER ARICA LTDA.

Que, mediante la presentación referida en el ANT. 6) se han impugnado por el Sindicato de Trabajadores de la empresa Supermercado Líder Arica, artículos del Reglamento Interno de la empresa Hipermercado Arica Ltda. A su vez, mediante la respuesta del empleador al traslado conferido de la presentación del Sindicato, ha dado aquél su parecer respecto de ésta.

Que, las cláusulas impugnadas y los fundamentos esgrimidos, son los siguientes:

1.- Artículo 32 N°51 del Reglamento Interno:

Se da cuenta que esta cláusula introducida en mayo de 2007 y notificada a uno de los directores sindicales recién el 01.06.2008, dispone:

"Se prohíbe a los trabajadores dar entrevistas a medios de comunicación sobre pormenores de la Empresa sin la autorización del Gerente."

Se sostiene la ilegalidad de esta norma, por cuanto condiciona la libertad de expresión de los trabajadores a la necesidad de contar con el acuerdo de la propia empresa, controvirtiendo lo dispuesto en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política que consagra la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. Se agrega que, a partir de la norma en comento, los trabajadores no podrían dar a conocer los resultados de las fiscalizaciones solicitadas a lo largo el país ni un director sindical podría dar a conocer una noticia que dijera relación con el sindicato, al tiempo que se advierte que la expresión "*medios de comunicación*" es comprensiva de herramientas como páginas webs, blogs e incluso mails, instrumentos que son constantemente utilizados por uno de los directores sindicales que hace la presentación.

2.- Artículo 32 N°27 del Reglamento Interno:

Se da cuenta que esta norma establece razonablemente la prohibición de "*colocar o difundir cualquier tipo de información que atente contra la ética y buenas costumbres de los trabajadores de la empresa o en contra de ella*". Sin embargo, acto seguido establece que "*todo comunicado debe ser autorizado por el superior directo y debe ajustarse a la política comunicacional de la empresa*", lo cual constituye, se sostiene en la presentación del Sindicato, otra infracción a la garantía constitucional de informar a sus compañeros de trabajo, sin censura previa, sobre aspectos que se estimen de relevancia sindical.

3.- Artículo 32 N°50 del Reglamento Interno dispone:

"Se prohíbe estrictamente sacar, grabar imágenes, sonidos, archivos y otros del lugar de trabajo, o permitir a terceros efectuar tal registro de información, sean periodistas o simples terceros." Se sostiene que con esta cláusula se pretende mantener en la ignorancia e impunidad cualquier ilegalidad cometida al interior de la empresa, al tiempo que constituye un atentado en contra de la libertad de prensa y la posibilidad de

los trabajadores de recurrir a ella para concitar la atención de la opinión pública y de las autoridades ante los atropellos de que sean objetos.

4.- Artículo 31 N°15 del Reglamento Interno, dispone:

"Mantener en estricta reserva, aún después de terminado el contrato de trabajo, los antecedentes relativos a los negocios y a las actividades del empleador, quedando prohibido dar a conocer a terceros cualquier antecedente o información de que tome conocimiento en forma indirecta o directa, provengan estos de la empresa o de sus clientes o proveedores."

Se funda la ilegalidad de esta disposición tanto porque no establece plazo de duración alguno durante el cual el trabajador esté obligado a guardar silencio, siendo irrazonable mantenerlo permanentemente en el tiempo, así como porque esta obligación es tan amplia que bastaría que se diera a conocer cualquier información relativa a los negocios y actividades de la empresa para que se configurara el referido incumplimiento, ni siquiera a la Inspección del trabajo ni ante otras autoridades que se mencionan.

5.- Artículo 31 N°7 del Reglamento Interno, dispone:

"Guardar la más completa y estricta lealtad con la empresa, en todos aspectos con la prestación de sus servicios." Se sostiene que esta norma se podría prestar para todo tipo de arbitrariedades, puesto que podría ocurrir que la empresa despidiera a todo trabajador y director sindical que no solicitara acuerdo previo del Gerente para efectos de denunciar alguna irregularidad a través de cualquier medio de comunicación. Se estima que si lo pretendido es que los trabajadores desarrollen sus labores de buena fe, la norma está demás, puesto que tal obligación es parte del contenido ético jurídico de todo contrato de trabajo

6.- Artículo 32 N°15 del Reglamento Interno, dispone:

"Realizar dentro de la empresa actividades políticas, societarias, distribuir y colocar propaganda política o de cualquier otra especie; formar grupos para realizar estas actividades en los recintos de la empresa."

Al respecto se justifica la impugnación en que, si bien la empresa no es un escenario natural para el desarrollo de actividades políticas, la norma merma el derecho a la libertad sindical al proscribir las actividades societarias y formar grupos para realizar

las mismas.

7.- Artículo 28 inciso 3° del Reglamento Interno, dispone:

"La empresa podrá cerciorarse en cualquier momento de la existencia de la enfermedad y tendrá derecho a que un facultativo que ella designe, examine al trabajador enfermo."

Se sostiene que esta norma es ilegal, pues la empresa se arroga la facultad de revisar y eventualmente cuestionar diagnósticos y las licencias médicas, así como el poder de supervigilar, en su propio domicilio, el reposo efectivo de un trabajador, excediendo por completo las facultades que como empleador le asigna la ley y que ésta asigna expresamente a las instituciones de seguridad social. Se añade que bastaría que un trabajador se opusiera a abrir la puerta de su residencia a un facultativo que ella designe para que la empresa pretendiera configurar a su respecto una causal de despido por incumplimiento grave de las obligaciones.

8.- Artículo 31 N°19 del Reglamento Interno dispone:

"No caer en insolvencia financiera, o sufrir protestos de documentos mercantiles, como cheques, letras, pagarés, etc." Se sostiene que esta norma no tiene justificación al alcanzar un ámbito privado.

9.- Artículo 34 letra c) del Reglamento Interno:

Se impugna la denominación de "colaboradores" que utiliza esta norma para referirse a todos y cada uno de los dependientes de la empresa, reivindicando para éstos la denominación legal de trabajadores, tal como está establecida en el artículo 3° del Código del Trabajo, rechazando así la utilización de cualquier otro eufemismo que tenga por objeto privarlos de su identidad histórica y sindical.

Por último, los solicitantes exigen una revisión a las restantes cláusulas a objeto de determinar otras posibles ilegalidades contenidas en su normativa.

Que, al respecto, cumplo con manifestar a Usted lo siguiente:

El inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, prescribe lo siguiente:

«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

podrían afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos».

Tal y como se ha señalado por este Servicio, entre otros, en el Ord. N° 2856/162, de 30.08.2002 (dictamen marco sobre derechos fundamentales) que se acompaña en copia adjunta, el legislador laboral en la norma transcrita «ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como «ciudadanía en la empresa»; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones al interior de la empresa».

«Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador.».

«En esta perspectiva, los derechos fundamentales encuentran en los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad sus parámetros modeladores y conformadores, de forma tal, que los mismos deben necesariamente explicarse, interpretarse y aplicarse a partir de dicho reconocimiento. Los derechos fundamentales constituyen entonces, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad, siendo su categorización de «fundamentales» una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona.».

Las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador para establecer en el Reglamento Interno de Orden a que se encuentra obligado, las obligaciones y prohibiciones y en general las medidas de control a que están sujetos los trabajadores, naturalmente también se encuadran dentro del ámbito de acción del inciso primero del artículo 5º, del Código del Trabajo, ellos, en tanto, son expresiones de las facultades empresariales de control. A mayor abundamiento, así lo reconoce expresamente el inciso final del artículo 154, del referido cuerpo legal.

Si bien la definición de estas medidas de control corresponden a una facultad del empleado en razón del derecho a organizar la actividad productiva al interior de la empresa, expresión en definitiva del denominado *poder de dirección* del empresario, a la vez constituyen una obligación impuesta por la ley en tanto se cumpla a su respecto

con el quórum mínimo de diez trabajadores. De lo anterior, se sigue que dicha obligación tiene el carácter de norma de orden público laboral que apunta a dar protección a los trabajadores. En efecto, con la norma se busca que las referidas obligaciones y medidas de control estén previamente tipificadas, de forma tal que los trabajadores conozcan de antemano el tipo de obligaciones y medidas a que se encuentran obligados en su quehacer normal en la empresa.

En lo referido al método interpretativo que ha de llevarse a cabo para dilucidar la conformidad de las medidas de control empresarial con la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, la doctrina constitucional y esta Dirección han señalado reiteradamente que *«Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado «principio de proporcionalidad», y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad -ponderación- de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado -constricción del derecho fundamental- y el fin deseado -ejercicio del propio derecho-»* (Ord. N° 2856/162, de 30.08.2002).

Dicho principio general se subdivide a su vez en tres sub-principios: *«principio de adecuación», en cuya virtud el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto [...]; «principio de necesidad», que exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y el «principio de proporcionalidad en sentido estricto», por el cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.»* (Ord. N° 2856/162, de 30.08.2002).

Por otra parte, dentro de las facultades que el legislador le reconoce a este Servicio se encuentra el control de legalidad de los Reglamentos Internos de Orden, con los límites a que refiere el artículo 153 del Código del Trabajo, especialmente en lo que dice relación con las prohibiciones y obligaciones que en él se contemplan.

En este sentido entonces, antes de referirnos en detalle a las impugnaciones

reglamentarias, se hace presente que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 153 del Código del Trabajo, el análisis que se hará de las cláusulas del reglamento Interno, supone dar cuenta de su armonía con las normas pertinentes del ordenamiento jurídico laboral, dejándose expresa referencia que norma alguna de las contenidas en tal reglamento puede tener la virtud de modificar una cláusula convenida, sea en un contrato individual o colectivo de trabajo.

Cabe, ahora, referirse a cada una de las impugnaciones.

1.- Respecto de la primera impugnación, esto es, el reproche que se hace a la **cláusula 32 N°51 del Reglamento Interno**, según la cual se *prohíbe a los trabajadores dar entrevistas a medios de comunicación sobre pormenores de la Empresa sin la autorización del Gerente*, cabe traer a análisis la norma fundamental en la que se funda el cuestionamiento, a saber, el artículo 19 N°12, inciso 1° de la Constitución, que reza:

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

"12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado."

Que, este derecho fundamental se encuentra asimismo reconocido por diversos tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y actualmente vigentes, entre los cuales cabe citar la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José de Costa Rica, plenamente vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental y cuyo artículo 13 dispone:

"Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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 artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente

fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) 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.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías 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 cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional."

Así las cosas, teniendo presente tal normativa, se ha sostenido que *"la libertad de expresión 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 artística, o por cualquier otro procedimiento de la elección del que la ejercita, conllevando este derecho consigo el derecho a permanecer en silencio cuando se requiere a una persona que exprese una idea o una opinión que no comparte."* (Medina Cecilia, "La libertad de expresión", en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos", Serie Publicaciones Especiales N°6, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996, págs.149 y 151).

Que, desde otra perspectiva y dando cuenta de la importancia de este derecho, se ha sostenido que *"es un derecho humano esencial que sirve de herramienta para medir el grado de compromiso democrático de los estado en cuanto a su capacidad de reconocer que no corresponde a las autoridades políticas o religiosas la determinación de la bondad o validez de las ideas u opiniones prevalecientes en una sociedad, sino que es necesario que ellas compitan libremente entre si."* (González Felipe,)

En lo que atañe a este derecho, vinculado al ámbito laboral, se ha sostenido por parte

del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, que:

" El derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales."

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 172.)

Por último, la doctrina dando cuenta de la recepción de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo - tal como da cuenta la norma del inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo antes referida - , ha sostenido que parece un contrasentido que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por la normativa constitucional pudiera ver reducida su aplicación a la exigencia de que el Estado permita la libre difusión de opiniones, pero consintiera las presiones sobre la libertad de pensamiento e ideas, o la prohibición de manifestarlas, ejercida por un empresario en relación con sus asalariados. (Pérez Luño, A., "Los derechos fundamentales", citado por Rojas Rivero Gloria, "La libertad de expresión del trabajador", Editorial Trotta, Valladolid, 1991, pág.49).

Que, de los razonamientos anteriores y normas analizadas, aparece con absoluta claridad que el artículo 32 N°51 del Reglamento Interno no resulta ajustado a derecho, desde el momento que infringe el mandato del constituyente del artículo 19 N°12 inciso 1° de la Constitución, según el cual se reconoce *la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio*. En atención a lo anterior, tal cláusula deberá ser eliminada del texto impugnado.

Que, cualquier temor del empleador, en cuanto a los posibles perjuicios que el ejercicio de tal derecho constitucional pudiera significar para su organización empresarial y específicamente a su derecho de propiedad, se encuentra resguardada por el propio constituyente, al prescribir que dicho ejercicio es *"sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado."*

2.- Respecto de la segunda impugnación, referida al **Artículo 32 N°27 del Reglamento Interno**, en aquella parte en que establece que *"todo comunicado debe ser autorizado por el superior directo y debe ajustarse a la política comunicacional de la empresa"*, cabe, igualmente, concluir que no se ajusta a derecho en base a los mismos antecedentes tenidos en cuenta para el análisis efectuado en el numeral anterior, toda

vez que la decisión del empleador de transformarse en una suerte de censor de las comunicaciones de sus trabajadores, se encuentra terminantemente prohibido por el constituyente, constituyendo así la libertad de expresión de los trabajadores a quienes se aplica el Reglamento impugnado, un límite infranqueable para las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador. Que el empleador, en su respuesta al traslado dado, no logra con sus afirmaciones, desvirtuar los fundamentos de la impugnación. A partir de lo señalado precedentemente, el empleador deberá eliminar esta cláusula.

3.- Respecto de la tercera impugnación, recaída en el **artículo 32 N°50 del Reglamento Interno**, por la que se *prohíbe estrictamente sacar, grabar imágenes, sonidos, archivos y otros del lugar de trabajo, o permitir a terceros efectuar tal registro de información, sean periodistas o simples terceros*, cabe señalar lo siguiente.

En lo que dice relación con la prohibición de grabar imágenes, sonidos, archivos y otros del lugar de trabajo, deberá aplicarse el principio de la proporcionalidad, lo que supondrá, en cada caso concreto, analizar si la medida del empleador supera cada uno de los sub principios derivados del principio de la proporcionalidad ya analizados. Sólo en la medida que se cumplan estos tres requisitos para el caso concreto, la decisión será ajustada en derecho.

Ahora, en lo que dice relación con la prohibición que les afecta a los trabajadores en orden a *permitir a terceros efectuar tal registro de información, sean periodistas o simples terceros*, la norma no resulta ajustada a derecho, al perseguir una finalidad cercana a lo policial, del todo ajena a las obligaciones que naturalmente emanan para todo trabajador del contrato de trabajo, razón por la cual, deberá ser eliminada del Reglamento Interno.

4.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en el **artículo 31 N°15 del Reglamento Interno**, antes transcrita, corresponderá, también, acogerla, por cuanto la potestad del empleador para normar reglas de orden a regir en la vida laboral de sus trabajadores en la empresa, aparece extralimitada, al pretender obligar a sus trabajadores más allá de la vigencia del vínculo contractual laboral, esto es, excediendo del límite temporal posible, tal como, para casos análogos ha resuelto este Servicio en base a la doctrina vigente, contenida, entre otros, en **dictamen N°5.620/300, de 22.09.1997**. En el caso en comento, extinguido el vínculo laboral, las

únicas obligaciones que, sobre la materia tratada en la cláusula impugnada le caben al trabajador, son las impuestas por el ordenamiento jurídico para casos específicos. Sobre este argumento, esencial para resolver la presente impugnación, nada dijo el empleador en su traslado, limitándose a argumentar como si la cláusula fuere de aquellas que rigen durante la vigencia de la relación laboral. En atención a lo señalado, el empleador deberá eliminar esta cláusula.

