

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA RELACION LABORAL

José Luis Ugarte C. (*)

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La protección a la intimidad plantea de entrada diversos problemas que no siendo propios de los análisis de la dogmática laboral, son imprescindibles de revisar para conocer la estructura y función de este complejo derecho fundamental.

Todos los análisis teóricos preliminares de la intimidad y su protección jurídica giran en torno a resolver algunas cuestiones o interrogantes que, con mayor o menor importancia, se refieren a aspectos como los siguientes: cuál es el origen histórico de la intimidad, cuál es su denominación correcta de este derecho, cómo debe ser conceptualizado, cuál es su contenido y su fundamento.

En las líneas que siguen, y sin ser el objeto propio de este artículo, nos referiremos brevemente a estos problemas de la intimidad y su protección jurídica.

A. Algo de historia.

Respecto de la historia, cabe señalar que la protección a la intimidad es un "invento" de la modernidad, y más específicamente, de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII. En efecto, no es posible, tal como la entendemos hoy, concebir en la Edad Media algo parecido a la intimidad, ya que los sujetos se encontraban recíprocamente relacionados por alambicadas y fuertes redes comunitarias organizadas de manera estamental.

Así, el deseo de estar solo o la aspiración de aislamiento no vendrá a ser realidad sino con el surgimiento político de la burguesía, que, como explica PEREZ LUÑO (1), buscará "acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; aspiración que viene potenciada por las nuevas condiciones de vida. Esto explica, agrega dicho autor, su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Ahora, si bien la idea de intimidad surge asociada con la idea de la propiedad burguesa y como una de sus manifestaciones ("el derecho a estar solo"), pronto recibirá, como lo apunta el autor ya citado, un significativo respaldo teórico de MILL, quien en su obra *On Liberty* (2), sostendrá que sólo se debe responder ante la sociedad por las conductas que afecten a terceros, mientras que en lo que sólo le concierne a él, el individuo no debe responder ante nadie. (3)

Desde el punto de vista jurídico, como apunta NOVOA MONREAL (4), el origen cierto del derecho a la intimidad o privacidad, se produce en Estados Unidos, en un clásico ensayo de Samuel Warren y Louis Brandeis, publicado en 1890, en *Harvard Law Review*, donde se sentaron los fundamentos del nuevo "Right to privacy", entendiéndolo como la facultad de estar solo o ser dejado en paz ("to be let alone").

(*) Abogado, Universidad de Chile; profesor Universidad Internacional Sek.

(1) PEREZ LUÑO, A. *Derechos Humanos, Estado y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid.

(2) MILL, J.S. *On Liberty. En Prefaces to Liberty*. Bacon Press. Boston. 1959. P. 251.

(3) La fórmula de Mill ha sido recogida, con matices por cierto, por diversos textos legales, entre ellos, el artículo 19 de la Constitución de argentina que señala que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, no perjudiquen a terceros están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privarlo de lo que ella prohíbe".

(4) NOVOA, E. *El Derecho a la Vida y Libertad de Expresión*. Editorial Siglo XXI. México. Cuarta Edición. México. 1989. P. 26.

A partir de ahí, la jurisprudencia norteamericana comenzará a prestar auxilio a las demandas fundadas en la protección de la privacidad, siendo su punto más destacado el reconocimiento del status constitucional en 1965 del "Right to privacy", en el famoso caso denominado "Griswold vs. Connecticut", al que nos referiremos más adelante.

En el siglo XX, los primeros textos de Derecho en reconocer la "privacidad" serán las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, en especial, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que habla de "vida privada", expresión que se repetirá en el artículo 17 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y en los incisos 2º y 3º del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos del Hombre de San José de Costa Rica, de 1969.

A partir de este antecedente normativo internacional, los países en el período de post-guerra comenzarán a incorporar el derecho a la intimidad a sus cartas constitucionales, así por ejemplo ocurrirá con Venezuela (1961), Bolivia (1967), Ecuador (1967), Egipto (1971), España (1978), Chile (1980).

Lo anterior, esto es, la constitucionalización del derecho de intimidad, no se producirá, sin embargo, en los países que, quizás, más han aportado a su desarrollo conceptual tales como Estados Unidos, Alemania, Italia y Francia. Dicha circunstancia, sin embargo, como veremos más adelante, ha sido superada o por la elaboración doctrinaria o por la elaboración jurisprudencial.

B. El problema del nombre.

Respecto del problema de la denominación, cabe señalar que, además de las diferencias estrictamente idiomáticas, que se manifiestan que en inglés se hable de "right to privacy", en francés "droit à la intimité" o "droit à la vie privée", en italiano de "diritto alla vita privata" o de "diritto alla riservatezza", y en español de "derecho a la intimidad", "derecho a la vida privada" o "derecho a la privacidad", un punto de debate importante es el referido a si en el plano conceptual nos encontramos con un derecho, con diversos nombres, o, por el contrario, si se trata de varios derechos distintos pero estrechamente relacionados.

Algunos sostienen la tesis que "derecho a la intimidad" y "derecho a la vida privada" se refieren a derechos subjetivos distintos, como para DESANTES, quien señala expresamente que "la protección de la vida privada de la persona y de la familia asegura la protección de todo lo que queda en su interior. En tal interioridad, se encuentra el tema a averiguar: dentro de la vida privada personal –y sólo en cierto modo familiar– hay otra esfera de más pequeño radio, cuyo centro coincide con el núcleo de la personalidad, que es la intimidad". (5)

En nuestro país, y para zanjar de partida este problema atendido el objetivo central de estas líneas, daremos a ambas expresiones un mismo sentido, entendiendo que se refieren al mismo objeto jurídico de protección, siguiendo así el modo en que nuestra doctrina utiliza dichos términos: para NOVOA M. "No se advierte la necesidad de hacer una diferenciación entre lo privado y lo íntimo" (6), y para CEA el artículo 19, número 4, que habla expresamente de "vida privada", busca "asegurar el derecho a la intimidad". (7)

(5) DESANTES, J. *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. Revista Estudios Públicos. CEP. 1992. P. 270.