5.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en el **artículo 31 N°7 del Reglamento Interno**, se acogerá por los siguientes fundamentos. De acuerdo a la Real Academia Española (en su primera acepción de la 22ª Edición), la lealtad supone el "cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien". Se asimila, así, lealtad con fidelidad, siendo de mayor uso doctrinal las expresiones "deber de fidelidad". Pues bien, en la lectura clásica del derecho del Trabajo, previa al desarrollo doctrinal que se viene en denominar "ciudadanía en la empresa", se asumía el deber de fidelidad como *"la obligación del trabajador de no ejecutar acto alguno que pueda redundar en perjuicios de los intereses de la empresa, no precisamente en la ejecución del trabajo, pues esto es motivo de otra obligación, sino en cuanto a la posición económica de la empresa."* (De la Cueva, Mario, *"Derecho Mexicano del Trabajo"*, Editorial Porrúa SA, Tomo I, Sexta Edición, México, 1961, pág. 576). Con todo, esta tesis, emparentada con la teoría institucional o comunitaria de la empresa en derecho comparado, no tuvo unanimidad. Así, en Francia *"ni la doctrina ni la jurisprudencia han llegado a elaborar de forma acabada un deber de fidelidad"*. (Javillier, Jean-Claude, *"Derecho del Trabajo"*, Fundación Cultura Universitaria, 1ª Edición, 2007, Montevideo, Uruguay, pág.506). Así, *"al extender la obligación laboral básica extramuros de lo que impone la prestación laboral y establecer, por lo mismo, una constelación de deberes accesorios de conducta a cargo de los trabajadores, la fidelidad termina por ahogar los derechos de libertad."* (Valdés Dal-Re, Fernando, *"Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador"*, en *"Autoridad y Democracia en la Empresa"*, Editorial Trotta, España, 2002, pág. 28). *"La fidelidad se traduce, pragmáticamente, en la exigencia no de una actitud sino de un comportamiento pasivo; no se piden adhesión y entrega, sino docilidad y conformismo."* La inefectividad de los derechos fundamentales puede lograrse, en fin, por las simples vías de hecho de la inaplicación o del no ejercicio de esos derechos." (V Valdés Dal-Re, Fernando, ob. cit. Pág.28). Teniendo presente,

entonces, a partir de lo señalado, que una norma reglamentaria del tenor de la comentada, pone en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, al generar naturalmente un efecto inhibitorio en la conducta del trabajador comprensiva de aquellas necesarias para la vigencia de tales derechos, corresponde eliminar dicha cláusula o, en su defecto, reformularla de modo tal que se salven las aprensiones recién indicadas.

6.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en el **artículo 32 N°15 del Reglamento Interno**, antes transcrita, se rechazará, por cuanto se trata de una medida que, en su descripción normativa parece razonable y proporcionada. No obstante, se previene que, en modo alguno, podrá el empleador servirse de esta cláusula para, en la práctica, limitar el ejercicio de la libertad sindical, toda vez que este último derecho pretenda desarrollarse, sea fuera de las horas de trabajo o dentro de éstas con autorización del empleador, en consonancia con la norma contenida en el artículo 1.2 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Tampoco podrá en la práctica esta norma reglamentaria, afectar desproporcionadamente el ejercicio de la libertad de expresión -derecho constitucional descrito al responder la impugnación del artículo 32 N°51 del Reglamento Interno- sirviendo para la resolución de los eventuales conflictos que se susciten al respecto el juicio de proporcionalidad descrito al responder la impugnación del artículo 32 N°50 del Reglamento Interno.

7.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en el **artículo 28 inciso 3° del Reglamento Interno**, antes transcrita, se acogerá, por cuanto el empleador ha excedido los límites que le impone la normativa vigente. Así, el artículo 51 del Decreto N°3, de 1984 que Reglamenta la autorización de licencias médicas por las Compín y las Instituciones de Salud Previsional autoriza al empleador para "*disponer visitas domiciliarias al trabajador enfermo*", así como a poner en conocimiento de la Compín o Isapre respectiva cualquier irregularidad que se verifique, pero no a cerciorarse de la existencia de la enfermedad ni menos a ordenar el examen médico del trabajador. Que, la norma del artículo 47 del Reglamento N°969 citada por el empleador no corresponde aplicarla, por encontrarse derogada tácitamente por la norma posterior y especial del artículo 51 del Decreto N°3 de 1984 antes referido. A partir de lo señalado el empleador deberá eliminar la mencionada cláusula, o reemplazarla por la norma reglamentaria aplicable.

8.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en el **artículo**

31 N°19 del Reglamento Interno, antes transcrita, cabrá acogerla, por cuanto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2º inciso 7º del Código del Trabajo: "*Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.*"

El empleador no niega la aplicación específica de la cláusula en comento, de acuerdo a directrices similares a las contenidas en la norma recién transcrita, pero la redacción final de la norma se aleja de su intención.

A partir de lo anterior, la cláusula deberá ser modificada, ajustándola al contenido de la norma legal recién transcrita.

9.- En lo que dice relación con la impugnación de la cláusula contenida en **el artículo 34 letra c del Reglamento Interno** antes transcrito, se rechazará por razones estrictamente formales, por cuanto dicha cláusula se encuentra contenida en el Reglamento de Higiene y Seguridad, siendo su conocimiento entregado a la correspondiente Seremi de Salud.

Que, a las anteriores cláusulas cabrá agregar, a partir de la revisión de oficio que se ha efectuado, lo siguiente:

10.- En lo que dice relación con la cláusula contenida en el **artículo 31 N°10** (que dispone, dentro de las obligaciones del trabajador, "*mostrar voluntariamente y cuando le sea requerido, el contenido de cualquier bolso y/o paquete, que saque de alguna dependencia o instalación de la Empresa.*") ella resulta ilegal al oponerse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, según el cual: "*Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación*

deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador." Lo anterior debe ser complementado con la doctrina de este Servicio, según la cual, "los sistemas de control o revisión sólo pueden tener un carácter preventivo y no investigador o prepolicial, como sería, por ejemplo si se aplicara frente a determinadas personas o situaciones sospechosas, o ante casos que fueran de elección del empleador a su arbitrio." (dictamen N°2.060/176, de 22.05.2000).

Por lo señalado, la cláusula en comento deberá ser eliminada o reemplazada en el Reglamento Interno impugnado, por una cuyo texto sea compatible con la norma legal y doctrina institucional transcrita.

En consecuencia, en base a las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas, el empleador deberá adoptar las medidas conducentes a eliminar o corregir las normas observadas, dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la fecha de notificación del presente oficio, bajo apercibimiento de sanción administrativa, en caso de incumplimiento dentro del plazo referido. Además de ello, deberá cumplirse con la formalidad de publicidad establecida en el artículo 156 del Código del Trabajo.

2.- ORD.: N° 2210/035/

MAT.: 1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, y la doctrina vigente de este Servicio, contenida en el dictamen 2328/130, de 19.07.2002, los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente;

2) Los derechos fundamentales del trabajador y trabajadora habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de

propiedad, garantías constitucionales que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.

3) Para conciliar las conclusiones anteriores, existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora, tendrá que cumplir con el "principio de la adecuación", que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de manera tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

ANT.: 1.- Seminario "El Derecho a no discriminación por razón de género durante la vigencia de la relación laboral", de 10.12.2008.

2.- Correo electrónico de 14.07.2008 del Sr. Jefe del Departamento Jurídico;

3.- Instrucciones impartidas por la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de fechas 17.07.2008, 21.08.2008, 24.09.2008, 29.10.2008 y 03.12.2008.

FUENTES: Constitución Política de la República, artículos 1º, inciso primero; 19, números 2, 5 y 16; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio sobre igualdad de remuneraciones, de 1951 (núm.100) de la OIT, Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, (núm. 111), de la OIT, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981 (núm.156) y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998; y Código del Trabajo, artículos 2º, 5º, inciso primero, 153 y artículo 154, inciso final; Ley N°19.628, artículos 2º f), g) y 10º; Ley N°20.005

CONCORDANCIAS: Ord. N°260/19, de 24.01.2002; Ord. N°2.328/130, de 19.07.2002; Ord. N°3.276/173, de 16.10.2002 y Ord. N°2.875/72, de 22.07.2003, entre otros.

SANTIAGO, 05.06.09

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES(AS).

DIRECTORES(AS) REGIONALES DEL TRABAJO

Que, en atención a la máxima importancia que la vigencia de los derechos fundamentales en el trabajo supone, tal como dan cuenta la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos por el Estado de Chile, así como el reconocimiento de la plena vigencia de los mismos de cara al contrato de trabajo, por la doctrina de este Servicio –en especial desde 1992 en adelante-, así como por la modificación introducida en lo sustancial por la Ley 19.759 de 2001 y, más recientemente, por la reforma dispuesta por la Ley N°20.087 a los mecanismos

procesales pertinentes para darle eficacia a los derechos fundamentales que las normas sustantivas reconocen, hacen necesario establecer un dictamen marco en materia de derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, que, recogiendo la nutrida jurisprudencia administrativa, la doctrina y la más reciente normativa legal sobre la materia, sirva de apoyo a los funcionarios de este Servicio que, en cumplimiento de sus funciones, hayan de conocer denuncias administrativas por vulneración de derechos fundamentales, investigarlas, mediar y, eventualmente, denunciarlas judicialmente, en el entendido que ello habrá de uniformar la actuación del Servicio en tales materias, contribuyendo con esto, a la necesaria certeza que sobre las mismas se debe otorgar a la comunidad.

A efectos del presente dictamen, se revisará el concepto de derechos fundamentales, así como la forma en que éstos penetran al contrato de trabajo, limitando bajo ciertas condiciones las facultades del empleador, para, luego, revisar aquellos derechos fundamentales que parecen, por la experiencia y su propia naturaleza, más sensibles a su lesión en el desarrollo de la relación laboral; y, por último, se examinará qué sucede frente a la colisión entre las facultades del empleador –expresión de sus propias garantías constitucionales- y los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras.

I.- A falta de una definición de los derechos fundamentales asumida por el ordenamiento jurídico –el que se concentra en su reconocimiento y desarrollo- cabe acudir a la doctrina, que, en palabras del profesor italiano Luigi Ferrajoli, los define como *“todos aquellos **derechos subjetivos** que corresponden **universalmente** a todos los **seres humanos** dotados del **status de personas**, de **ciudadanos** o **personas con capacidad de obrar**; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.*(1)

Los derechos fundamentales, cuya finalidad genérica son favorecer el

desarrollo integral de la persona humana, potenciando todas las posibilidades derivadas de su condición⁽²⁾ *se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluri direccional.*⁽³⁾

II.- En cuanto al modo como los derechos fundamentales penetran en el contrato de trabajo, cabe hacer presente que el desnivel de poder entre las partes de dicho contrato, lo revelan como un escenario particularmente fértil al análisis del ámbito de acción de los derechos fundamentales⁽⁴⁾, toda vez que éstos precisamente nacieron como limitaciones a un poder a todas luces superior –de ahí que al efecto de los derechos fundamentales frente al Estado, se le denomine “efecto vertical”-, revelándose con ello, la importancia del análisis de la vigencia de los derechos fundamentales ante el contrato de trabajo, al constatar que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador extensos espacios para mandar respecto del trabajador. Se trata, como afirma Sergio Gamonal, de un *“ambiente propicio para los abusos de poder de un sujeto sobre otro y, por ende, para la probable lesión de algunos de los derechos fundamentales del sujeto subordinado”*.⁽⁵⁾

Pero, como sostiene Antonio Baylos, las reivindicaciones ciudadanas de los trabajadores se plantearon, primeramente, como una recuperación de los aspectos económicos y sociales (búsqueda de la igualdad material), que sólo podía realizarse a través de lo colectivo, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores.⁽⁶⁾ El derecho a la sindicación, a la negociación colectiva y a la huelga, entre otros derechos constitucionales específicamente laborales, darán cuenta de tal búsqueda.

A la preocupación tradicional del derecho del trabajo, por los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho a la negociación colectiva, huelga y todos aquellos que, en palabras de M.C. Palomeque López, no es posible ejercer

extramuros de las relaciones laborales(7) y por los derechos laborales propiamente tales (ingreso mínimo, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato de trabajo y descanso, entre otras) se ha sumado, a partir de la asimilación de la denominada “ciudadanía en la empresa” los derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), que, como sostiene José Luis Ugarte C., *“atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al derecho del trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.”*(8)

En el ordenamiento jurídico nacional y, como ya se sostuviera en un dictamen anterior(9), *es posible afirmar que existe un claro reconocimiento de la idea de “ciudadanía en la empresa”, al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N°1 de la Constitución); derecho de igualdad y de no discriminación (19 N°s. 2 y 16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N°6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N°4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N°5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 N°12), derecho de reunión (artículo 19 N°13), libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N°21), etc.; así como también, otras garantías que están consagradas y reconocidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al Derecho interno por esa vía (artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política).*

Se tratan, estos últimos, de derechos constitucionales de carácter general que, por lo mismo, pueden ser ejercitados por los sujetos de una relación laboral, adquiriendo un contenido laboral sobrevenido y generando una *“impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y*

en el ámbito de un contrato de trabajo.”(10)

La creciente relevancia, en el marco del contrato de trabajo, de los derechos fundamentales de la persona, supone, como afirma Rodríguez Piñeiro, una nueva valoración de la estructura y contenido del contrato de trabajo a la luz de los derechos constitucionales y un condicionamiento a la posición de sujeción del trabajador en el seno de la relación contractual.(11)

Una explicación de esta preocupación se encuentra, de acuerdo a Antoine Jeammaud, en la reacción del ordenamiento jurídico a nuevos datos contextuales que entorpecen el estado de sujeción laboral, relacionados con la utilización de tecnología y con nuevas formas de gestión empresarial, como la definición de “valores y cultura de la empresa” (a los que el trabajador debe ajustarse), el escrutinio cada vez más riguroso de las condiciones personales del trabajador al momento del ingreso y, agrega Adrián Goldín, durante su desempeño (no sólo de aptitudes y nivel de formación, también aspectos de su personalidad y de su vida privada), el desarrollo de las tecnologías para diversas formas de control ejercidas sobre el personal y el de las comunicaciones electrónicas y las posibilidades de injerencia en su privacidad(12), entre otras.

A su vez, y referido ahora a las normas legales, y a diferencia de lo que sucede en legislaciones comparadas (13), aparece inequívocamente que los derechos fundamentales emergen ante el contrato de trabajo como límites a las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador. Baste para esto, citar al efecto, el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, que dispone:

“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.”

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral. Allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes – procesos de selección de personal–, en su desarrollo y en su conclusión, tanto en el ámbito estrictamente laboral –límite interno, en cuanto involucra la conformación

esencial del poder empresarial— como fuera de él —límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales— (14). Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales del trabajador limitarán el ejercicio de todas las potestades que al empleador le reconoce el ordenamiento jurídico, a saber, la potestad de mando, la potestad disciplinaria y el poder de variación o *ius variandi*. Lo anterior quiere decir, por más elemental que parezca, que al empleador no le ha de bastar como argumentación frente a un reproche de afectación a un derecho fundamental del trabajador, el que se ha limitado a ejercer su potestad de mando, o el poder disciplinario que la ley lo autoriza o que se ha limitado a los márgenes que le permite el mismo legislador para varias ciertas condiciones del contrato (ej. en el caso del artículo 12 del Código del Trabajo), pues el sólo ejercicio de tal poder nada dice respecto a la posible lesión de uno o más derechos fundamentales.

III.- Cabe ahora, analizar aquellos derechos fundamentales inespecíficos que parecen más sensibles a su lesión en el desarrollo de la relación laboral.