(6) NOVOA, E. Op. cit. N° 4. P. 47.

(7) CEA, J. L. *El Derecho Constitucional a la Intimidad*. Revista Gaceta Jurídica N° 194. Editorial ConoSur. 1996.

C. El tema del concepto.

En cuanto a la determinación de una definición o de un concepto del "derecho a la intimidad", cabe señalar que como cualquier concepto jurídico fundamental con algún grado de indeterminación, la intimidad presenta una batería de definiciones de diversos autores, con diversos acentos y alcances.

De este modo, por ejemplo, la intimidad para CARBONNIER corresponde al "derecho de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga poder de alejar a los demás", DE CUPIS, a su turno, habla de la intimidad como "la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa, de cuanto concierne a la persona individual", NERSON señala que debe ser entendida como "un sector personal reservado a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, eso que constituye lo esencial de la personalidad", DESANTES la entiende como "aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta de cualquier otra, independientemente de que lo sea; y por tanto, exclusivamente suya que tan sólo él puede libremente revelar", o en fin, para NUÑEZ corresponde a "esa facultad, de toda persona natural para marginar a los demás de ciertos aspectos legítima y razonablemente reservados de su vida personal". Incluso algunos, van más allá de la búsqueda de una definición, como GARCIA MORENTE, y aventuran representaciones físicas de la intimidad, señalando que "el conjunto de la vida privada puede compararse con un cono, en donde la superficie de la base está todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas; pero a medida que los planos van acercándose el vértice y alejándose de la publicidad, van reduciéndose asimismo de extensión, hasta que, llegado al vértice, la vida privada se condensa y concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso".(8)

En rigor, quizás, más útil que la búsqueda de una definición lo suficientemente abarcativa y exacta de la intimidad o vida privada, sea la tarea de intentar determinar cuál es el contenido de dicho concepto, esto es, inquirir por las zonas de la vida de una persona que quedan cubiertas por el derecho respectivo.

En efecto, si algo en común poseen las definiciones sobre este tema, es que, antes que nada, la intimidad se refiere a una "zona" de la vida de las personas que recibe protección del sistema jurídico, para restringir su acceso por parte de terceros.

Surge así, entonces, la inevitable interrogante, más que por el concepto, por la extensión de dicha zona, o lo que es lo mismo, por determinar cuáles son los límites o fronteras ideales que demarcan lo que corresponde a la intimidad o privacidad de las personas.

II. LA INTIMIDAD: EL PROBLEMA DE SU CONTENIDO

¿Cuál es, entonces, el contenido de la intimidad o vida privada?

La respuesta puede ir por dos vías:

En primer lugar, la denominada posición subjetiva, que comprende a aquellos que entienden que la zona que constituye la vida privada o lo íntimo de una persona viene dada por la propia voluntad del sujeto, de manera tal, que será privado lo que él estime que no debe ser conocido públicamente.

(8) Estas, entre otras definiciones, pueden ser encontradas por NOVOA, op. cit. Nº 4, en DESANTES, op. cit. Nº 5, y en NUÑEZ, M. et alt. *Lecciones de Derechos Humanos*. EDEVAL. 1997.

En segundo lugar, la tendencia objetiva, que comprende a todas las concepciones que señalan que, más allá de la voluntad del sujeto, existe una estructura autónoma de lo íntimo que debe ser protegido jurídicamente, y donde es posible ubicar, con matices, a las denominadas teoría de las esferas alemana, las modalidades del aislamiento de Frossini o los torts (agresiones) a la privacidad de Prosser. (9)

Ahora, en rigor, cualquiera sea la postura que sobre la demarcación de las fronteras de lo íntimo se adopte, salta a la vista como una nota común a todos estos intentos, el carácter eminentemente relativo de lo "privado" o "lo íntimo", cuestión que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina que, como NOVOA MONREAL, ha señalado que no existe "concepto absoluto de vida privada, con límites y contenidos fijos e inmutables. Es preciso aceptar, por consiguiente, que se ha de trabajar con un concepto multiforme, variable e influido por situaciones contingentes de la vida social". (10)

Pero para efectos prácticos ¿cómo debe operarse, entonces, para determinar qué hecho o parte de la vida de una persona en concreto, incluido el trabajador, se encuentra adentro de la frontera de lo íntimo o privado?

A nuestro juicio esa es una tarea de aplicación del derecho que, más allá de las disquisiciones conceptuales y dogmáticas sobre la intimidad, debe llevar al operador del derecho, incluidos los del ámbito laboral, por el siguiente camino:

En primer lugar, lo íntimo corresponde a aquellos conceptos que, en palabras del inglés HART, se conocen como de "textura abierta", esto es, un término que presenta varias dimensiones: una serie de objetos a los que indubitablemente se les aplica (núcleo positivo de referencia), una serie de objetos o conductas a los que claramente no se les aplica (núcleo negativo de referencia) y una zona intermedia, donde es dudosa su aplicación (zona de penumbra). (11)

En segundo lugar, y continuando la idea anterior, la intimidad tiene un núcleo positivo de referencia, determinado por ciertos hechos o aspectos de la vida de una persona que nadie duda pertenece a dicha zona. Efectivamente del uso normal del lenguaje, y de la propia literatura jurídica sobre el tema, se sigue que algunos aspectos son decididamente parte de la intimidad de una persona: vida conyugal, vida sexual y relaciones familiares.

En tercer lugar, frente al núcleo positivo, se encuentra el núcleo negativo de referencia, esto es, aquellas conductas o aspectos de la vida de una persona, respecto de los cuales existe coincidencia en entenderlo como no integrantes de la intimidad del sujeto, por pertenecer a la vida pública del mismo. En esta zona "no íntima" (pública) se encontrarían, el desempeño o ejercicio de una función pública, el desempeño de una tarea laboral o económica, actos con compromiso real del interés público, etc.