III.a.- El **derecho a la dignidad humana** se reconoce en el artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política de la República al disponer que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, supone que *“el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto.”*(15)

Como afirma Carlos Colautti, *“la dignidad no sólo es un derecho autónomo, sino el presupuesto de todos los demás derechos. Es decir, que todos ellos tienden a la preservación del principio básico de la dignidad.”*(16)

Llevado al ámbito del contrato de trabajo, como afirma Cristina Mangarelli, en éste *“el empleador está obligado a respetar la dignidad del trabajador, a tratarlo con respeto”*, encontrándose obligado a asegurar que el trabajador sea respetado por los jefes o superiores jerárquicos, y también por sus compañeros de trabajo.(17) En este sentido se ha señalado por Américo Plá, que el empleador debe *asegurar la moralidad del ambiente*; no sólo es responsable de sus actos y de los actos

de sus representantes, sino también de los que realicen otros trabajadores *en la medida que no son cortados o sancionados por el empleador*".(18)

Consecuente con ello, el artículo 2° inciso 2° parte primera del Código del Trabajo, dispone: "*Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona.*"

A su turno, el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo vuelve a colocar a la dignidad en el centro de atención, al disponer respecto de las obligaciones y prohibiciones de que da cuenta el Reglamento Interno de la empresa, y, en general, respecto de toda medida de control, que "*sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.*"

La doctrina de este Servicio ha sostenido, desde antes de su reconocimiento expreso por el Código del Trabajo por la norma recién transcrita, que las medidas de control y de revisión implementadas por el empleador deben integrarse en sistemas que sean compatibles con el respeto a la **dignidad de los trabajadores**(19), precisando, en casos concretos, que un sistema de revisión y control a la salida de operarios consistente en el accionar de una palanca sorteadora que determinaba a qué obrero debía registrar el portero, resultaba atentatorio contra la **dignidad del trabajador**, siendo inaceptable dicho sistema(20); asimismo, se ha sostenido que "la instalación de dispositivos de control audiovisual, como una forma de control o vigilancia permanente y continuada, provoca en el trabajador, inexorablemente, un estado de tensión o presión incompatible con la **dignidad humana**"(21). También se ha determinado que la revisión de especies a los trabajadores atenta contra su **dignidad** y honra.

Por su parte, mediante **dictamen N°2449, de 04.11.1982** se estableció que la revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores atenta contra su **dignidad** y honra, con la particularidad que, tal como repara Sergio Gamonal(22), por primera vez se citó una norma de orden constitucional (art. 19 N°4) para respaldar tal conclusión.(23)

Más recientemente, frente al tema de la utilización de mecanismos de control audiovisual, se dictaminó, para un caso concreto, que no resultaba lícita su utilización con la única finalidad de vigilar y fiscalizar la actividad del trabajador, pues tal forma de control ilimitado y continuado han de generar razonablemente en un trabajador, *“un verdadero temor reverencial frente a su empleador, haciendo inexistente toda esfera de libertad y dignidad.”*(24)

III.b.- En cuanto al honor, tradicionalmente, se sostiene que sus dimensiones son dos: primero, aparece el ámbito subjetivo interno (honor), que corresponde a la estimación que el sujeto tiene de sí mismo, esto es, su autoestima(25) comprendiendo el prestigio “profesional” del individuo como forma destacada de “manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad”, en la medida que, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, “el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. De este modo, el honor adquiere un contenido igualitario” (26) y, segundo, aparece el ámbito objetivo externo (honra), que dice relación con la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado, también llamada heteroestima. (27)

Así, se redefine el honor en dos componentes: uno de carácter estático, señalado por la exclusión de cualquier ataque a la igual dignidad de toda persona y otro dinámico, que se aplica al desarrollo en relación del sujeto, es decir, a su desenvolvimiento en la participación social, dimensión que permite adecuarse a las situaciones concretas en que el sujeto está inmerso para ponderar el bien jurídico honor en el caso.(28)

Respecto del derecho **a la honra del trabajador**, se ha determinado por este Servicio, para un caso concreto, que la utilización por parte de una empresa de dispositivos de detección o de revisión del personal consistente en un arco detector de metales de carácter magnético instalado en la puerta principal de acceso a la empresa, no causa un menoscabo a la dignidad y honra de los trabajadores (29).

En cambio, frente al uso del polígrafo, dando cuenta de lo pluriofensivo de este instrumento, se ha sostenido que *“se pone en juego el derecho al respeto y a la*

protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador.”(30)

Con relación a otro caso, vinculado a este derecho constitucional, se ha sostenido, con relación a la aplicación del artículo 25 del D.S. N°594 de 1999, que *“no contar con servicios higiénicos en su área de trabajo, menoscaba la dignidad de la persona del trabajador, su intimidad, vida privada y honra amparados por el artículo 19 N°4 de la Constitución Política del Estado, e incluso una situación como la descrita, eventualmente daña la salud física y síquica del dependiente.”(31)*

Por último, se ha sostenido que *“la medida de control de aplicar un test de alcoholemia al ingreso de los trabajadores, sin estar establecida en el Reglamento de Higiene y Seguridad de la empresa, sin señalarse el mecanismo de selección y sus características, importan una medida de hecho, que queda entregada al arbitrio y discrecionalidad del empleador, sin que existan garantías de resguardo para la dignidad y honra que la Constitución asegura a todas las personas.”(32)*

III.c.- Respecto del derecho constitucional al respeto y **protección de la vida privada del trabajador**, consagrada también en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, cabe señalar lo siguiente. La vida privada, objeto de protección por este derecho, ha sido definida como *“el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo.”(33)*

Congruente con la protección que el constituyente brinda a la vida privada, la Ley N°19.628 (“Sobre protección de la vida privada”, D.O. 28.08.1999) ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4° inc.1°), entendiéndose por datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (art. 2°f). Asimismo, se sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento

los datos sensibles (según el art. 2º g, lo constituyen aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.) salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. (art. 10º)

Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara este derecho, además de la referencia que se hace en el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, al disponer que el empleador *“deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”* (artículo 154 bis del mismo cuerpo legal) y, al consignar que la empresa usuaria *“deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”* (artículo 183 Y del mismo código).

Se ha sostenido en doctrina que, *“el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley) intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del “principio de proporcionalidad” o “necesario equilibrio” entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional.(...) En particular, la instalación y empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte “justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada.”*(34)

Asimismo, la jurisprudencia administrativa también ha sostenido, refiriéndose a una cláusula contractual que exige del trabajador, una *“conducta personal intachable”*, que *“tales comportamientos sólo podrían pactarse a condición que los mismos importen un comportamiento estrictamente laboral, en consideración a*

*la naturaleza de los servicios contratados. En efecto, tales exigencias conductuales de los trabajadores pueden incorporarse al estatuto jurídico individual como conductas de carácter laboral, al estar vinculadas directamente con el desempeño del servicio contratado, no siendo jurídicamente procedente, en consecuencia, establecer como obligación contractual otras conductas personales, ámbito que el contrato de trabajo no puede entrar a regular sin arriesgar infringir la protección de la **vida privada** garantizada constitucionalmente.”(35)*

También, respecto de la aplicación de el referido derecho fundamental en la empresa, se ha dictaminado que *“las medidas de revisión y control de los trabajadores, de sus efectos privados o de sus casilleros importan un límite a la **privacidad** de las personas, que amerita, entre otras condiciones, que se incorpore en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad”*(36).

En una opinión que abarca también al derecho que se analizará a continuación, Luis Lizama ha sostenido que *“la tensión entre la potestad de mando y el derecho de la intimidad se complejiza por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (NTIC) que comprenden, entre otros, los ordenadores, teléfonos móviles o el uso del correo electrónico y de la internet”*.(37)

III.d.- En cuanto a **la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada** que consagra el artículo 19 N°5 de la Constitución, se ha sostenido que la inviolabilidad se refiere a la cualidad que tienen los bienes protegidos en el sentido que no pueden ser observados, revisados, registrados, visitados, transmitidos, difundidos, ni traspasados, para ningún efecto, sin el consentimiento previo del afectado, según afirma José Luis Cea E.(142) Al referirla el constituyente tal inviolabilidad a toda forma de comunicación privada, quiere significar con ello “a toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos”, incluyendo los documentos, toda vez que el vocablo “comunicaciones” es genérico.(38) Incluye José Luis Cea E. dentro de las múltiples formas de comunicación posibles, la epistolar, telefónica, audiovisual y dentro de los “medios de comunicación”, el télex, el fax, el correo electrónico, la video conferencia, etc., advirtiendo que esas y otras especies de

comunicación están amparadas por la norma constitucional en referencia, siempre que no estén abiertas al público.(39)

Aplicada al ámbito laboral, la jurisprudencia de este Servicio, con relación a **la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada**, ha sostenido que, *“de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”*(40) Conciliando la vigencia de tal derecho fundamental, con las facultades empresariales, se ha dispuesto que será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento **con el fin específico** de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta -como se ha dicho- que *“el delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva”* (artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el **uso del correo electrónico**, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.”(41) Así las cosas, se ha señalado, por último, que *“podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá -en el instante- su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional.”*(42)

III.e.- Respecto al derecho constitucional a no ser discriminado arbitrariamente(43), **se ha sostenido por la doctrina que la noción de discriminación no puede explicarse debidamente de manera aislada, sino que debe hacerse a través del concepto estrechamente vinculado, de igualdad.**(44)

“Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de *igualdad*. El artículo 1º de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*; y el artículo 19 Nº2 que: *“La constitución asegura a todas las personas: Nº2 La igualdad ante la ley”*.

La noción de igualdad en nuestro sistema jurídico, particularmente en la Constitución, discurre sobre dos ejes. El primero, dice relación con la **igualdad en la ley** (igualdad de derechos), esto es, sobre la idea de que todas las personas son iguales (*“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, artículo 1º, inciso primero) y, por tanto, todo privilegio o exención no será tolerado (*“En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”*, artículo 19, Nº2, inciso segundo); y, el segundo se refiere a la **igualdad ante la ley** (igualdad de trato), es decir, estableciendo la prohibición dirigida a los poderes públicos –al legislador en la elaboración de la ley y al juez en su aplicación– de establecer una desigualdad de trato normativo no razonable u objetiva (*“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*, artículo 19, Nº2, inciso tercero).(45)

En cuanto a este segundo eje, la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato razonables. Todas las personas, en circunstancias similares, están afectas a los mismos derechos o prohibiciones, en definitiva, a un mismo estatuto jurídico.(46)

Pero dicha definición, siguiendo a Chaim Perelman, ni dice cuando dos seres forman parte de la misma categoría esencial ni dice cómo es necesario tratarlos, sabiendo sí que es preciso tratarlos de una manera igual y que este tratamiento igual se reserva solamente a los seres que forman parte de una misma categoría esencial.(47)

Como sostiene Eduardo Caamaño, la discriminación es un concepto valórico determinado, que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad. Así, la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado

como injustificado o arbitrario.(48)

Cabe hacer presente que ha de ponerse el acento en el efecto o resultado discriminatorio, mas no en la intención, al adoptarse un concepto objetivo de discriminación(49) y con el objeto de evaluar dicho resultado, resulta esencial efectuar un examen de comparación, para luego analizar las causas de la discriminación.(50)

De esta forma, la determinación del contenido del principio de igualdad no pasará sólo por su descripción formal, sino que requerirá la consideración de cuáles serán aquellos criterios en razón de los cuales se construirán las categorías esenciales acerca de los iguales y los distintos(51) y *“si no hay ninguna razón para la permisión de un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual”*, sosteniéndose que *“la máxima general de la igualdad establece la carga de la argumentación para los tratos desiguales”*.(52) El principio de igualdad ha de entenderse contenedor de un contenido múltiple, al comprender tres aspectos normativos: la exigencia de igualdad o de igual tratamiento a quienes están en una misma situación o categoría; la permisión de la desigualdad, vale decir, de no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, y, finalmente, la prohibición de la discriminación, lo que supone la prohibición de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de igualdad.(53)

Así, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles.(54)

Según ya se ha señalado anteriormente, el principio de igualdad ante la ley es recepcionado, con individualidad propia en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a lo *no discriminación*. En efecto, el artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*.(55)

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico (constitucional y legal) también reconoce, de forma autónoma y con substantividad propia pero evidentemente imbricada al mandato general de igualdad la noción de prohibición de discriminación,

no siendo esta última una mera especificación de aquel sino una valoración singular de la necesidad de una protección especial y reforzada de ciertas situaciones de desigualdad consideradas particularmente nocivas.(56)

Desde luego, y tal como cabe referirlo de los demás derechos fundamentales, ya no se trata de un mandato general de igualdad dirigido sólo a los poderes públicos sino que también a los particulares, y concretamente en el ámbito de la empresa. Justamente es en éste donde ha logrado un mayor desarrollo la noción de discriminación.(57)

La discriminación adquiere vida propia en tanto deja ser entendida como un simple problema de desigualdad. La configuración de determinados tipos discriminatorios suponen una valoración jurídico-filosófica de determinadas situaciones que atentan contra la propia dignidad humana (al descalificarlo perjudicialmente por razones meramente personales e irrelevantes al momento de evaluar la capacidad o idoneidad del trabajador(58)); una reacción a ciertos fenómenos sociales preexistentes y muy arraigados de marginación y exclusión social, sea de individuos o de grupos en función de sus características singulares. Las situaciones de discriminación obedecen no ya a situaciones meramente irrazonables o arbitrarias sino que, por sobre todo, odiosas e indignas; que suponen la identificación del afectado ya no como diferente, sino como inferior y sometido. En definitiva, las situaciones de discriminación recogidas por la legislación interna y la internacional, denotan una clara e inequívoca toma de postura del orden social contra determinados y específicos tratos desiguales entre seres humanos.(59)

El discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo social excluido. De esta manera, la norma antidiscriminatoria ejerce una función promocional, en tanto busca no sólo reprimir ciertas conductas, sino que también fomentar la integración de ciertos colectivos marginados.(60)

El concepto de no discriminación exige la paridad o identidad de trato, es decir, equivalencia entre el tratamiento dispensado y la norma estándar, admitiendo sólo derogaciones o excepciones expresas con fundamento constitucional. (61)

Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con

ciertos requisitos como la idoneidad y proporcionalidad.(62)

Por otra parte, las desigualdades de trato que inciden en la violación del mandato general de igualdad, en tanto son calificadas de arbitrarias, han de buscarse caso a caso en la confrontación de aquellas con la situación de otro u otros sujetos en un momento determinado; en cambio, el juicio de discriminación trasciende el momento concreto para convertirse en una situación sistemática de desigualdad de trato ya dada. (63)

La formulación de determinadas y específicas conductas discriminatorias se estructuran en base al sujeto o grupo que sufre la diferenciación y no ya desde la óptica del que la ejerce y por tanto sujeto a una eventual justificación en base a la no arbitrariedad o razonabilidad de la medida, es decir, en la no discriminación el grado de discrecionalidad es sustancialmente menor en tanto hay una valoración preliminar de ilicitud en ciertas conductas.(64)

En este sentido, las únicas diferencias de trato basadas en alguna de las motivaciones calificadas como discriminatorias que permite el ordenamiento jurídico — concretizadas en la normativa laboral— son aquellas expresamente señaladas por la Constitución o la Ley, a saber: la “nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (artículo 19, Nº 16, inciso tercero, de la Constitución Política).(65)

Si la distinción de trato efectuada se ha hecho a base de un criterio que carece de fundamentación objetiva y razonable, habrá que concluir que se trata de un acto discriminatorio; en cambio, si la distinción se apoya en un criterio cuyo fundamento es objetivo y razonable, entonces la distinción será una simple desigualdad, plenamente compatible con el principio de igualdad.(66)

La discriminación laboral indirecta:

Como se ha señalado anteriormente, lo importante en el acto discriminatorio es el resultado, en cuanto conforma, cuando estamos en presencia de algunos de los motivos vedados, una situación objetiva de discriminación. La mirada se pone no en si las diferencias son arbitrarias (sujeto activo) sino en las consecuencias del acto (sujeto pasivo).(67)

De ahí, que la virtualidad protectora del derecho a la no discriminación comprenda la noción de **discriminación indirecta**, que sobrepasa la noción estricta de **discriminación directa** (tratamiento diferenciado y perjudicial en base a una distinción explícita y expresa), extendiéndola a comportamientos formal y aparentemente neutros, no discriminatorios (conductas que utilizan como criterios diferenciadores aquellos permitidos por los ordenamientos jurídicos, en nuestro caso la “capacidad” o “idoneidad personal” para el puesto de trabajo), pero de los que igualmente se derivan diferencias de trato en razón de las situaciones disímiles en las que pueden encontrarse los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo en relación a otro, produciendo un resultado desventajoso para unos y para otros no.(68)

En efecto, la aplicación de un mismo trato diferenciador (*prima facie*) lícito a todos los sujetos por igual, puede redundar en desigualdades, atendidas las características específicas de ciertos grupos; así por ejemplo, el supeditar el dominio de un idioma o un determinado nivel de enseñanza educacional como requisito para acceder a un cargo cuando dicha cualificación no resulte estrictamente necesaria para el mismo, afecta irremediabilmente a los miembros de todos aquellos grupos sociales que están en una condición desmejorada para formarse en un idioma o que pertenezcan a una determinada nacionalidad o que no pudieron terminar sus estudios.(69)

Ahora bien, a diferencia de las discriminaciones directas que utilizan como elementos diferenciadores las causas reguladas como discriminatorias (raza, sexo, etc.) y como tales no susceptibles de un juicio de razonabilidad (proporcionalidad), la discriminación indirecta, utiliza elementos diferenciadores basados en motivos formalmente lícitos (basados en las “idoneidad personal” o “capacidad”), pero que asumirán un carácter discriminatorio en atención a los efectos adversos que produzcan para quienes pertenezcan a un grupo determinado, de aquellos que el ordenamiento jurídico asume en desventaja (por ejemplo, si el grupo perjudicado, indirectamente, fueren los nacionales de un determinado país), caso en el cual, la medida deberá ser estimada como discriminatoria, salvo que aparezca justificada en base al juicio de proporcionalidad.(70)

Motivos discriminatorios: una enumeración no taxativa:

La incorporación en nuestra legislación(71) de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social), no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso.(72)

A dicha configuración ha de llegarse a través de la fórmula constitucional contenida en el inciso tercero, del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política: “*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal*”, que abre, en función de su preeminencia jerárquica en el sistema de fuentes, la cerrada fórmula legal a otro tipo de diferencias de trato en el ámbito laboral no previstas en la norma (73).

La norma constitucional establece cuál ha de ser la única motivación legítima para establecer diferenciaciones de trato en el ámbito laboral, calificando las restantes como discriminatorias, configurando de esta manera un modelo antidiscriminatorio abierto y residual.(74) Así las cosas, la ilegitimidad de los criterios de distinción enumerados por el legislador viene determinada de antemano por éste; en cambio, respecto de aquellos no especificados, su ilegitimidad dependerá de su falta de fundamentación objetiva y razonable.(75)

De no entenderlo así, se debería concluir, por ejemplo, que tratándose de una discriminación por apariencia física, no sería una conducta discriminatoria y por tanto reprochable jurídicamente, cuestión que evidentemente no resiste análisis alguno. A igual conclusión se llegaba respecto de la discriminación por embarazo de la madre trabajadora o por ser el trabajador o trabajadora portador del virus VIH o por discapacidad, antes de las regulaciones que prohibieron expresamente su utilización como motivos de diferenciación.(76)

Asimismo, esta formulación abierta y ligada a la capacidad o idoneidad personal del trabajador permite encuadrar cierto tipo de conductas de control empresarial de común ocurrencia, tales como los test de drogas o alcohol, como discriminatorias, en tanto no se basen estrictamente en dichos elementos –capacidad o idoneidad personal– como condicionantes determinantes, esenciales y directas del control.(77)

Como se ha tenido oportunidad de establecer anteriormente, el legislador laboral ha reseñado un conjunto de motivaciones, que dada su especial aptitud o potencial lesivo a la condición humana, constituyen discriminaciones vedadas, permitiendo excepciones de manera expresa. De ahí, que fuera de los casos contemplados, no resulta lícita –discriminatoria- la diferenciación basada en dichos motivos.(78)

Pues bien, fuera de los motivos expresamente vedados de desigualdad de trato, en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan también discriminatorias, en tanto éstas constituyen la única causal de diferenciación lícita.(79) Lo anterior, por cuanto dicho criterio no habrá dicho relación con la idoneidad ni la capacidad personal.(80)

Por su parte, en el plano infraconstitucional el legislador ha desarrollado con mayor amplitud el derecho a la no discriminación laboral en el artículo 2º, del Código del Trabajo, específicamente en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

“Son contrarios a los principios de la leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”(81)

Frente a la aparente contrariedad entre la disposición constitucional que rechaza toda discriminación en lo laboral, que no se funde en la capacidad o en la idoneidad personal, y la norma del artículo 2° incisos 2° al 4° del Código del Trabajo que establece limitadas sospechas de discriminación, cabe sostener que no hay tal contradicción, toda vez que *“la norma que fija el modelo antidiscriminatorio en el ámbito laboral en Chile es por su posición jerárquica, el artículo 19 N°16 de la Constitución, debiendo entenderse el artículo 2° del Código del Trabajo como una especificación hecha por el legislador al principio constitucional.”(82)* Lo que sucederá, como afirma Rodrigo Bustos, es que, en tanto las categorías a que se refiere esta última disposición son de aquellas que la doctrina denomina “sospechosas”, ello justificará que, cuando se pretenda realizar diferenciaciones por tales supuestos, el juicio de legitimidad ha de ser más estricto.

De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento. Al efecto, cabe hacer referencia a las normas internacionales del trabajo que se refieren al principio de la no discriminación:

El artículo 2.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

A su vez, el artículo 23.2. de la misma Declaración, dispone:

“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

dispone:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dispone:

“Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

El Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1951, sobre igualdad de remuneraciones, dispone, en su artículo 1º:

A los efectos del presente Convenio:

a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este

último;

b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

El Convenio N°111 de la OIT, de 1956, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, dispone

“Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y [ocupación] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

A partir de los Convenios recién transcritos y a lo sostenido precedentemente en cuanto a que el principio de igualdad ante la ley corresponde, además de su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad

sustantivamente justa, cabrá aseverar que no resultaría armónico con el respeto al derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados, si un empleador estableciera diferencias remuneracionales entre trabajadores, sin que la misma se fundare en motivos razonables o plausibles, entre los cuales ciertamente no podría encontrarse ninguna de las categorías sospechosas a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo ni alguna otra que no se funde en la idoneidad o capacidad personal, de acuerdo a lo dispuesto por el constituyente.

A partir de lo aseverado en el párrafo anterior, debe entenderse complementada la doctrina contenida en el N°3) del dictamen N°505/21, de 18.01.1996.

Aplicando dicho principio frente a un aviso de empleo solicitando “experto de prevención de riesgos con experiencia B y C de Sernageomin” (lo que el recurrente considera discriminatorio por excluir profesionales de nivel universitario)”, se concluyó por este Servicio que no cumple con los elementos señalados en el artículo 2° del Código del Trabajo para ser considerado discriminatorio, en cuanto, no contiene ninguna de las condiciones señaladas en el inciso cuarto del citado precepto legal como prohibidas, ni tampoco aparece como manifiestamente discriminatoria, en cuanto dice relación con la legítima, en principio, determinación del empleador del nivel de preparación técnica que exigirá a los trabajadores que contratará laboralmente.(84)

En otro caso, y fundándose en la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminación en materia laboral, se dictaminó que *“es posible señalar que la solicitud de un certificado de antecedentes sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores.”* En base a ello, y para el caso en cuestión, se determinó que *“el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de*

antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora.”(85)

La discriminación por razón de sexo:

Dentro de los factores de discriminación que el legislador reprocha, siguiendo las directrices trazadas por el constituyente, según se ha ya referido, aparece la discriminación por razón de sexo justificándose su especial tratamiento, por constituir, como se afirma por la doctrina nacional, la más frecuente discriminación en nuestro mercado de trabajo.(86)

A pesar de la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo y de los positivos efectos que ésta trae aparejados, subsisten las diferencias de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo como en materia de remuneraciones y condiciones de trabajo.(87) Respecto del positivo aporte de la incorporación de la mujer al mercado laboral, Gloria Mercuri sostiene que el mundo femenino constituye actualmente la mayor fuente de recursos humanos para un mercado de trabajo, siempre con mayores necesidades de calidad e innovación en consideración a su primacía cuantitativa y cualitativa, alcanzada por las mujeres en todos los grados de la instrucción superior, incluso en disciplinas técnicas y en cursos de formación más complejos y específicos.(88)

También presenta como particularidad, el que, a diferencia de lo que ocurre con relación al trato recibido por muchos colectivos discriminados, en relación a la mujer se choca con presunciones históricas sobre su presunta debilidad física o especial sensibilidad, con una valoración marginal respecto del trabajo que puede desarrollar fuera del hogar y con pautas sociales fuertemente arraigadas, vinculadas con la estructuración de la propia sociedad en torno a un determinado modelo de familia interiorizado por las propias víctimas de la discriminación, generando, con ello, un singular grado de inconsciencia acerca de su verdadera situación.(89)

Si nos atenemos a los albores de la Revolución Industrial aparece que a la mujer se le comienza a asignar un rol que no distingue diferencias con el hombre,

explicándose ello –así como la preferencia por el trabajo infantil- por la inferioridad del salario.(90) Luego, en las sociedades más industrializadas, algunas de las primeras leyes laborales reaccionarán frente a tal situación, estableciendo normas especiales (en materia de jornada, entre otras) que supusieron una convicción subyacente: la debilidad o inferioridad de la mujer. Así sucedió con las normas referidas al trabajo nocturno, prohibido, salvo excepcionales casos, para la mujer (reflejo de lo cual lo encontramos en el Convenio N°4 de la OIT), así como los trabajos subterráneos (aquí, uno de sus referentes normativos lo encontramos en el Convenio N°45 de la OIT) y, en nuestro país, entre otras manifestaciones, tendrá correspondencia en la primera ley de descanso dominical (N°1990, de 1907), al establecer (más allá de lo reprochable de la norma general con su limitadísima irrenunciabilidad) que el descanso dominical no será renunciable ni por los menores de dieciséis años ni por las mujeres.

Pero otras normas, y el Convenio N°3 de la OIT de 1919 es buen reflejo de ello, se ocuparán de brindar a la mujer beneficios necesarios a efectos de impedir que la maternidad y amamantamiento, pudieran directamente perjudicarle en el empleo. En nuestro país será reflejo de esto, la Ley de Salas Cunas de 8 de enero de 1917 y las leyes que otorgan descansos y subsidios por maternidad. Por otra parte, se hará presente la crítica al carácter de trabajadora de la mujer por parte de aquellos que no logran asumirla trabajando, en el rol que le corresponde (las labores propias del hogar) (91). Lo anterior es un buen reflejo de la afirmación según la cual (92) a pesar que la discriminación se manifiesta también en el trabajo, sus orígenes se encuentran muchas veces fuera de él, haciendo insuficientes a las medidas antidiscriminatorias de orden laboral que no vayan acompañadas de acciones que pretendan la alteración de pautas sociales de comportamiento.

De lo relatado se sigue, las dificultades de las normas y medidas destinadas a asegurar la vigencia del principio de no discriminación por razón de sexo. Materialización de discriminaciones en contra de la mujer en tal sentido, reprobadas por la jurisprudencia constitucional española, la encontramos cuando dispuso, a principios de los ochenta del siglo anterior, que *“es evidente que la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa”* (93). Dando cuenta de la extensión de esta discriminación, en Italia, mediante la Ley 7, de 9

de enero de 1963, se estableció la prohibición del despido por causa de matrimonio. Se trata de acciones “falsamente protectoras, en las que se realizan acciones que, o bien se fundan en estereotipos sobre los roles sociales para compatibilizar su trabajo extradoméstico con su deber de cuidar a los hijos y preocuparse del hogar familiar, o bien buscan supuestamente proteger a la mujer por ser más débil físicamente. (94) Dentro de ello, se enmarcan, a modo referencial, las normas que han prohibido a la mujer todo trabajo peligroso o insalubre.(95)

En cuanto a las normas que reconocen el derecho a la no discriminación por razón de sexo, además de las que genéricamente prohíben toda discriminación que no se sustente en buenas razones, fundadas en la capacidad o idoneidad personal, cabe referirse a la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra la mujer**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, el 18 de diciembre de 1979.

En sus consideraciones preliminares advierte que a pesar de la preocupación de distintos instrumentos internacionales tendientes a garantizar el principio de no discriminación en contra de la mujer, éstas “siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

En su artículo 1, dispone:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

Trasladando la norma recién transcrita al ámbito que nos ocupa, unido al contenido del artículo 2º del Código del Trabajo, cabrá sostener que estaremos en presencia de una discriminación en contra de la mujer cuando nos enfrentemos a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de la mujer de sus derechos humanos y sus libertades en el empleo o acceso a éste.

Como bien sostiene Eduardo Caamaño, la discriminación laboral – directa- por razones de sexo puede ser, en términos generales, de dos tipos: abierta o encubierta. Se estará frente al primer caso cuando sea el sexo el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable; en cambio, se está frente a un caso de discriminación directa oculta o indirecta, cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado.(199)

Consecuente con la idea que no basta con la mera declaración de derechos, la comentada Convención exige a los Estados –incluido Chile- “*Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas (art. 2.e)*”; Le exige, al mismo tiempo, a los Estados Partes, adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

- a) *El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;*
- b) *El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;*
- c) *El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;*
- d) *El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;*
- e) *El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el*

derecho a vacaciones pagadas;

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”

Al anterior instrumento internacional hay que añadir la **Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo de 1998**, según la cual todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios pertinentes, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a tal organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad a la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, entre los que se cuenta *“la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”*. Pues bien, con el objeto de hacer plenamente efectiva esta Declaración, la OIT dispuso un seguimiento de la misma. Precisamente, el año 2007 con ocasión de la 96ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se dio a conocer el segundo **Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo**, denominado **“La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”**.(200) Con relación al específico ámbito que nos ocupa, este Informe ha dispuesto que *“en realidad, no todas las diferencias de trato son ilícitas; no lo son, por ejemplo, las que se justifican por las exigencias reales del empleo. El ser hombre o mujer puede considerarse un requisito legítimo para ocupar empleos que implican una proximidad física a otras personas o para trabajar en el ámbito de las artes escénicas. Las distinciones basadas en las destrezas o en los esfuerzos exigidos por el trabajo son justas y legítimas, como también lo son las disparidades en la remuneración en función del número de años de formación o de horas trabajadas.”*(201) Según la **Directiva Europea 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002**, no constituye discriminación una diferencia de tratamiento basado en una característica específica de un sexo, si por la naturaleza especial de la actividad o por el contexto de referencia, tal característica constituye un requisito esencial y determinante para el desarrollo de la actividad laboral con tal que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. *“Tampoco son discriminaciones las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para*

quienes tienen necesidades particulares por razones de género (...).” Poner en práctica el principio de la igualdad de oportunidades y de trato supone mucho más que portarse de la misma manera con todo el mundo: requiere además, adoptar medidas especiales y adaptar el entorno a sus diferencias. (202) Poniendo acento en uno de los factores que dan cuenta de la discriminación en comento, se consigna que “una de las características más ancladas en los mercados de trabajo de todo el mundo son las importantes desigualdades de remuneraciones por razones de género. Aunque esta desigualdad ha mermado en algunos lugares y se ha estancado en otros, las mujeres siguen trabajando, en general, por ingresos inferiores a los de los hombres.”(203) “La discriminación en la remuneración puede ser directa, cuando está relacionada con trabajos iguales o similares o indirecta, cuando se refiere a trabajos diferentes, pero de igual valor.”(204) “En algunos países de la Unión Europea la ausencia de empleos en que se propicie el equilibrio entre hombres y mujeres y se apliquen medidas destinadas a conciliar el trabajo y la vida familiar, también repercute en la persistencia de las disparidades de sexo”.(205)

A propósito de la desigualdad en materia de remuneraciones entre hombre y mujer, resulta útil citar como referente normativo que ayuda a determinar si en un caso concreto se materializa tal desigualdad, el, “**Memorándum de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre igual retribución para un trabajo de igual valor**”, de 23 de junio de 1994 el cual establece que “*el concepto de igual retribución para un trabajo de igual valor significa que si una mujer desempeña un trabajo de la misma naturaleza y que exige las mismas condiciones de prestación que el de un hombre, aunque el trabajo sea diferente, deberá recibir el mismo salario y las mismas prestaciones, a no ser que la diferencia se explique por motivos no discriminatorios.*”

Puestos a buscar dentro de las manifestaciones legislativas que se asientan en evitar la discriminación por razón de sexo, la encontramos en la prohibición de condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez(206), así como en el

reconocimiento del derecho a los permisos de pre y post natal(207), al permiso pre natal suplementario,(208) pre natal prorrogado,(209) post natal prolongado,(210) el derecho al pago de subsidios por reposos, descansos o incapacidad laboral maternal,(211) el derecho al pago de los pasajes de ida y regreso a la sala cuna para alimentar al menor,(212) el derecho al fuero maternal,(213) el derecho, durante el período de embarazo, cuando habitualmente la trabajadora esté ocupada en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, a ser cambiada a otro trabajo no perjudicial para su estado,(214) el derecho a sala cuna respecto de las trabajadoras madres de hijos menores de dos años(215) y el derecho a permiso para alimentar a hijos menores de dos años.(216) Se trata, a no dudar, normas que establecen un tratamiento desigual (entre hombres y mujeres) asumiendo como criterio distintivo la maternidad y la alimentación del menor de corta edad.