(9) La doctrina alemana distingue entre la esfera privada (*Privatsphare*), la confidencial (*Vertrauensphare*) y la esfera del secreto (*Geheimsphare*). Frossini, en Italia, a su turno, distingue cuatro modalidades del aislamiento: la soledad, la intimidad, el anonimato y la reserva. Por último, W. Prosser, en la doctrina norteamericana distingue los siguientes torts a las privacidad: intrusión en la vida privada, divulgación de actos privados, divulgación de hechos que originan una falsa imagen pública y apropiación indebida para provecho propio del nombre o imagen ajena. Al respecto ver: NOVOA, E. Op. cit. Nº 4, PEÑA, C. Op. cit.

(10) NOVOA M. Op. cit. Nº 4.

(11) HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo - Perrot. 1963. P. 159.

En cuarto y último lugar, en el medio de los núcleos señalados, se encuentra una "zona de penumbra", constituida por ciertos actos o aspectos de la vida de una persona donde el carácter privado o íntimo es problemático, y suscitándose duda acerca de donde, en definitiva, deben ser ubicados en este esquema espacial de la intimidad.

Para la decisión acerca de donde se sitúa el umbral de lo íntimo en estos "casos de penumbra", el órgano aplicador del derecho debe, a nuestro juicio, siguiendo a NOVOA MONREAL, tomar en cuenta el siguiente elemento: si el conocimiento por extraños del hecho o aspecto de la vida a que se refiere el problema, suscita en el afectado "turbación moral", por afectarse sus sentimientos "de recato y pudor", entonces, debe entendérselo como integrante de su intimidad.

Dicho en otras palabras, el límite de la intimidad, entendida como zona ideal de protección, en estos casos difíciles, se determina utilizando una suerte de evaluación del riesgo moral: si el acceso por extraños o terceros a dicho hecho o aspecto de la vida, cuyo carácter íntimo está en duda, genera perturbación afectiva en el titular, entonces, dicho hecho o aspecto está dentro de la frontera de lo íntimo.

Ahora, la turbación moral del afectado debe medirse, según un criterio de sujeto tipo o medio, como si a cualquier persona normal, atendida la concepción ética dominante en la sociedad acerca del recato y pudor, la invasión a dicha zona de la vida le hubiere producido una perturbación moral o afectiva.

En ese sentido, la determinación de lo íntimo queda más bien entregada a un criterio mixto: por una parte, objetivo en cuanto a los núcleos positivos y negativos de la intimidad, y subjetivo en cuanto a la zona de duda o penumbra, donde debe atenderse a cada situación y cada sujeto para determinar la extensión de lo privado, sin perjuicio que en este último caso no debe atenderse a la mera opinión del afectado, sino que debe operarse con un criterio tipo o estándar como, por ejemplo, al que alude el Código Civil cuando habla del hombre ordinario que cuida sus negocios (artículo 44).

Este mismo esquema zonal de la intimidad, como veremos más adelante, será aplicable a la relación laboral, ya que existen ciertas cuestiones de la vida del trabajador que deben quedar definitivamente fuera del alcance del empleador (intimidad), como por ejemplo, sus inclinaciones sexuales o religiosas, y otras que nadie duda pueden ser objeto de control, y, por tanto, de invasión del empleador, como por ejemplo, el control de la productividad del trabajador. En el medio, se encuentra la zona problemática que será objeto de nuestra atención en el final de este artículo y donde se producen los verdaderos problemas del derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, como por ejemplo, las revisiones corporales, los tests médicos, y los controles visuales al trabajador.

III. LA INTIMIDAD Y EL SISTEMA JURIDICO

La recepción del derecho a la intimidad o vida privada por parte de los sistemas jurídicos, como ya señalamos, es reciente, y data fundamentalmente de este siglo. Dicha recepción se ha producido, en lo normativo, a través de dos fuentes formales del derecho: la Constitución y la ley.

En el plano constitucional, el modo de reconocimiento ha sido distinto:

En primer lugar, se encuentran los países que, siguiendo las Declaraciones Internacionales de Derechos, expresa y nominalmente han reconocido en sus textos fundamentales el

derecho a la intimidad o a la vida privada, como los casos ya citados, de Ecuador (artículo 19), Honduras (artículo 76), España (artículo 18,1), Chile (artículo 19, numero 4) y Brasil (artículo 5 X).

En segundo lugar, se encuentran aquellos países que sin referirse expresamente al derecho a la intimidad o a la vida privada, reconocen manifestaciones específicas o determinadas de dicho derecho (inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, protección contra registros, etc.), como Italia, Uruguay o Canadá(12), cuestión que ha llevado a las doctrinas y jurisprudencias respectivas ha entenderlo implícitamente reconocido.

En este último caso está Estados Unidos, ya que pese a constituir el país de origen doctrinario de este derecho, su Declaración de Derechos no se refiere ni garantiza expresamente el denominado "Right to privacy".

Sin embargo, el continuo desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, perfiló y estructuró este derecho, cuya existencia, como destaca SCHWARTZ(13), será definitivamente reconocida por la Corte Suprema, a partir del caso Griswold vs. Connecticut(14), señalándose que dicho derecho "estaba bajo la penumbra protectora de las garantías específicas de la Declaración de Derechos". Quizás, cabría agregar, que la falta de un texto constitucional más explícito en esta materia, lejos de representar una desventaja, ha constituido un desafío que las comunidades dogmáticas de estos países han enfrentado con solvencia, y cuyo resultado es, como ya se describió, que las más sofisticadas teorías sobre el alcance de la intimidad provengan de sus autores, como, por ejemplo, la teoría de las esferas alemana o la norteamericana de los atentados a la privacidad.

IV. DERECHO A LA INTIMIDAD Y SISTEMA JURIDICO CHILENO

La situación de Chile es algo peculiar, ya que mientras se encuentra dentro de los países que expresamente reconocen en su Constitución el derecho a la vida privada (artículo 19, número 4), no se dispone de una regulación legal de este derecho fundamental de manera sistemática y general, sino que de regulaciones parciales y sectorizadas, que más bien responden a modelos tradicionales del tratamiento de la materia, y que no permiten obtener con mediana claridad un concepto más preciso sobre qué debe comprender la intimidad en Chile.