“Es precisamente la maternidad y las circunstancias que de ella derivan (embarazo, lactancia), el único hecho diferenciador entre la mujer y el hombre. Esta afirmación que se hace con ocasión de la protección de la maternidad, tiene una gran trascendencia en cuanto a la imposibilidad por parte de los Estados, de mantener ningún otro hecho diferenciador entre mujeres y hombres que no sea el derivado de circunstancias biológicas.”(217)

Aplicando el derecho a la no discriminación por razón de sexo, la jurisprudencia administrativa ha dispuesto que si con motivo del estado de embarazo, la trabajadora debió ser cambiada a turnos diurnos por el impedimento de desempeñar turnos nocturnos, el empleador debe mantenerle el pago de un bono nocturno, pues dicho cambio no puede significarle una merma en su remuneración.(218)

Así las cosas, se afirma por la doctrina, que deben eliminarse las barreras y condiciones especiales del trabajo femenino, concibiéndose toda norma de protección laboral de la mujer, salvo las impuestas por la maternidad, como discriminatorias e injustas(219), ejemplo de reglas de derecho que, en otro tiempo justas, no lo son ya(220) al considerarse privilegios que repugnan al principio de igualdad.(221)

En tal sentido, se ha dictaminado que *“la obligación del empleador de*

mantener a su costo sala cuna alcanza a los alimentos que deba proporcionarse a los menores mientras se encuentren en ella”(222)

Con relación a los derechos de la madre trabajadora, con relación a las alternativas que el legislador brinda para ejercer el derecho de alimentación del menor, a su turno, se ha sostenido que:

“(…) el derecho que nos ocupa, ha sido concebido por el legislador para que sea ejercido en forma universal por todas las madres trabajadoras con hijos menores de dos años, constituyéndose de esta forma en otro derecho protector de la maternidad. Asimismo, se tuvo en consideración para su establecimiento, todos los beneficios que reporta, tanto para la madre como para el hijo, el hecho de que este último pueda ser alimentado por un período más prolongado de tiempo directamente por aquella. Para tal fin, se facilitó su cumplimiento, estableciendo las alternativas que anteriormente se han enunciado, dando así la posibilidad de que se acuerde aquella que sea más beneficiosa para la madre, titular de este derecho irrenunciable, la que siempre velará por lo que considere más beneficioso para su hijo.”(223)

En otro caso, que refleja también la vigencia del principio de no discriminación en razón de sexo, este Servicio, reconsiderando la doctrina anterior (224) estableció que el tiempo máximo de una hora, en dos porciones, que tiene derecho la madre trabajadora para alimentar a sus hijos, establecido por el artículo 206 del Código del Trabajo, es por cada hijo menor de dos años.(225)

En otro ámbito, pero también resguardando el derecho a no ser discriminada por razón de sexo la mujer embarazada, se ha establecido que: *“La prohibición establecida por el artículo 211-I del Código del Trabajo, respecto de la mujer embarazada, debe entenderse referida no sólo a la ejecución de operaciones de carga y descarga manual, entendiéndose por tales las tareas regulares o habituales que implique colocar o sacar carga sobre o desde un nivel, superficie, persona u otro, sino además, a todas aquellas labores que la obliguen a efectuar un esfuerzo físico, entendiéndose por tal las exigencias biomecánica o bioenergética que impone el manejo o manipulación manual de carga, esto es, de cualquier objeto cuyo peso*

supere los 3 kilogramos.(226)”.

Asumiéndose la relevancia que, para la igualdad de oportunidades entre trabajador y trabajadora, representa el fuero maternal, resulta pertinente señalar que la jurisprudencia administrativa, sostiene que la trabajadora, que gozando de fuero maternal se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleador la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación, solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al artículo 174 del Código del Trabajo.(227)

Por último, se ha reparado en que si se hubiere dado el aviso anticipado de desahucio de término de contrato y la trabajadora acredita en el intertanto su estado de embarazo, se le ha de reconocer el fuero maternal.(228)

Otras normas, más cercanas – aunque no del todo aún -al criterio según el cual los trabajadores con responsabilidades familiares no se encuentran adscritos a un sexo determinado, dispone el derecho de la madre trabajadora a un permiso y subsidio cuando la salud de su hijo menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave del menor, pero estos derechos, en caso que ambos padres sean trabajadores, podrá ejercerlo cualquiera de ellos, a elección de la madre. Estos mismos derechos se le otorgan a la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección(229); fundado en un criterio similar, se reconoce a la madre trabajadora el derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalente a diez jornadas ordinarias de trabajo al año cuando la salud de su hijo(a) menor de 18 años requiera la atención principal (de sus padres) con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o de una enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo,

dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado. (230) Por último, y en armonía con las normas anteriores, se dispone que la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección, tendrá derecho a permiso y subsidio hasta por doce semanas.(231)

La importancia creciente, en el orden internacional de este último tipo de normas, lo refleja el **Convenio N°156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981** y, entre otros más, la **Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, Reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, “relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar” (2000/C 218/02)**, según la cual *“el objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, de forma paralela con el objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones, constituyen dos supuestos especialmente importantes para la igualdad entre hombres y mujeres.”* Un equilibrio defectuoso entre la vida profesional y la vida familiar constituye un freno a la participación de todos, pero en particular para la mujer en el mercado de trabajo, pues culturalmente el peso de las responsabilidades familiares continúa bajo sus espaldas.(232)

En consonancia con la búsqueda de tal equilibrio, se ha establecido por la jurisprudencia de este Servicio, que *“no existe inconveniente jurídico para que el trabajador cuya cónyuge ha fallecido en el parto, utilice los servicios de la sala cuna que mantiene la empresa para la cual presta servicios, para la atención del menor nacido, al tenor de lo prevenido en el artículo 203 del Código del Trabajo.”*(233)

Discriminación indirecta por razón de sexo:

Pero las acciones estatales tendientes a proteger la igualdad de género siguiendo los términos de Balaguer Callejón (234), no acaban allí, pues, desde hace varias décadas (235) se ha constatado que existen normas formalmente neutras que,

en los hechos, genera un trato menos favorable para un sexo determinado (generalmente, el sexo femenino). Se habla, así, de la discriminación por razón de sexo indirecta como aquella que se verifica cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado, en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo.(236) Precisamente en base con el objeto de poner un freno a las discriminaciones indirectas, el Tribunal Constitucional Español ha declarado sistemáticamente inconstitucionales las normas y prácticas falsamente protectoras o paternalistas que, favoreciendo exclusivamente a las mujeres, tienden a reforzar su papel tradicional consolidando su situación de subordinación e inferioridad respecto del varón.(237)

Siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y a la doctrina alemana, Eduardo Caamaño, da cuenta de los siguientes presupuestos que han de configurar la existencia de una discriminación que haya de reputarse indirecta, a saber:

i) Regla o medida de contenido neutro:

Sea que ésta sea formulada por el legislador, el empleador o por las partes de un instrumento colectivo que diga relación con la remuneración y que sin estar referida a trabajadores pertenecientes a cierto sexo, es decir, siendo formulada neutralmente, trae aparejada un trato menos favorable para los trabajadores de un sexo determinado (ejemplo: en un contrato colectivo se excluye a los trabajadores a tiempo parcial del pago de gratificación voluntaria)(238);

ii) Efectos desfavorables para trabajadores de un cierto sexo:

En el ejemplo que da el referido autor nacional, *“la exclusión de trabajadores a tiempo parcial del pago de gratificación voluntaria afecta, en los hechos, mayoritariamente a mujeres, por ser éstas por regla general quienes prefieren o se ven en la necesidad de aceptar esta modalidad de contratación.”*(239) Ahora bien, *“no basta que la regla o medida afecte mayoritariamente a un sexo determinado, sino que*

entre el grupo de trabajadores beneficiados por ella, con respecto a los perjudicados, la proporción entre los sexos debe ser considerablemente distinta.”(240) Lo anterior, se ha de obtener, por medio del siguiente proceso de grupos a comparar:

- Lo primero es determinar el ámbito de aplicación de la respectiva regla o medida (contrato individual, contrato colectivo, ley, etc.);

- Lo segundo será verificar que, entre los destinatarios de la regla o medida, se adviertan dos grupos: el primero conformado por los trabajadores que cumplen con los requisitos de la regla o medida y el segundo, por aquellos que se ven perjudicados por la aplicación de la misma;

- Por último, ha de determinarse el porcentaje de hombres y mujeres que existe en cada uno de los grupos, siendo lo determinante la comparación de los porcentajes de hombres y mujeres entre ambos grupos de trabajadores, toda vez que la discriminación laboral indirecta tendrá lugar si el porcentaje de trabajadores de un cierto sexo dentro del grupo de los trabajadores perjudicados, es considerablemente superior al porcentaje de trabajadores del mismo sexo de los trabajadores beneficiados.(241) En el mismo ejemplo ya dado, vinculado al tiempo parcial, cabría, en primer término averiguar el eventual carácter discriminatorio indirecto de la regla antes enunciada, establecer entre los destinatarios de la misma, el porcentaje de mujeres con relación al de hombres entre los trabajadores a tiempo parcial; luego, habrá que determinar el porcentaje de mujeres con relación al de hombres entre los trabajadores a tiempo completo y comparar ambos grupos, para, finalmente, concluir, si en el grupo de trabajadores a tiempo parcial perjudicados por la aplicación de una regla o medida hay considerablemente más mujeres que en el grupo de trabajadores a tiempo completo beneficiados por ella, lo que llevaría a que éstas interpusieran la acción de despido indirecto en contra de su empleador. (242)

iii) **Causalidad:**

Quienes sostienen este presupuesto, sostienen que debe concurrir, además de los dos anteriores, una relación causal entre el sexo de los trabajadores afectados y los efectos discriminatorios o perjudiciales de la regla o medida.(243) Vale

decir, “no basta para reconocer la existencia de una discriminación laboral indirecta que una regla o medida afecte considerablemente a los trabajadores de un sexo determinado, sino que es necesario establecer si ese trato discriminatorio, con respecto a la formulación de la regla o medida cuestionada, es un resultado accidental o bien sólo se explica porque esos trabajadores son de un cierto sexo y, por esa razón, se les excluye o priva de obtener un mejor trato con respecto a sus remuneraciones”(244)

A efectos de distinguir entre discriminación directa e indirecta –labor en ocasiones nada fácil- el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha acudido (caso As. Dekker S., de 08.11.1991) a dos criterios de diferenciación. El primero de carácter externo, si la decisión en cuestión se aplica sólo a los miembros de un sexo o de ambos indistintamente, se analizará bajo la teoría de la discriminación directa o indirecta, respectivamente. El segundo criterio, de carácter ontológico, supone que, en la discriminación directa es decisiva la causa de la decisión; si ésta es el sexo de la persona, o una consecuencia directa del mismo, se tratará de una discriminación directa. En cambio, en la discriminación indirecta, lo relevante es el efecto, la consecuencia, el tratamiento desfavorable de las mujeres con relación a los hombres.(245)

“El caso Dekker aplica un test de detección de la discriminación consistente en cambiar, en una situación dada, el sexo del sujeto, para verificar si las consecuencias son o no idénticas. Dicho test cobra especial interés, justamente, en supuestos como el del embarazo, donde no hay término comparable, no siéndolo, conviene precisarlo, la enfermedad: el embarazo no es una enfermedad. Aplicando el test, el resultado es la existencia de discriminación directa: si el trabajador no contratado fuese un hombre, no estaría embarazado, como es obvio, y, por su aptitud, hubiera sido contratado.”(246)

Acciones positivas:

Las acciones positivas tienen su fundamento en la necesidad de hacer

frente a desigualdades de hecho, al resultar insuficiente aplicar el principio de igualdad formal, impulsando el establecimiento de un trato más diferente y más favorable para algunos grupos o sectores con el fin de igualar verdaderamente y no son otra cosa que diferenciaciones a favor de la igualdad, estableciéndose, como afirma Rodrigo Bustos Bottai en las últimas décadas como derechos preferentes para colectivos desaventajados, destacando especialmente las medidas adoptadas en el Derecho estadounidense a favor de las minorías raciales y en el ámbito comunitario europeo en beneficio de la igualdad de género.(247) En el caso de la discriminación por razón de sexo, las acciones positivas están destinadas a eliminar la disparidad de hecho de las cuales son objeto las mujeres en su vida laboral y a promover su ocupación.(248) Se trata, en fin, de medidas destinadas a ser implementadas por el Estado, pero su justificación resulta del todo pertinente para, en un caso concreto, en que esté en juego la eventual vulneración del derecho a no ser discriminado arbitrariamente, esté en juego.

El acoso sexual y la discriminación por razón de sexo:

La norma genérica y que sirve de sustento al reproche de toda conducta constitutiva de acoso sexual, es aquella contenida en la primera parte del inciso 2° del artículo 2 del Código del Trabajo y según la cual *"las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona."* Esta norma exige de parte del empleador una disposición activa, tal como refleja la norma del inciso 2° del artículo 153 del Código del Trabajo, cuando, de frente a las disposiciones que debe contener todo Reglamento Interno, establece que *"especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores."*

El legislador ha estimado categóricamente que resulta contrario a la dignidad de la persona, entre otras conductas posibles, el acoso sexual, entendiendo por tal *"el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo."*

Que, de acuerdo a la doctrina vigente del Servicio, contenida en dictamen N°1.133/36 de 21.03.2005, al precisar los alcances de las conductas de acoso sexual, sostiene que *“no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal recién transcrito, cuando señala que el acoso sexual puede producirse “por cualquier medio”, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.”*, entendiendo el legislador, al *“utilizar la expresión “amenacen o perjudiquen su situación laboral”, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.”*

De la lectura de las normas incorporadas al Código del Trabajo por la Ley N°20.005, aparece que se dirigen a sancionar el acoso sexual cometido por uno(a) o más trabajadores(as) de la empresa, no alcanzando al empleador. Para el caso que las conductas de acoso sexual provengan de éste, la jurisprudencia administrativa ha dispuesto que, en tal caso, *“no corresponde la aplicación del procedimiento contemplado en el título IV del Código del Trabajo, de la investigación y sanción del acoso sexual, debiendo en dicho caso efectuarse la denuncia directamente a la Inspección del Trabajo respectiva por infracción a las normas legales laborales contenidas en el artículo 2 del Código del Trabajo”,* agregando que, *“el acoso sexual corresponde a una conducta ilegal, que infracciona el artículo 2 del Código del Trabajo, y lesiona diversos bienes de la persona afectada, protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, debiendo el Estado, a través de sus órganos fiscalizadores, sancionar administrativamente dicha conducta.”(249)*

Así las cosas, y partiendo de la convicción que las conductas de acoso sexual son, por su naturaleza, pluriofensivas de los derechos fundamentales de sus víctimas, pudiendo encontrarse entre éstos, el derecho a no ser discriminada una trabajadora por razón de sexo, lo que tendrá que ser analizado en cada caso en particular y, para el evento de acreditarse, habrá de ser objeto de la correspondiente

denuncia en base al procedimiento de tutela laboral regulado por el párrafo sexto, del Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código del Trabajo.