Así, en el orden penal, nuestro Código del ramo contempla los tipos penales tradicionales en esta materia, a saber: violación de domicilio, allanamiento ilegal, apertura y registro de correspondencia y papeles, figuras ilícitas a las que debe agregarse, de acuerdo a la Ley Nº 19.423, el nuevo tipo contemplado desde 1995, referido a las escuchas telefónicas, y agregado al Código Penal.

A su turno, en el ámbito civil, al igual que el resto de los Códigos del siglo anterior, el Código Civil chileno carece de regulación referida en general a los denominados derechos de la personalidad, y en particular, al derecho a la intimidad. En este último caso, al no existir disposición

(12) Ver NOVOA, E. Op. cit. Nº 4.

(13) SCHWARTZ, B. *Algunos Artífices del Derecho Norteamericano*. Abeledo-Perrot. 1985. P. 194.

(14) En 1965 la Corte Suprema de Estados Unidos consideró inconstitucional una ley estatal que prohibía el uso de anticonceptivos, en razón de que infringía el derecho a la privacidad marital.

expresa sobre la materia, la protección de la intimidad ha quedado enmarcada dentro de la responsabilidad extracontractual. Así, se encarga de destacarlo NOVOA, quien señala que "en muchos países, siguiendo la jurisprudencia francesa, se ha dispensado un efectivo amparo al derecho a la vida privada, mediante aplicación de reglas y principios generales del derecho civil, especialmente de aquellos que rigen la responsabilidad extracontractual".(15)

En dicho contexto, quizás, los textos legales más interesantes en nuestro país para la protección a la intimidad, corresponden a normativa no codificada: la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, del 4.09.1967, y la recientemente publicada Ley N° 19.264, del 28.08.1999, sobre Protección a la Vida Privada, en especial, si se destaca el hecho que ambos textos son útiles para intentar fijar un contenido mínimo de la intimidad.

En el primer caso, de la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, que busca regular el ejercicio de la libertad de información por algún medio de difusión de los que señala, se sanciona como ilícito, en su artículo 22, la "imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de alguno de los medios señalados en el artículo 16" cuando causen menoscabo o daño.

Lo interesante, a efectos de nuestro estudio es que la Ley de Abusos de Publicidad entregó, a propósito del ilícito de difamación recién señalado, algunos criterios de qué debe entenderse por "vida pública", al señalar que no debe considerarse vida privada (artículo 22, inciso tercero), y qué debe entenderse por "vida privada", al señalar expresamente que hechos "se considerarán, en todo caso, pertenecientes a la vida privada" (artículo 22, inciso final), entre los que se encuentran "la vida sexual, conyugal o doméstica".

A su turno, la recién dictada Ley N° 19.264, sobre Protección a la Vida Privada, que busca resguardar los datos de carácter personal contenidos en base de datos, a propósito de la definición de la noción de datos sensibles, cuyo tratamiento se prohíbe salvo consentimiento del titular o autorización legal, señala en su artículo 1º, letra g), que corresponden a datos personales referidos, entre otros, "a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual".

De la armonía de ambos textos, surge que en Chile, en definitiva, debe entenderse como parte de la vida privada o intimidad, a lo menos, lo siguiente: la vida sexual, la vida y los hábitos domésticos, las opiniones y las creencias políticas y religiosas, y los estados de salud físicos o síquicos.

V. DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO LABORAL

El caso específico del panorama de la legislación laboral de Chile, es bastante simple: no existen disposiciones jurídicas expresas dirigidas a regular el derecho a la intimidad de los trabajadores.

(15) NOVOA, E. Op. cit. N° 4. P. 47.

Esto, en verdad, no es ninguna peculiaridad de nuestro Derecho, ya que en general, salvo casos excepcionales (16), la legislación laboral comparada ha olvidado regular lo que se denomina, siguiendo a PALOMEQUE, derechos laborales constitucionales inespecíficos (17), ya sea que se trate de la libertad de expresión, la no discriminación, la imagen o la intimidad del trabajador.

Lo anterior obliga, antes de entrar de lleno a revisar los problemas de la intimidad en la relación laboral y sus posibles soluciones jurídicas, a cuestionarse dos temas fundamentales: en primer lugar, tiene sentido jurídico hablar de un derecho a la intimidad del trabajador frente al empleador, y en segundo lugar, si lo tiene, qué importancia tendría dicho derecho en el ámbito laboral que lo distinga del resto de los ámbitos de la vida social.

1. Efecto Horizontal del Derecho.

Lo primero, nos lleva directamente al tema de si los derechos fundamentales, como la intimidad, contemplados en las declaraciones de derechos de las Constituciones modernas, son exigibles entre ciudadanos particulares, como por ejemplo, entre el trabajador y el empleador, o sólo corresponden a derechos que el ciudadano tiene para oponer frente a la acción del Estado.

La respuesta que hoy parece dominar en el mundo comparado a esta interrogante es conocida como la doctrina de la *Drittewirkung der Grundrechte*, y que, como explica

(16) Se suele citar como una excepción a esta falta de regulación legal de los señalados derechos en el ámbito laboral al Estatuto de los Trabajadores de Italia de 1970 que entre otras disposiciones establece la prohibición del uso de instalaciones audiovisuales con fines de control de la actividad de los trabajadores (artículo 4º), limitación de los registros personales a los casos en que éstos sean indispensables para la tutela del patrimonio empresarial (artículo 6º), prohibición de todo tipo de indagaciones sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, tanto a efectos de contratación como en el desarrollo de la relación de trabajo (artículo 8º). En un sentido similar, pero de modo mucho más parcial, el Estatuto de los Trabajadores de España señala, en su artículo 4º letra e, el derecho de los trabajadores "al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual". La regulación legal de la intimidad del trabajador en ambos casos ha generado crítica de la doctrina, en Italia, por su "envejecimiento" y "rigidez", según explica GAETA, L. *La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación*, y en España, por la falta de "límites concretos y objetivos" al poder de control del empleador, según apunta MARTIN AGUADO, A. *Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador*.