Precisamente, Salvador del Rey Guanter afirma que «el acoso sexual es normalmente también discriminación por razón de sexo, en tanto que este último se está haciendo decisivo para realizar una diferenciación carente de justificación tomando como base para ello el sexo masculino o femenino del trabajador».(250) En el mismo sentido, en 1992, el Comité sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer observó que la igualdad en el empleo podría ser gravemente perjudicada, si las mujeres eran sometidas a una violencia orientada a un sexo específico, tal como el acoso sexual en el lugar de trabajo.(251) En el caso español sólo en tiempos relativamente recientes estas prácticas han sido calificadas como discriminatorias por el Tribunal Constitucional y, más específicamente, fue a través de la sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, que se adoptó este criterio. En dicha sentencia el Tribunal estimó que se trata de comportamientos discriminatorios porque “afectan notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación”.(252)

IV.- Colisión de los derechos fundamentales de los trabajadores(as) con el ejercicio de las facultades del empleador:

Los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, como la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental. Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino que mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder

en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional.(253)

Fácil resulta advertir que los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad –artículos 19, N°s. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial –ratio económica.(254)

Asimismo, al empleador le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador.(255)

Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección –comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario–, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración –ratio jurídica– en el contrato de trabajo –dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador–, a lo que debemos agregar la ley –será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder, estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario–. Previo al contrato y en función de la libertad de empresa, el empresario es titular de

unas facultades organizativas-económicas, las que sólo en virtud del contrato de trabajo se materializan en el poder de dirección, es decir, se manifiestan en el específico ámbito de la relación laboral, y por lo mismo quedan sujetas a las limitaciones que el propio marco convencional o legal establezca; elementos que en definitiva, vienen a conformar la posición jurídica que ha de ocupar el empleador en la relación laboral, en cuanto su poder de dirección es un poder laboral que se ejerce en este ámbito delimitado; o dicho de otra forma, sólo este poder de dirección es el que es oponible al trabajador.(256)

Pero, en todo caso, los límites a las facultades del empleador, como sostiene Sergio Gamonal, operarán “en negativo” respecto de aquéllas, esto es, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obliga al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores, para facilitar su ejercicio.(257)

Resulta útil recordar, previo a la referencia de la forma de salvar las colisiones entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, la distinción que se hace en doctrina entre reglas y principios. Las reglas (por ejemplo, aquella que ordena pagar un sueldo mínimo) son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva, confiriendo tal carácter definitivo a los derechos que se basan en ellas. Los principios, en cambio, son normas que ordenan optimizar y, como tales, ordenan que algo (por ejemplo, respetar la privacidad de un trabajador en su lugar de trabajo) deba hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, lo que implica afirmar que los principios pueden y deben ser ponderados. Así, como se afirmaba que los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos, aquellos que se basen en principios, serán derechos prima facie(258) o a primera vista, por cuanto, producto de su balanceo, podrían terminar cediendo frente a otros principios, según se analizará.

La naturaleza de los principios, condiciona que los conflictos entre

aquéllos habrán de resolverse de un modo diverso a como se resuelven los conflictos entre reglas. Así, como en caso de colisión de reglas, habrá que recurrir a los mecanismos clásicos del derecho civil (las leyes especiales prevalecen sobre las generales (259), las leyes posteriores prevalecen sobre las anteriores, etc.) en el caso de conflicto de derechos fundamentales, la modalidad que corresponde aplicar se le denomina ponderación.(260) Será a ésta a la que habrá que acudir, en caso de colisión entre *“la conducta del empleador amparada en sus funciones legales como propietario y los derechos constitucionales del trabajador como ciudadano.”*(261)

Allí donde aparece un conflicto entre dos principios (o dos derechos), surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad.(262)

Con todo, cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena. Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.(263)

Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que, omnicomprensivamente, podemos englobar en la aplicación del denominado **“principio de proporcionalidad”**, y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad (**ponderación**) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho). (264) Este examen deberá realizarse, salvo el caso que el propio legislador ya lo hubiere realizado.

El principio de proporcionalidad, como también se ha sostenido en anteriores dictámenes,(265) admite una división en sub principios que, en su conjunto,

comprenden el contenido de este principio genérico, a saber:

a) **El "principio de la adecuación"**: El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto;(266)

b) **El "principio de necesidad"**: Este exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y,

c) **El "principio de proporcionalidad en sentido estricto"**: Por éste, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.(267)

Así las cosas, una medida restrictiva de un derecho fundamental superará el juicio de proporcionalidad si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones referidas: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).(268)

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación

debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.(269)

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.(270)

Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho –garantía reconocida en nuestra carta fundamental en el artículo 19, N° 26– supondrá la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. De esta forma, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites"(271).(272)

Se desconoce el contenido esencial del derecho cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, cuando al derecho se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible como tal y se impide su libre ejercicio (Sentencia Tribunal Constitucional, de 24.02.87, Rol N° 43).(273)

Por su naturaleza el ámbito, durante la vigencia del contrato de trabajo, en que tradicionalmente más se tensiona la vigencia plena de los derechos fundamentales de los trabajadores, tiene lugar en el ejercicio de las facultades de control por parte del empleador, derivada de su potestad de mando, medidas que pueden lesionar uno o más de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En lo que se refiere a los límites del poder del empleador frente al control y revisión de sus trabajadores y/o de sus efectos personales, se ha resuelto con anterioridad, que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión pero es necesario que tales medidas *"se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores"* y, en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención *"sean técnicos y despersonalizados"*, y que, por ende, se *"apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo"*, que *"eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas."*(274)

A partir de la verificación de los efectos lesivos que para los derechos fundamentales suponía el uso de ciertas medidas de control por parte del empleador, lesivas para los derechos fundamentales de los trabajadores, se establecieron tres condiciones que toda medida de revisión y de control debían respetar, a saber:

a) Las medidas de revisión y control de personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, deben necesariamente incorporarse al texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de la empresa, dictado en conformidad a la ley;

b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo, la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos señalados, y,

c) las medidas, además, no deben tener un carácter pre policial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito "sine qua non" para la legalidad de estas medidas de revisión y control, el que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones.(275) Para el caso que operara una selección de operarios, se ha dispuesto que la revisión

deberá ser aleatoria.(276)

Las condiciones arriba señaladas, importan que si las medidas de revisión y de control deben ser operadas a través de un sistema de selección, sus características fundamentales deberán ser la universalidad y la aleatoriedad de las revisiones.(277)

De este modo, las medidas de **control de las personas que serán objeto de la revisión** pueden lícitamente implementarse a través de dos modalidades: en primer lugar, hacer recaer la revisión sobre todo el personal de la empresa o sección, o en segundo lugar, establecer un mecanismo de selección que garantice la aleatoriedad de la misma, a través de un sistema de sorteo que la empresa debe explicitar en el Reglamento señalado.(278)

Tratándose del control de ingesta de alcohol, se ha dispuesto que, puede resultar inconducente una selección por medio de sorteo, debiendo, entonces, como única manera de garantizar la despersonalización de la revisión, optar por aplicar el mencionado test a todos y cada uno de los trabajadores de la empresa.(279)

En lo relativo a la obligación de los trabajadores de someterse a **control antidrogas**, se hace presente que este Servicio ha señalado *"que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión, pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas".*(280)

El desarrollo doctrinal que la jurisprudencia de este Servicio hiciera respecto de los límites que a las potestades del empleadores suponía la vigencia de los derechos fundamentales, fue recogido por las reformas introducidas por la Ley N°19.759, de 2001. Así, se dispuso, como norma eje en lo que a tutela de derechos fundamentales se refiere, en el inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, 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.”

Consecuente con la relevancia dada a los derechos fundamentales en el ámbito laboral, se incorporó una norma según la cual las obligaciones y prohibiciones contenidas en el Reglamento Interno de la empresa, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.(281)

Por último, el legislador, de frente al derecho a la privacidad, formuló su ponderación al establecer en el artículo 154 bis del Código del Trabajo que: *El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.*

Que, dentro de los casos en que a este Servicio le ha correspondido pronunciarse frente a facultades propias de los empleadores –materializadas en medidas de control – y derechos fundamentales de los trabajadores, cabe traer a colación los siguientes:

Frente a un conflicto entre facultades del empleador y el respeto a la honra y dignidad de los trabajadores, al incluir un registro de peso junto al registro control de asistencia, se estableció que:

“El registro control de asistencia no constituye un medio idóneo de revisión y control del personal, toda vez que el objeto del registro se encuentra taxativamente señalado en la ley y consiste en controlar la asistencia y determinar las horas trabajadas, no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley.”(282)

En un caso de conflicto entre facultades del empleador y el respeto al derecho a la integridad psíquica, a no ser discriminados arbitrariamente, a la libertad de trabajo, al derecho a la protección de la honra de los trabajadores al poner en uso el

polígrafo en la selección de personal, se dispuso que:

“El uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno.”(283)

Frente a un conflicto entre facultades del empleador y el respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores, al disponer la instalación de videocámaras en la entrada delantera de los buses, se estableció que:

“la utilización de estos mecanismos de control audiovisual, con el exclusivo objetivo de vigilar el cumplimiento de la prestación de trabajo, importa a todas luces una limitación del derecho a la intimidad del trabajador no idónea a los fines perseguidos, al no cumplirse a sus efectos los requisitos propios de todo límite que se quiera imponer a un derecho fundamental”.(284)

Tomando en cuenta lo razonado precedentemente, en cuanto a que, a efecto de salvar la colisión que, para un caso concreto se produzca, entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, **cabe complementar la doctrina vigente en materia de las facultades del control y revisión que el empleador ejerce sobre los trabajadores y sus efectos personales**, en el sentido que, además debe salvar el examen de proporcionalidad, esto es, además de tener que cumplir con los requisitos que el legislador ordena (generalidad e imparcialidad de la medida) y de los que emanan de la doctrina administrativa (la publicidad de las medidas de control, entre ellas), deberá responder asertivamente a las tres reglas o juicios que emanan del principio de proporcionalidad, ya referidos. La falta de fundamentación de la actuación del empleador que lesiona uno o más derechos fundamentales o su desproporción, serán señal inequívoca de lesión de derecho fundamental, con las consecuencias que ello conlleva en base a la Ley 20.087.

Que, dentro de las facultades de este Servicio en que deberá ponerse acento a efectos de cautelar lo aquí señalado, además de las propias de fiscalización, será en aquellas en que el legislador le reconoce para de oficio o a petición de parte,

realizar el control de legalidad de los Reglamentos Internos de Orden, con los límites a que refiere el artículo 153 del Código del Trabajo, especialmente en lo que diga relación con las prohibiciones y obligaciones que en él se contemplen, en la medida que ellas supongan un límite insalvable, de cara al respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El ejercicio del ius variandi y el respeto de los derechos fundamentales:

AMÉRICO PLÁ la define como “la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”(285).

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dicha potestad en diversas normas, siendo la de mayor frecuencia, aquella contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo, que, en sus dos primeros incisos dispone:

“El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.”

“Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.”

Pues bien, con la modificación introducida por la Ley N°19.759 de 2001 al inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, el ejercicio por parte del empleador del *ius variandi* ha supuesto, tal como sucede con el ejercicio de la potestad disciplinaria y demás genéricas y específicas que se le reconocen al empleador, la necesaria conformidad no tan sólo con las específicas reglas que el legislador le traza

(a modo ejemplar, con trasladar a un trabajador de lugar de trabajo, sin ocasionarle menoscabo), sino que, en la medida que alcance el ejercicio de uno o más derechos fundamentales del trabajador, deberá salvar adecuadamente, el referido juicio de proporcionalidad.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas, cúmpleme informar a Usted que:

1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, y la doctrina vigente de este Servicio, contenida en el dictamen 2328/130, de 19.07.2002, los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente;

2) Los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.

3) Para conciliar las conclusiones anteriores, existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, tendrá que cumplir con el "principio de la adecuación", que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el "principio de

proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) FERRAGOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta. Quinta Edición, 2006, Madrid, España, p. 37.
- (2) PECES-BARBA, Gregoria, Derechos Fundamentales, 4º Edición, Sección de publicaciones. Facultad de derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1986, p.109
- (3) Dictamen de la Dirección del Trabajo Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.
- (4) La legitimación de esa suerte de relación de dominio repasaba en el contrato de trabajo (así, KORSCH, K, "Lucha de clases y derecho del trabajo, citado por Baylos, Antonio. Derecho del trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1991, p 95.
- (5) La legitimación de esa suerte de relación de dominio, repasaba en el contrato de trabajo (Así, Korsch, K), p 96.
- (6) BAYLOS, Antonio, Derecho del trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1991, p 96
- (7) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos, Los derechos laborales en la Constitución española, Centro de Estudio Constitucionales, Cuadernos y debates, Madrid, 1991, p. 31.
- (8) Ugarte Cataldo, José Luis. La constitucionalización del derecho del trabajo: La tutela de derechos fundamentales, en revista latinoamericana de derecho social Nº 7, julio – diciembre de 2008. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, Primera Edición, 2008, México, p 252
- (9) Dictamen Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.
- (10) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. op. Cit, p 31
- (11) RODRIGUEZ PIÑEIRO, Miguel. El derecho del trabajo a fin de siglo, citado por Golden Adriano, Las tendencias de transformación del derecho del trabajo, Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2002, pp 72-73
- (12) JEAMMAUD, Antoine, "Le droit du travail..." citado por Goldin Adrian O..." Las tendencias de transformación del derecho del trabajo. Lexis Nexis Abeledo Perrot,

Buenos Aires, Argentina, 2002

(13) Entre estas, la española. Un reproche al modo como lo recepciona, en BAYLOS, Antonio, Derecho del trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1996, pp 96-97

(14) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional Chilena, Rol N° 740-07- CDS, de 18 de abril de 2008.

(16) COLAUTTI, Carlos E, Derechos Humanos, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995, p.123

(17) MANGARELLI, Cristina, "Acoso Laboral, concepto y prevención" en Derecho Laboral, Tomo L-N°225, Enero-Marzo 2007. Fundación de cultura universitaria, 1ª Edición, 2007, p 101.

(18) PLA RODRIGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral, Contrato de Trabajo, Tomo II, Vol.1.Ed. Acalí, Montevideo, 1978, citado por Mangarelli, Cristina, op. Cit, p.101

(19) Así, dictamen N°4 842/300, de fecha 15 de septiembre de 1993.

(20) Dictamen N°3.965, de 05 de junio de 1969.

(21) Así, dictamen N°2 328/130, de julio de 2002

(22) Dictamen N° 338, de 26 de enero de 1978.

(23) GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "Ciudadanía en la empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos" Fundación de cultura universitaria, 1ª Edición, Montevideo, Uruguay, 2004, p 27.

(24) En igual sentido, dictamen N° 4.440, de 06 de septiembre de 1984.

(25) Dictamen N°2 328/130, de 19 de julio de 2002.

(26) SALGADO PÉREZ, Gabriela y PALAVICINO CÁCERES, Adriana, "Protección del derecho al honor del trabajador" en "Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N°3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la

Seguridad Social, Santiago, p 118.

(27)SALGADO PÉREZ, Gabriela y PALAVICINO CACERES, Adriana, op cit. P 120

(28) Citando al efecto a sentencias del Tribunal Constitucional Español”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, “Derecho del Trabajo” Decimocuarta edición, Editorial Universitaria. Ramón Areces, Madrid, España, 2006, p 117.

(29) SALGADO PÉREZ, Gabriela y PALAVICINO CÁCERES Adriana, op cit, p.118

(30) Así, dictamen N° 1366/79, de fecha 30 de marzo de 1998

(31)Dictamen N° 684/50, de 06 de febrero de 1997

(32)Dictamen N° 0266/099, de 17 de enero de 2007

(33) Dictamen N° 8005/323 de 11 de diciembre de 1995

(34)CEA EGAÑA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición, 2004, p 178

(35)PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, op. Cit., p 118

(36)Dictamen N° 5.516/326, de 04 de noviembre de 1999

(37)Así, dictamen N° 195/8, de 17 de enero de 2002

(38)LIZAMA PORTAL, Luis, “Derecho a la intimidad de los trabajadores y nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC)”, en Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, p 205.