Ambos en Autoridad y Democracia en la Empresa. Editorial Trotta. España. 1992. Incluso, en el caso español, algunos como SANGINETTI, critican ácidamente la lógica del Estatuto de los Trabajadores en esta materia, la que "antes de garantizar la efectividad de estos derechos, busca legitimar o respaldar el ejercicio de los poderes empresariales en relación a los mismos". SANGINETTI. *Derechos Fundamentales Inespecíficos y Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Informe sin editar en Chile.1997. P. 8.

(17) Los "derechos constitucionales inespecíficos del trabajador", en contraposición a la libertad sindical y la negociación colectiva, serían 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 (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas" . Al respecto ver PALOMEQUE, M.C. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales. 1991. P. 31. Asimismo, de PALOMEQUE, ver *Derecho del Trabajo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres. 1998. P. 140.

VON MUNCH, "la jurisprudencia y la doctrina constitucional y civil alemanas entienden como la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado" (18) y cuyo origen histórico proviene, paradójicamente, de la justicia laboral. (19)

Dicha idea se ha expandido rápidamente a otras culturas jurídicas distintas de la germana, y se ha convertido, como señala el mismo VON MUNCH, "en un artículo de exportación jurídica", penetrando en el pensamiento jurídico de países como "España, Portugal, Irlanda, Italia, Holanda, Austria, Suiza e incluso, Japón". (20)

Dicha idea supone, como señala ROJAS, que los derechos fundamentales "rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado". (21)

En otras palabras, las de PEÑA, esta doctrina corresponde a "la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor". (22)

En Chile, tal como lo señaláramos en otra oportunidad (23), esta doctrina también ha sido recepcionada, sin que se haga referencia explícita a la Drittewirkung alemana (24), bajo la denominación del "principio de vinculación directa de la Constitución", que en palabras de VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA, consiste "en la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución". Agregándose, según esos mismos autores, que los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución, son absolutos "porque ese respeto puede reclamarse indeterminada a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera". (25)

De esta suerte, en aplicación de las relaciones jurídicas entre particulares tiene plena vigencia los derechos fundamentales, cuyo efecto horizontal, permite sostener la

-
- (18) VON MUNCH, I. *Drittewirkung de Derechos Fundamentales en Alemania*. En Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. Cuadernos Civitas. España. 1997. P. 25.
- (19) El Tribunal Laboral Federal dictó, el 5 de mayo de 1957, una famosa sentencia en que anuló cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. En este caso, una joven trabajadora de un hospital había sido despedida por haber contraído matrimonio, cuestión que, de acuerdo a una cláusula del contrato de trabajo suscrito, habilitaba el empleador a despedirla. El Tribunal Laboral Federal estimó, aplicando por primera vez la doctrina de la Drittewirkung, que dicha cláusula contractual era nula, porque vulneraba directamente los derechos fundamentales de protección a la maternidad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.
- (20) VON MUNCH. Op. cit. N° 18. P. 30.
- (21) ROJAS, G. *La Libertad de Expresión del Trabajador*. Editorial Trotta. Madrid. 1991. P. 40.
- (22) PEÑA, C. et alt. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Cuaderno de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. 1996, N° 6, P. 667.
- (23) Al respecto ver "Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa". LIZAMA, L. y UGARTE, J. Editorial ConoSur Ltda. 1998.
- (24) En nuestro país, muy pocos autores parecen haber recepcionado la idea de la Drittewirkung, entre ellos, de la civilística, se puede citar a PEÑA, op. cit. N° 16 y PIZARRO, C. *Los Derechos Fundamentales y los Contratos. Una mirada a la Drittewirkung*. Revista Gaceta Jurídica N° 221. Año 1998.
- (25) VERDUGO, M. et alt. *Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica. 1997, P. 193.

existencia, entre otros, de un derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, cuyo titular, para la óptica que nos interesa, es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador. (26)

1.1. Derechos fundamentales entre privados: la peculiaridad de la relación laboral.

La sola doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones particulares podría hacer parecer inútil un análisis de dichos derechos, incluido el de intimidad, al interior de la relación laboral, ya que siendo ésta una relación entre privados, sólo queda, como en cualquier otra relación de relevancia jurídica, hacer aplicación de estos derechos otorgándoles la protección que corresponda.

Surge entonces, la pregunta ¿cuál es la razón específica por el cual este tema de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral deba ser objeto de algún grado particular de preocupación distinto del común de las relaciones entre particulares?

La respuesta apunta a destacar el hecho de que la relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de la subordinación o dependencia por parte del trabajador en relación con su empleador, esto es, el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular. De este modo, los derechos fundamentales, incluida la intimidad, admitidos de pleno en las relaciones laborales, plantea una situación jurídica de complejidad, atendida la existencia de la mencionada subordinación jurídica, que se manifiesta en los poderes que el empleador ejerce sobre el trabajador y que sugestivamente son denominados "potestad jurídica de mando" o "poder de dirección", y cuyo correlato jurídico, con un no menos sugerente nombre, corresponde al "deber de obediencia" del trabajador.

Dicho de otro modo, la plena inserción de los derechos fundamentales, en este caso de la intimidad, en la relación laboral se construye en un escenario "de tensión bastante evidente: por una parte, un soporte jurídico normativo constitucional, constituido por una nueva concepción del ciudadano como portador de derechos fundamentales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral, por otro lado, construida sobre un modelo de obediencia y fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular" (27), cuestión que justificaría un análisis especial de este tipo de derechos fundamentales dentro o al interior de esta especialísima relación jurídica.