(39)CEA EGAÑA, José Luis, op.cit. pp 195-196

(40)CEA EGAÑA, José Luis, op.cit, p 195

- (41) Dictamen N° 260/19, de 24 de enero de 2002
- (42) Dictamen N° 260/19, de 24 de enero de 2002
- (43) Dictamen N° 260/19, de 24 de enero de 2002
- (44) El dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004, fijó el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2° del Código del trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.
- (45) BUSTO BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas; reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad”, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, Número 6 julio 2007, ISSN 1698.7950.
- (46) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (47) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (48) PERELMAN, Chaim, “De la Justicia”, citado por LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, José Luis, “Interpretación y Derechos fundamentales en la Empresa”; Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998, p 193
- (49) CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “El derecho a la no discriminación en el empleo”, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p 49
- (50) SÁEZ LARA, Carmen, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, Cuaderno de Relaciones Laborales N°6, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1995, p 68
- (51) IRURETA URIARTE, Pedro, “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena”, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 9, 2006, p 74
- (52) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., p 193.
- (53) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., p 195.
- (54) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., pp 196-197

- (55) CEA EGAÑA, José Luis, citado por CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XIV, Julio 203, p. 29.
- (56) Así, dictamen N° 3704/134, de 11 de agosto de 2004.
- (57) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004.
- (58) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004.
- (59) IRURETA URIARTE, Pedro, Op. cit., p 29
- (60) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (61) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (62) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (63) BUSTOS BOTTAL, Rodrigo, op. cit.
- (64) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (65) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (66) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (67) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., p 205
- (68) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (69) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (70) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (71) En tal sentido, dictamen N° 3. 74/134, de 11 de agosto de 2004
- (72) Inciso tercero, del artículo 2º, del Código del Trabajo
- (73) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004

- (74) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (75) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (76) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., p 206
- (77) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (78) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (79) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (80) Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004
- (81) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., p 238
- (82) Así, dictamen N° 3704/134, de 11 de agosto de 2004.
- (83) LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis , op. cit., p 239
- (84) Así, BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, op. cit.
- (85) Así, dictamen N° 2.831/065, de 31 de julio de 2007.
- (86) Dictamen N° 3.840-194, de 18 de noviembre de 2002.
- (87) CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral” Revista de Derecho, op. cit., p 26
- (88) CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral” Revista de Derecho, op. cit., p 26
- (89) MERCURI, Gloria, “Parità di trattamento e di non discriminazione fra uomini e donne nel diritto comunitario”, pdf. 2007.
- (90) FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional”, en “Autoridad y democracia en la empresa” Aparicio Joaquín y Baylos Antonio, Editorial Trotta, Fundación 1º de mayo, Madrid,

España, 1992, pp 95-96.

(91) Así opinaba, a comienzos del siglo XX, el abogado de la Audiencia de Bruselas EMILIO STOCQUART, en su obra “El contrato de trabajo. Estudio de Derecho Civil y Legislación Comparada” (Traducción de Ciro Bayo), B. Rodríguez Serra. Editor, Madrid, España, 1902, p 28.

(92) En tal sentido, STOCQUART sostenía que por una horrenda rapacidad la mujer inglesa, desde principios del siglo XIX ha sido arrebatada al hogar a vista de sus hijos. “El contrato de trabajo. Estudio de derecho Civil y Legislación Comparada” (Traducción de Ciro Bayo, B Rodríguez Serra, Editor, Madrid, España, 1902, p 28. En sentido similar una de las principales leyes del período franquista destinadas a eliminar algunas de las más relevantes diferencias de trato por razón de sexo en el trabajo, insistía en su Exposición de Motivos, en que debía procurarse la realización efectiva del mandato del Fuero del Trabajo de “liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica”, en el seno de una política de propiciarse su “regreso al hogar” (Fernández López, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional”, op. cit. p.107.

(93) Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, op. cit. pp 97-98.

(94) STC 7/1983 de 14.02.1983, citada por Bustos Bottai, Rodrigo, op. cit.

(95) BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, op, cit.

(96) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M. Emilia, “ Derecho del Trabajo”, 16º Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p.124

(97) CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La discriminación laboral indirecta”. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 201, Vol.12, Nº 2, pp 67-81.

(98) www.ilo.org/ documents/publication.

(100) Página 10 del informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

(101) Página 10 del informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la

OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

(102) Página 22 del informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

(103) Página 25 del informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

(102) Página 24-25 del informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, denominado “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”.

(103) Artículo 194 inciso final del Código del Trabajo.

(104) Artículo 195 inciso 1º del Código del Trabajo.

(105) Artículo 196 inciso 1º del Código del Trabajo.

(106) Artículo 196 inciso 2º del Código del Trabajo.

(107) Artículo 196 inciso 3º del Código del Trabajo.

(108) D.F.L. N° 44 de 1979

(109) Artículo 203 inciso 8º del Código del Trabajo.

(110) Artículo 201 con relación al artículo 174, ambos del Código del Trabajo.

(111) Artículo 202 del Código del Trabajo

(112) Artículo 203 del Código del Trabajo

(113) Artículo 206 del Código del Trabajo.

(114) BALAGUIER CALLEJÓN, María Luisa, “ La constitución Europea y la igualdad de género”.

- (115) Dictamen N° 2.447/114, de 25 de abril de 1994.
- (116) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M. Emilia, Op. Cit., p 125.
- (117) LARENZ, citado por ALONSO OLEA MANUEL Y CASA BAAMONDE, M. Emilia, op. cit., p.125.
- (118) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M. Emilia, op. cit., p. 126.
- (119) Dictamen N° 1825/110, de 20 de abril de 1993.
- (120) Dictamen N° 2248/047, de 19 de junio de 2007.
- (121) Contenida en dictamen N° 5712/339, de 20 de octubre de 1993
- (122) Dictamen N° 3.362/102, de 20 de agosto de 2003.
- (123) Dictamen N° 520/6, de 30 de enero de 2006.
- (124) Dictamen N° 4535/209 de 05 de agosto de 1994
- (125) Dictamen N° 3.160 de 22 de junio de 1984.
- (126) Artículo 199 incisos 1º y 2º del Código del Trabajo.
- (127) Artículo 199 bis incisos 1º y 2º del Código del Trabajo.
- (128) Artículo 200 inciso 1º del Código del Trabajo.
- (129) En tal sentido, MERCURI, GLORIA, op. cit.
- (130) Dictamen N° 3.280/183, de 30 de junio de 1999.
- (131) BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, ob. cit.
- (132) A modo referencial, cabe señalar que se encuentra inserta en la normativa comunitaria europea desde la Directiva 76/27//CEE, de 9 de febrero de 1976.
- (133) Así lo ha sostenido el TJCE, según da cuenta CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol.12, No. 2, pp 67-81. ISSN 0718-0950. En un sentido similar, SÁEZ LARA, CARMEN, "Las discriminaciones indirectas en el trabajo", Cuadernos de Relaciones Laborales N°6,

Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1995, pág.67.

(134) CUENCA GÓMEZ, Patricia, "Mujer y Constitución: Los Derechos de la Mujer antes y después de la Constitución Española de 1978.

(135) CAAMANO ROJO, Eduardo. La Discriminación Laboral Indirecta. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol. 12, No.2, pp 67-81.

(136) CAAMANO ROJO, Eduardo. La Discriminación Laboral Indirecta. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol. 12, No.2, pp 67-81.

(137) Wissman, citado por CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. Rev. Derecho (Valdivia), dic.2001, vol. 12, No 2, pp 67-81.

(139) CAAMANO ROJO, Eduardo. La Discriminación Laboral Indirecta. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol. 12, No.2, pp 67-81.

(140) CAAMANO ROJO, Eduardo. La Discriminación Laboral Indirecta. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol. 12, No.2, pp 67-81.

(141) CAAMANO ROJO, Eduardo. La Discriminación Laboral Indirecta. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol. 12, No.2, pp 67-81.

(142) PFARR, citado por CAAMANO ROJO, Eduardo. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL INDIRECTA. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol.12, No 2, pp 67-81.

(143) SAÉZ LARA, CARMEN, op. Cit., p 69

(144) LOUSADA AROCHENA, José Fernando, op., cit., p 43

(145) BUSTOS BOTTAL, Rodrigo, op. Cit.

(146) Recomendaciones del Consejo Europeo 84/635/CEE, de 13.12.1984 sobre "Promoción de acciones positivas a favor de la mujer".

(147) Dictamen Nº 1.133/36, de 21 de marzo de 2005.

(148) DEL REY GUANTER, SALVADOR, "Acoso sexual y relación laboral", citado por VICENTE PACHÉS, FERNANDO, "El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde

la perspectiva del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo”

(149) Citado por DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO, op cit.

(150) BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, Op. Cit.

(151) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(152) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(153) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(154) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(155) GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos”, Fundación de Cultura Universitaria, 1º Ed., Montevideo, Uruguay, 2004, p 23

(156) ALEXY, ROBERT, “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 1, octubre 1994, Instituto Tecnológico Autónomo de México (Itam), Fontamara, México, pp 40-41

(157) ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, “Curso de Derecho Civil”, Tomo I, Parte General y Las Personas, 2da Edición redactada y puesta al día por Vodanovic H., Antonio, Editorial Nascimento, Santiago, 1945, p 204.

(158) UGARTE CATALDO, José Luis, “Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”, Ensayos Jurídicos N° 2-2006, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, p 19.

(159) UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral”, op.cit., p 18

(160) RUIZ RUIZ, Ramón, op., cit.

(161) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(162) Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(163) Dictamen Nº 2856/162, de 30.08.2002

(164) Este principio se ha reconocido en la jurisprudencia de este Servicio sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, “deben ser idóneas a los objetivos perseguidos” en Ordinarios Nºs 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98

(165) RUIZ RUIZ, Ramón, “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, Revista telemática de Filosofía de Derecho, Nº 10, 2006, p 62

(166) RUIZ RUIZ, Ramón, op., cit.

(167) Dictamen Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(168) Dictamen Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002

(169) Ignacio de Otto Pardo, Derechos Fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1988, p. 125

(170) Dictamen Nº 8.005/323, de 11.12.2005

en Nº 2856/162, de 30.08.2002

(171) Dictamen Nº 2856/162, de 30.08.2002

(172) Dictamen Nº 4.842/300, de 15.09.1993

(173) Dictamen Nº 684/50, de 06.02.1997

(174) Dictamen Nº 8.005/323, de 11.12.2005

(175) Dictamen Nº 8.005/323, de 11.12.2005

(176) Dictamen Nº 8.005/323, de 11.12.2005

(177) Dictamen Nº 8.005/323, de 11.12.2005

(178) Dictamen Nº 4.842/300, de 15.09.1993

- (179) Dictamen N° 684/50, de 06 de febrero de 1997
- (180) Dictamen N° 8.005/323, de 11 de diciembre de 2005
- (181) Dictamen N° 8.005/323, de 11 de diciembre de 2005
- (182) Dictamen N° 8.005/323, de 11 de diciembre de 2005
- (183) Dictamen N° 8.005/323, de 11 de diciembre de 2005
- (184) Dictamen N° 4842/300, de 15 de septiembre de 1993
- (185) Art. 154 inciso final del Código del Trabajo
- (186) Dictamen N° 3347/132, de 13 de junio de 1996
- (187) Dictamen N° 684/50 06 de febrero de 1997
- (188) Dictamen N° 2328/130 19.07.2002.
- (189) PLÁ RODRIGUEZ, Américo, "Curso de Derecho Laboral", citado por ERMIDA URIARTE, Oscar, "Modificación de condiciones de trabajo por el empleador", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p.31

CONCLUSIONES

Se ha realizado una descripción de la problemática que se plantea, a saber si existen límites a la libertad de opinión de los dirigentes sindicales. La hipótesis que plantea este marco teórico es determinar si la protección a la libertad de opinión prevalece sobre el derecho de propiedad que pueda tener un empleador sobre su empresa. A manera conclusiva y en cierta forma, podemos decir que el ejercicio de ésta tiene como límites las buenas costumbres y el orden público. Por otro lado, los dirigentes sindicales tienen una función pública que cumplir más allá de su empresa.

La investigación desarrollada fue simplemente descriptiva, es decir, se ponen a disposición de una futura investigación ciertas ideas que deben ser desarrolladas en una investigación explicativa. Entre las ideas que se establece en esta investigación están las siguientes:

1.- La autonomía sindical que se encuentra protegida internacionalmente, a través del Convenio 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y en nuestra Constitución Política por medio del artículo 19 N° 16 y 19, ofrece una visión del verdadero sentido que tiene en nuestras sociedades contemporáneas la democracia creada en el ágora ateniense, que es la muestra histórica más directa de expresión popular. En este sentido, aquellos trabajadores que son elegidos por sus pares como dirigentes de un sindicato de empresa, son expresión directa de esa democracia directa y, de ahí, que consideramos que tienen, en cuanto dirigentes de base, una verdadera representatividad, defensa y fomento de los intereses de los trabajadores en su conjunto. Para la OIT lo anterior permite mejorar eficazmente las condiciones de trabajo y garantizar la paz y el progreso constante de la sociedad.

2.- En nuestra actual legislación laboral, debe existir una mayor protección a la calidad de dirigente sindical que tiene un trabajador, producto que representa no solo a los trabajadores de la empresa, sino que encarna la representación de una sociedad y está en permanente conexión con los problemas reales. Desde ese punto de vista no se puede transformar el fuero laboral en un derecho disponible, incluso para los jueces

de la República, que, haciendo eco de la intención de la empresa, ofrecen pagar para sacarse de encima a un trabajador “molestoso”. Se cree que el fuero debe tener el carácter de orden público y su disposición debe ser sancionada con nulidad absoluta. Esto porque el fuero es emanación del órgano sindical y es la expresión más fidedigna de la soberanía popular.

3.- Se entiendo que toda restricción a la libertad de expresión de un trabajador en la empresa es claramente una vulneración a nuestra carta fundamental y al principio de la libertad sindical. Estas restricciones impiden la crítica y las opiniones al desempeño directivo, gerencial o simplemente de los otros colegas, aspecto que es fundamental para fortalecer el principio de ciudadanía en la empresa. Actualmente, la forma utilizada para restringir es a través de los Reglamentos Internos de Orden, Higiene y Seguridad. También se encuentra igual situación en las llamadas materias no negociables en la negociación colectiva, que dañan directamente el derecho a la libertad de opinión que es superior, a nuestro entender, al derecho de propiedad que tiene el dueño sobre su empresa. Además, con esto se saca a la empresa del natural contacto con la sociedad, que es un organismo vivo inserto en la comunidad, alimentándose del trabajo y del consumo de la ciudadanía.

El solo hecho de impedir denunciar por medio de paneles informativos dentro de la empresa el no pago de las cotizaciones de los trabajadores, daña gravemente los derechos ciudadanos.

4.- En el sentido contrario, la empresa pretende regular y decidir sobre muchos aspectos de la vida de sus trabajadores, sobre su vida y sus valores. Actualmente, hay algunas empresas que denominan a los trabajadores como colaboradores, quitándoles el derecho a generar conflicto por medio de reivindicaciones naturales. Como ya se dijo, en la actualidad, el principal enemigo de los derechos ciudadanos son los “Reglamentos Internos de Orden, Higiene y Seguridad”. Es por medio de ellos que se pretende incluir, normas atentatorias contra los derechos ciudadanos, limitando en forma indirecta y al interior de la empresa los derechos que emanan de los contratos de trabajo. Estos reglamentos no deben tener un carácter pre policial, investigador o represivo. Lo anterior es expresión del poder privado contemporáneo. Creo que la solución está en determinar, con efecto imperativo, normas objetivas de valores y como

estos deben ser señalados dentro de una prelación valórica que se enuncie explícitamente en el propio Código del Trabajo

Si en la actualidad existe un reconocimiento a los derechos ciudadanos en la empresa, en la práctica estamos lejos de ese reconocimiento por parte de los empleadores, en un porcentaje mayoritario, sobre todo en la pequeña y mediana empresa. Es por eso que la Dirección del Trabajo debe tener mayores atribuciones y no solo constatar las infracciones y multar. Por el contrario, se cree que debe contar con mayores facultades para hacer cumplir la ley laboral. Que establezca limitaciones necesarias al poder empresarial necesarios indicadores estos, propios de una sociedad democrática en que impere la justicia social.

Finalmente, de conformidad a lo dispuesto en los dictámenes y en la doctrina establecida por la Dirección del Trabajo, los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador y trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

La libertad de opinión de todos los dirigentes sindicales habrá de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.

Para resolver la cuestión anterior, existen ciertos principios que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental como es la libertad de opinión. Estos principios son el denominado “principio de proporcionalidad”, resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, tendrá que cumplir con el “principio de la adecuación”, que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación a la libertad de opinión cuando esa limitación no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el “principio de necesidad”, según el cual la medida

limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el “principio de proporcionalidad en sentido estricto”, a partir del cual se determina si la limitación a la libertad de opinión no resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger.