-
- (26) Aunque por razones de espacio no nos haremos cargo de ello, cabe hacer presente lo siguiente: la idea de la Drittirkung o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tanto en Alemania como en los países donde ha sido recepcionada, no es en absoluto pacífica y ha dado lugar a numerosas discusiones en cuanto a su alcance. Es así, que en Alemania, como lo explica ALEXY, existen tres visiones distintas de la Drittirkung: la de la eficacia inmediata, sostenida inicialmente por el Tribunal Laboral Federal, en especial por su presidente Nipperdey, la de la eficacia mediata, tesis actual del Tribunal Constitucional, y la del efecto producido a través de derechos frente al Estado, sostenida por Schwabe. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. 1997. P. 511.
- (27) LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. cit. N° 23. P. 167.

2. El derecho a la intimidad en la relación laboral.

De las consideraciones anteriores, surge como el problema fundamental a resolver el siguiente:

¿Cómo debe, entonces, y supuesta la plena eficacia del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, solucionarse la tensión entre este derecho y la potestad de mando del empleador?

La solución, al menos en una aproximación inicial, parecería fácil: el derecho fundamental de la intimidad, con rango de garantía constitucional, no puede ser restringido, afectado o limitado, sino por la existencia de otro derecho de igual rango o jerarquía, o por expresa disposición de la ley, la que, sin embargo, según lo exige nuestro país, el artículo 19, número 26, de la Constitución, no puede afectar en "su esencia" el derecho de que se trate.

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

Así, lo señala la autora uruguaya GUIZIO, que expresa que "el ingreso a una relación laboral no implica una abdicación del derecho a la intimidad; siempre existirá un reducto infranqueable a los poderes de dirección y vigilancia del patrono". (28)

El problema, sin embargo, según se avanza, se muestra un poco más complejo: no basta con constatar la existencia de un derecho a la intimidad del trabajador, para entender el poder de mando del empleador automática y categóricamente limitado a dicho derecho, sino que queda pendiente el problema, precisamente el más complejo de todos, en qué medida o con qué intensidad se va a producir dicha limitación.

En ese sentido, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*drittewirkung*), como el derecho a la intimidad en la relación laboral, no es exactamente igual a la vigencia de dichos derechos frente al Estado, donde es posible afirmar, al menos en el plano conceptual, con mayor certeza que la intimidad importa un límite automático y categórico al poder estatal.

¿Dónde residiría la diferencia?

Como lo destaca ALEXY, "existe una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales". (29)

(28) GUIZIO, G. *La protección de la intimidad del trabajador en el Derecho Laboral uruguayo*. Revista del Colegio de Abogados de Uruguay. Tomo XXXII. 1995. P. 68.

(29) ALEXY, R. Op. cit. N° 26. P. 512.

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

La consecuencia de esta vigencia relativa o "matizada" de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, específicamente en la relación laboral, importa la admisión de restricciones o limitaciones adicionales a dichos derechos, que en otros contextos, fuera de dicha relación, serían inadmisibles jurídicamente, justificadas en todo caso, como acabamos de ver, en la existencia de una colisión de derechos fundamentales entre las partes.

Un buen caso de una recepción expresa de dicha idea corresponde al Tribunal Constitucional español, que en la sentencia 120/1983, señaló que la relación laboral "genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto son legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro de dicha relación".

Otro caso, ahora a nivel legal, como explica SUPIOT, es la "fórmula clarificadora" del artículo 122-35 del Código del Trabajo francés, que prescribe que "los derechos de las personas y las libertades individuales o colectivas pueden sufrir en ella todas las restricciones que justifica la ejecución del trabajo".⁽³⁰⁾

¿Cómo ha de determinarse esta vigencia especial (matizada) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares?

El alcance de la vigencia de los derechos fundamentales en este caso, deberá determinarse mediante un equilibrio de los derechos fundamentales de las partes de la relación jurídica de que se trate, siendo dicha tarea "en última instancia, como señala ALEXY, una cuestión de ponderación".⁽³¹⁾

En Chile, en el ámbito laboral, la misma idea del "sopesamiento de los derechos en juego", ha sido expresada por la Dirección del Trabajo que, frente a la consulta de una empresa minera por la legalidad de los exámenes antidrogas, señaló que "la solución al caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa dentro de la empresa, con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución" (Dictamen N° 8.273/335, 1995).

Lo anterior, eso sí, sobre el supuesto expreso de entender, como lo ha hecho en Chile la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo (32), que la potestad de

(30) SUPIOT, A. Crítica del Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. España. 1994. P. 178.
(31) ALEXY, R. Op. cit. N° 26. P. 514.

(32) Dicho organismo público de fiscalización laboral expresamente ha señalado, en Dictamen N° 8.273, de 1995, que "el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad de 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".

mando o poder de dirección del empleador, no es sino la manifestación directa y evidente de algún derecho fundamental tal como la propiedad privada o la libre contratación económica. (33)

3. La intimidad del trabajador y los derechos económicos de la empresa (potestad de mando): el problema del balanceo y ponderación de derechos.

Establecido el derecho a la intimidad del trabajador frente a la potestad del empleador, en el marco de la relación laboral, es claro que el análisis hasta aquí realizado puede ser sintéticamente expuesto en los siguientes puntos:

- Existe un derecho a la intimidad plenamente vigente en la relación laboral, cuyo titular es el trabajador y cuyo sujeto pasivo es el empleador.
- La vigencia de dicho derecho fundamental a la intimidad, dotado de efecto horizontal, debe ser "matizada" dentro de la relación laboral, frente a los derechos constitucionales del empleador, con los que puedan entrar en colisión, como son el derecho de propiedad, la libre contratación y la libertad económica.
- Dicho matiz, que no viene dado por la estructura normativa del derecho, sino por la modalidad de vigencia que adoptan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, importa una tarea de ponderación de derechos en juego o competencia, la que se materializará en diversas operaciones de "balanceo o sopeso" entre la intimidad y los derechos económicos del empleador.
- El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular, no pueden ser efectuados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea corresponde al órgano aplicador del derecho, sólo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia, en este caso, entre la intimidad del trabajador y los derechos económicos del empleador.

A partir de esta síntesis, y para seguir avanzando, es posible efectuar la pregunta que condensa la fundamental de este tema ¿cómo debe, entonces, solucionarse la tensión entre el derecho de intimidad del trabajador y la potestad de mando del empleador, expresión de sus derechos constitucionales económicos?

La respuesta pasa por distinguir dos dimensiones fundamentales en la tarea de "balanceo y ponderación" ya señalada: una dimensión de descarte y una de equilibrio.

En la dimensión de descarte, no existe en rigor, sopesamiento que efectuar, o este es mínimo, ya que se trata de aquellas zonas de la vida del trabajador donde la colisión de derechos no se produce o produciéndose, está tajantemente resuelta a favor de una de las puntas en juego. En el caso de la intimidad, como ya señalamos, existen ciertos

(33) En España, por ejemplo, AGUADO no comparte la visión en este punto, del conflicto entre derechos fundamentales que requiere una solución, previo balanceo y sopesamiento, ya que "la tutela de la vida privada y de la intimidad del trabajador puede sufrir limitaciones únicamente cuando los derechos que incorpora entran en colisión o concurrencia con otros derechos de equivalente rango. Este tipo de limitaciones no pueden basarse en derechos como la libertad de empresa, que gozan de una menor protección constitucional al ocupar una posición jerárquica inferior". Op. cit. N° 16. P. 54. Al respecto, sólo cabe señalar que esta afirmación, al menos en Chile, no encuentra apoyo ni normativo ni doctrinario: no existe de modo explícito en Chile una jerarquización de los derechos fundamentales al modo indicado por este autor.

aspectos de la vida del trabajador que no es legítimo que el empleador conozca en ninguna circunstancia de una relación laboral normal, tales como, siguiendo el criterio del legislador a propósito de las leyes como las citadas Nº 16.643 (abusos de publicidad) y Nº 19.264 (protección a la vida privada y base de datos), comprende, entre otros aspectos: los hábitos personales, el origen racial, las ideologías, las opiniones políticas (y todo lo que corresponde al núcleo positivo de referencia de la intimidad), y por ello, siempre la balanza deberá inclinarse a favor del derecho a la intimidad, quedando de antemano descartado la preeminencia de los derechos del empleador.

En el sentido opuesto, la dimensión de descarte a favor de los derechos económicos de empleador, dice relación con aquellos aspectos de la vida del trabajador que, en principio, indudable y legítimamente pueden ser conocidos por el empleador, y que escapan de la protección normativa del derecho a la intimidad, tales como: individualización del trabajador, datos referidos a su aptitud o idoneidad personal para el cargo, forma de desarrollar los servicios convenidos, experiencia anterior, cumplimientos de deberes militares, etc., (y todo lo que diga relación con el núcleo negativo de referencia de la intimidad).

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

¿Cuáles serían aquellos casos que constituirían la "zona problemática" de convivencia entre la intimidad del trabajador y el poder de dirección del empleador y que exigen una cuidadosa tarea de "ponderación de derechos"?

O en otras palabras, ¿en qué situaciones puede considerarse que el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, está amenazando o vulnerando el derecho fundamental del trabajador a la intimidad?

La pregunta nos lleva de lleno al tema de las conductas presumiblemente violatorias de la intimidad del trabajador. Ahora, la falta en nuestro país de decisiones relevantes de los tribunales y de desarrollo doctrinal en esta materia, hace que la respuesta de la pregunta señalada sea bastante tentativa.

En ese sentido, existen distintas perspectivas para desarrollar un registro de las situaciones problemáticas e invasivas de la intimidad del trabajador que constituya esa zona intermedia que hemos adjetivizado como "problemática". Un buen ejemplo de ello, son las miradas que de este tema adoptan dos autores uruguayos, PLA y GUIZIO, que han efectuado interesantes intentos de clasificar las situaciones que generan problemas en este tema.

PLA divide las situaciones problemáticas de la intimidad del trabajador en cuatro: trámites de selección de personal, control de la actuación laboral, vida de trabajo y temas extralaborales (34). A su turno GUIZIO, distingue entre dos grandes categorías del problema: la violación de la privacidad físico-espacial del trabajador y la indagación en la vida privada o interioridad del trabajador. (35)

(34) PLA, A. *La protección de la intimidad del trabajador*. Revista Internacional del Trabajo. O.I.T. Nº 3. 1995. P. 341.

(35) GUIZIO, G. Op. cit. Nº 28. P. 69.

A nuestro juicio, sin negar la utilidad de los intentos clasificatorios, lo fundamental es tener en cuenta que las clasificaciones y las categorías que se puedan construir están evidentemente sujetas a la elasticidad que este tipo de conceptos presenta, de modo tal que las conductas invasivas pueden ser infinitas, y dependen de múltiples factores (culturales, económicos y sobre todo tecnológicos).

Dichos actos, como ya dijimos, pueden ser múltiples, y sólo para efectos expositivos los dividiremos en dos categorías fundamentales, atendida qué dimensión de la intimidad del trabajador resulta infringida: la intimidad físico-espacial o la intimidad moral o afectiva.

3.1. Invasión de la intimidad físico-espacial.

En esta categoría se encuentran las diversas conductas del empleador que podrían entenderse que afectan la dimensión física y espacial del trabajador, y que de acuerdo a los criterios éticos dominantes, aunque no de modo categórico, podrían ser consideradas parte del núcleo positivo de la intimidad de cualquier persona, incluido el trabajador.

En esta categoría se comprenden diversas acciones, entre las cuales, revisaremos las siguientes:

a) Control de la persona, efectos y bolsos.

La revisión de la persona, sus efectos o casilleros (lockers) son un medio de control de relativo uso en nuestro país, surgiendo de inmediato la duda acerca de su legalidad al interior de nuestro orden jurídico laboral.