Santiago, diciembre de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Álamos. R (1987) “La modernización laboral”, Estudios Públicos.

(1993), “Mercado Laboral: Reflexiones sobre su Evolución Reciente”, Documento de Trabajo N° 197, CEP, junio.

(1994) “Empleo y Relaciones Laborales: Temas del Futuro”, en F. Larraín (Editor), Chile Hacia el 2000: Ideas para el Desarrollo, CEP.

(1995), “Leyes Laborales: Nuevamente en la Palestra”, Estudios Públicos, 59, CEP, invierno.

, Santiago, 2008.

Álamos, Rodrigo, “La modernización laboral” 1987.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel, “Curso de Derecho Civil”, Tomo I, Parte General y Las Personas, 2da Edición redactada y puesta al día por Vodanovic H., Antonio, Editorial Nascimento, Santiago, 1945

.

Alexy, R., “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático; en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, 2002.

Alexy, Robert, “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, Isonomía, Revista

Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, M. Emilia, “Derecho del Trabajo”, 16º

Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p.124

Amstrong. A (1997), "Tendencias, Magnitudes y Causas de las Huelgas de Trabajadores y Dependientes de un Empleador en Chile". Estudios de Administración, Vol. 4 , N° 1, 1997.

Así opinaba, a comienzos del siglo XX, el abogado de la Audiencia de Bruselas EMILIO STOCQUART, en su obra "El contrato de trabajo. Estudio de Derecho Civil y Legislación Comparada" (Traducción de Ciro Bayo), B. Rodríguez Serra. Editor, Madrid, España, 1902.

Balaguier Callejón, María Luisa, " La constitución Europea y la igualdad de género".

Baltero S. Pablo y Dussert Ch. Juan Pablo, "Liderazgos sindicales emergentes. Documento producido por la Dirección del Trabajo. Santiago 2010.

Barahona, José Manuel, "La evolución del movimiento laboral", en obra colectiva Los Actores de la realidad chilena, Editorial del Pacífico, 1974.

Bascuñan Valdés, Antonio, "Teoría del Ordenamiento Jurídico", apunte de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

Bastida Freijedo, F.J.: "Libertades de expresión e información y medios de comunicación" Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998, Pamplona, 1998.

Baylos, Antonio, Derecho del trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1991.

Benavente, Andrés, "Partido Comunista y Sindicalismo Politizado". Estudios Públicos, 1985.

Blacha, Luis. ¿Elite o clase política? Algunas precisiones terminológicas. En revista Temía, N° 12, FLACSO, Argentina, 2005.

Botero, Catalina, "Informe Anual de la Comisión Interamericana de derechos Humanos y la Libertad de expresión, Editorial Organización de los Estados Americanos, OEA. España, 2009.

Botero, Catalina. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos, comisión interamericana de derechos humanos, OEA, New York, 2009.

Buchi, H. (1993) La Transformación Económica de Chile. Del estatismo a la Libertad Económica, Grupo Editorial Norma.

Bustos Bottai, Rodrigo, "Discriminación por razón de sexo y acciones positivas; reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad", Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, Número 6 julio 2007, ISSN 1698.7950.

Caamaño Rojo, Eduardo. La Discriminación Laboral Indirecta. Rev. Derecho (Valdivia), dic. 2001, Vol. 12, No.2.

Caamaño Rojo, Eduardo y Ugarte Cataldo, José Luis, “Negociación Colectiva y Libertad Sindical”, Editorial Legal Publishing. Santiago. 2008.

Caamaño Rojo, Eduardo. “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo. Revista de derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006.

Caamaño Rojo, Eduardo. Las materias objeto de negociación colectiva y la libertad sindical. Publicado en revista de estudios laborales de la sociedad chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. Santiago, 2008.

Caamaño y Ugarte, “Negociación colectiva y Libertad Sindical”, Legal Publishing,

Calvo Gallego, Francisco Javier. Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencias. Editorial consejo económico y social. España, 1995, en Ruz Herrera, Carla Angélica y Ugarte Cataldo, José Luis, Deberes éticos y contrato de trabajo. Memoria de Grado. Universidad de Talca, 2005.

Cea Egaña, José Luis, citado por Caamaño Rojo, Eduardo, “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XIV, Julio 2003.

-Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición, 2004.

Coeymans. I. E. (2000) “Crecimiento a Mediano y largo plazo en la economía chilena: Consideraciones para un análisis prospectivo” MIDEPLAN, abril.

Colautti, Carlos E, Derechos Humanos, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995.

Coloma, F (1987). "Crear Empleo: Una Tarea Urgente", en Felipe Larraín (Editor), Desarrollo Económico en Democracia, Ediciones Universidad Católica.

Coloma, Fernando - Patricio Rojas R. " Evolución del Mercado Laboral en Chile: Reformas y Resultados.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 12.

Convenio N° 150 (1978), sobre "Cometido, funciones y Organización de la administración del Trabajo".

Corral Talciani, Hernán, "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado", Universidad de los Andes, 2004.

Cortázar, R (1993), "Política Laboral en el Chile Democrático. Avances y desafíos en los Noventas, Ediciones Dolmen.

Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, p. 80; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein vs Perú. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Serie C N° 74, p.149; Corte I.D.H., Caso "La última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Sentencia de 05 de febrero de 2001.

Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C Nº 193.

Cuenca Gómez, Patricia, "Mujer y Constitución: Los Derechos de la Mujer antes y después de la Constitución Española de 1978.

DEL REY GUANTER, SALVADOR, "Acoso sexual y relación laboral", citado por VICENTE

Dictamen de la Dirección del Trabajo Nº 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

Dictamen Nº 0266/099, de 17 de enero de 2007

Dictamen Nº 1.133/36, de 21 de marzo de 2005.

Dictamen Nº 1366/79, de fecha 30 de marzo de 1998

Dictamen Nº 1825/110, de 20 de abril de 1993.

Dictamen Nº 195/8, de 17 de enero de 2002

Dictamen N° 2.447/114, de 25 de abril de 1994.

Dictamen N° 2.831/065, de 31 de julio de 2007.

Dictamen N° 2248/047, de 19 de junio de 2007.

Dictamen N° 2328/130 19.07.2002.

Dictamen N° 260/19, de 24 de enero de 2002

Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002

Dictamen N° 3.160 de 22 de junio de 1984.

Dictamen N° 3.280/183, de 30 de junio de 1999.

Dictamen N° 3.362/102, de 20 de agosto de 2003.

Dictamen N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004, fijó el sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2º del Código del trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral.

Dictamen N° 3.840-194, de 18 de noviembre de 2002.

Dictamen N° 338, de 26 de enero de 1978.

Dictamen N° 4.842/300, de 15.09.1993

Dictamen N° 4535/209 de 05 de agosto de 1994

Dictamen N° 5.516/326, de 04 de noviembre de 1999

Dictamen N° 520/6, de 30 de enero de 2006.

Dictamen N° 5712/339, de 20 de octubre de 1993

Dictamen N° 684/50, de 06 de febrero de 1997

Dictamen N° 8005/323 de 11 de diciembre de 1995

Dictamen N°2 328/130, de 19 de julio de 2002.

Dictamen N°3.965, de 05 de junio de 1969.

DL 2.756, sobre Organización Sindical, y el DL 2.758, sobre negociación colectiva,

ambos de 1979, denominados en su época el “Plan Laboral”.

Duran Bernales , Florencio, “La Política y los Sindicatos”, Zig-Zag, 1959.

en Nº 2856/162, de 30.08.2002

Epstein, Richard A. “Fundamento de la Libertad de Expresión”.

Escribar Mandiola, Héctor, “Tratado de Derecho del Trabajo” , 1944.

Feixes San Juan, T.: “Libertad de expresión”. Anuario 1990, Barcelona, 1991.

Fernández López, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional”, en “Autoridad y democracia en la empresa” Aparicio Joaquín y Baylos Antonio, Editorial Trotta, Fundación 1º de mayo, Madrid, España, 1999..

Ferragoli, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta. Quinta Edición, 2006, Madrid, España.

Gamonal Contreras, Sergio, “Ciudadanía en la empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos” Fundación de cultura universitaria, 1º Edición, Montevideo, Uruguay, 2004.

Gamonal Contreras, Sergio. El daño moral por término del contrato de trabajo: si indemnización en casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Editrem, 2000.

García Patatabrava, María Jesús, “Los derechos de la personalidad como límites de las libertades” Portal de los Universitarios, Justanswer. es/ley/Chile, 2006.

González Pino, Miguel, “Poder Sindical e Inflación”, 1990.

Halpern Montecinos, Cecily, “Las Fuentes del Derecho Laboral”. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, 1997.

Halpern Montecinos, Cecily. Derecho colectivo del trabajo. Departamento de derecho del trabajo. Universidad de Chile, Santiago, 2003.

Humeres Magnan y Humeres Noguera, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” 1996.

Ignacio de Otto Pardo, Derechos Fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1988.

INE 2007: “ Indicadores de Empleo por Sexo y Grupo de Edad”, Separata N°6.

Jadresic, E. (1986) “Elasticidad empleo-producto de la economía chilena”, mimeo, CIEPLAN.

Jeammaud, Antoine, “Le droit du travail...” citado por Goldin Adrian O...,” Las tendencias de transformación del derecho del trabajo. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002

Juri Sabag. Contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Departamento de derecho

del trabajo y seguridad social. Universidad de Chile. Santiago. 2007.

Konrad Hesse, Derecho constitucional y derecho privado, Editorial Civitas, Madrid.

Korsch, K, "Lucha de clases y derecho del trabajo, citado por Baylos, Antonio. Derecho del trabajo. Editorial Trotta, Madrid, 1991.

La legitimación de esa suerte de relación de dominio repasaba en el contrato de trabajo (así,

La legitimación de esa suerte de relación de dominio, repasaba en el contrato de trabajo (Así, Korsch, K).

Ley 18.018, de 1981, modificó numerosas disposiciones del DL 2.200, de 1978, referido a las relaciones individuales del trabajo.

Ley Orgánica Española 1/1982, de Protección Civil del derecho de Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Lizama Portal, Luis, "Derecho a la intimidad de los trabajadores y nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC)", en Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago.

Luigi Ferrajoli, "Derechos Fundamentales". Alianza Editorial. 2001. Madrid.

Mangarelli, Cristina, "Acoso Laboral, concepto y prevención" en Derecho Laboral, Tomo L-N°225, Enero-Marzo 2007. Fundación de cultura universitaria, 1º Edición, 2007.

Martínez, María Salvador, “El Derecho a la Libertad de Expresión”, derecho Constitucional. Universidad de Alcalá de Henares, 202.

Medina, Cecilia, “La Libertad de Expresión”, en C. Medina y J MENA, Eds, Sisitema Jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Serie Publicaciones Especiales Nº 6, Santiago, Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales, 1996.

Memoria Anual de la dirección del trabajo correspondiente a 1996 a 2006.

Miranda, Carlos E. “Libertad de Expresión: El argumento de Spinoza”

Molina R, Rolando: “La participación laboral en la estructura industrial marxista” en obra colectiva Participación para una nueva sociedad, Ediciones Portada, 1979.

Monseñor Jorge M. Mejía, “Ética y Economía de Empresa”.

Montt R. María Eugenia, Formación histórico jurídica del derecho del trabajo. Universidad de Chile. Facultad de derecho. Santiago, 2005.

Moreno, Ernesto, “El Sindicato como actor social de la Democracia”, en estudios Sociales, 1981.

Normas sobre derechos laborales que quedaron establecidas en la Constitución de 1980.

Ordinario N° 287/14, de 11/01/96.

Ordinario N°s 252/15, 13.01.88; 8381/191, 16.11.90; 4958/219,28.08.92; 1936/124, 22.04.93;

Ordinarios N°s 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96; y 2.309/165, de 26.05.98

Organización Internacional del trabajo, 17º Conferencia Internacional de Estadística del Trabajo, Suiza, 203.

Pachés , Fernando, “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo”

Palomeque Lopez, Manuel Carlos, Los derechos laborales en la Constitución española,

Peces-Barba, Gregoria, Derechos Fundamentales, 4º Edición, Sección de publicaciones. Facultad de derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1986.

Perelman, Chaim, “De la Justicia”, citado por LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, José Luis, “Interpretación y Derechos fundamentales en la Empresa”; Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998.

Pérez Luño, Antonio E., “Los derechos fundamentales”, Tecnos, 1998.

Plá Rodríguez, Américo, “Curso de Derecho Laboral”, citado por ERMIDA URIARTE, Oscar, “Modificación de condiciones de trabajo por el empleador”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Prado López, Pamela. La reparación del daño moral ocasionado al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo. Revista laboral chilena 136, 2005.

Quiroga, Valentina, ¿Por qué han caído las tasas de sindicalización”, Santiago, 28, págs 7-8. y Ensignia, Jaime, “Sindicalismo en Chile de hoy”, FES-ACTUAL, Santiago, 2003.

Rodríguez Piñeiro, Miguel. El derecho del trabajo a fin de siglo, citado por Golden Adriano, Las tendencias de transformación del derecho del trabajo, Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2002.

Ruiz Ruiz, Ramón, “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, Revista telemática de Filosofía de Derecho, Nº 10, 2006, p 62

Rureta Uriarte, Pedro, “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 Nº 16 de la Constitución chilena”, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas Nº 9, 2006.

Sáez Lara, Carmen, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, Cuaderno de Relaciones Laborales Nº6, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1995.

Salgado Pérez, Gabriela y Palavicino Cáceres, Adriana, “Protección del derecho al honor del trabajador” en “Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y

Seguridad Social N°3/2004, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, p 118.

Salinero, Jorge. Espacios sociales en interdicción: Hacia una tipología de las prácticas desleales o antisindicales. Dirección del trabajo. División de estudios. Santiago, 2009.

Saraza Jimena, R.: "Libertad de Expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen", Pamplona, 1995.

Sentencia del Tribunal Constitucional Chilena, Rol N° 740-07- CDS, de 18 de abril de 2008.

Sierra Lucas, "Equidad social", 2007.

Silva Bascuñan, "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo XVIII, Editorial Jurídica, Santiago, 2010.

Tapia, F (1997), "Evolución de la Negociación Colectiva en el Código del Trabajo Chileno".

Thayer Arteaga, William, "Introducción al Derecho del Trabajo", Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1984.

Thayer, William, Novoa, Patricio, Manual de derecho del trabajo. Tomo III, Cuarta edición editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003.

Tolonen, Hannu, "Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política", Barcelona 1997.

Ugarte Cataldo, José Luis, "La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De Erizo a Zorro", 2007.

Ugarte Cataldo, José Luis, "Libertad Sindical y Constitución: cómo superar una vieja lectura, e Revista Laboral Chilena, 2008.

Ugarte Cataldo, José Luis, "Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral", Ensayos Jurídicos N° 2-2006, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho.

Ugarte Cataldo, José Luis. Libertad sindical y constitución: Cómo superar una vieja lectura, en Revista Laboral chilena, Santiago, marzo 2000.

Ugarte, José Luis, La reforma laboral de 2001: luces y sombras. Revista laboral chilena, Santiago, 2001.

Uribe Casasbellas, Enrique, "Facultades Fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo", en Revista Laboral Chilena, Santiago 1996.

Valdés Dal Ré, F, Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador en J Aparicio y A. Baylos (comps) Autoridad y democracia de la empresa. Trotta, Madrid.

1992, pág 28. En Diego López.

Valencia, Christian. Derecho de ciudadanía y empresa: apuntes para una configuración dogmática – jurídica. Editorial Conosur, Santiago.

Vega, Pedro. Gaetano mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual. En estudios políticos constitucionales. UNAM, México, 2004.

Walker Linares, Francisco, “El concepto de derecho social”, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, Buenos Aires 1997.y A. Alegría (1993), “Negociación Colectiva y Huelga”, Pontificia Universidad Católica de Chile, Convenio USAID y V Maturana (1996), “ Formación de Salarios Bajo Negociación Colectiva”. Pontificia Universidad Católica de Chile, Convenio USAID.

y V. Fernández (1993), “Los Costos de Despido: El Efecto de las Indemnizaciones por Años de Servicios”, Cuadernos de Economía, 89, Pontificia Universidad Católica de Chile.