Cabe señalar que, en general, parece ser distinta la situación de la revisión de la persona propiamente tal, del examen de efectos personales como bolsos, casilleros o lockers. En el primer caso, la medida es considerada tremadamente discutible, mientras que en el segundo existe una aceptación más o menos generalizada.

En Italia, los registros personales están limitados a los casos en que estos sean indispensables para la tutela del patrimonio empresarial (artículo 6º del Estatuto del Trabajo), en España, a su turno, el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que lleva el título de "inviolabilidad de la persona del trabajador", fija las condiciones en que puede efectuarse el señalado registro, señalando que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible".

En América Latina, respecto de la revisión de la persona del trabajador su aceptación, según PLA, está sujeta a múltiples condiciones: "deben ser efectuadas por personas del mismo sexo (Brasil, Perú); sin la presencia de terceros (Brasil); respetando el pudor de la persona revisada (Brasil)". (36)

(36) PLA, A. Op. cit. N° 34. P. 347.

En Chile, el único referente jurídico, proviene de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, emanada del ejercicio de su facultad interpretativa de la legislación laboral, que en esta materia a transitado por dos etapas bastante claras: del rechazo absoluto a la revisión de las personas, efectos personales o casilleros, a una aceptación condicionada.

En una primera época, que sorprendentemente se inicia ya en 1969⁽³⁷⁾, cuando muchos países "desarrollados" ignoraban el tema, hasta aproximadamente 1993, se sostuvo que las revisiones directas y materiales de la persona como la de sus efectos personales o casilleros eran absolutamente invasivas de la intimidad de la persona, no considerándolas legítimas jurídicamente.

Así, en Dictamen Nº 2.449, de 1982, la Dirección del Trabajo sostenía que la revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores no se ajustaba a derecho, en cuanto "atentan contra su dignidad y honra, toda vez que con ello se estaría infringiendo el artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República, el cual en su inciso 1º asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia".

En una segunda época, haciendo un novedoso ejercicio de balanceo de derechos, aceptó las revisiones de efectos personales y de la persona, pero exigió el cumplimiento de ciertas condiciones, señalando que "resulta lícito que el empleador plantea medidas de control y revisión", pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles, entre otros derechos, con el respeto de la honra, privacidad y dignidad de las personas (Dictamen Nº 8.005/323, de 11.12.95).

Para garantizar el respeto a dichos derechos del trabajador, la Dirección del Trabajo ha exigido, en una abundante línea de jurisprudencia (Dictámenes Nº 8.273/337, de 1995, Nº 287/14, de 1996, Nº 6.658, de 1996), como límites generales a cualquier control laboral, incluido los tests médicos como veremos más adelante, las siguientes condiciones:

- "a) Las medidas de revisión y control de las personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, debe necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley.
- b) 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 ya señalados.

(37) El 5 de junio de 1969, la Dirección del Trabajo emitía el Dictamen Nº 3.965, que rechazaba la legalidad de la pretensión del empleador de "consignar en el Reglamento Interno un sistema de revisión y control a la salida de los operarios, que consiste en accionar una palanca sorteadora, la cual indicara a qué obrero el portero debe registrar", por ser "atentatorio contra la dignidad del trabajador sometido a este tipo de controles en su persona".

- c) Las medidas, además, no deben tener un carácter prepolicial, investigatorio 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, que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones".

La Dirección del Trabajo, introduciéndose más allá de la simple enunciación de principios o criterios generales como los indicados, ha procedido a darles aplicación concretas, considerando como jurídicamente reprochables, ciertos mecanismos de revisión que no han cumplido con las condiciones o límites señalados, fundados en el derecho de intimidad o vida privada del trabajador: el control del peso del trabajador.

En efecto, frente a la exigencia de una empresa de alimentos a sus trabajadores de controlar y registrar su peso a la entrada y a la salida del trabajo, junto con la firma del registro de asistencia, como medio de revisión para evitar posibles hurtos de productos, la Dirección del Trabajo, en Dictamen N° 3.347/132, del 13.06.96, señaló que dicha medida "no se ajusta a derecho", por cuanto queda "claramente de manifiesto 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 de trabajo, no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley".

b) Controles médicos: tests ocupacionales.

El control del empleador sobre el trabajador, usualmente se produce a través de los denominados test médicos, que buscan determinar la situación de diversos aspectos de la salud del trabajador, lo que eventualmente puede generar un problema para la intimidad del trabajador, si lo que se evalúa no dice relación directa con la prestación de los servicios convenidos.

Lo problemático de los tests médicos en el trabajo ha sido puesto de manifiesto por la O.I.T. que ha señalado, en la Reunión Interregional de Expertos, de 1993, que "las cuestiones de orden ético constituyen uno de los problemas más importantes que hay que resolver antes de proceder a las pruebas. Los derechos de los trabajadores al respecto de su vida privada y a la confidencialidad, equidad, autonomía e integridad física han de respetarse conforme a la legislación, la jurisprudencia, las normas y los valores nacionales e internacionales". (38)

En Chile, la facultad del empleador de exigir medidas de control consistentes en exámenes médicos se encuentra reconocida jurídicamente por el Decreto N° 40, del Ministerio del Trabajo, que reglamentando la obligación impuesta al empleador por el artículo 67 de la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, señala que dentro del reglamento interno de higiene y seguridad que el empleador está obligado a confeccionar, se podrá contemplar dentro del capítulo sobre las disposiciones generales "normas relativas a materias sobre procedimientos para exámenes médicos o sicotécnicos del personal".

(38) Anexo V. Repertorio de Recomendaciones prácticas para el tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo. Ginebra. 1996.

Así, lo ha reconocido la Dirección del Trabajo, que a propósito de los exámenes médicos que con más frecuencia se están exigiendo en los lugares de trabajo: el test de detección de consumo de drogas, ha señalado que "el examen antidrogas busca detectar trabajadores que se encuentren con ingesta de sustancia sicotrópicas y estupefacientes prohibidos, dependiendo su legalidad del cumplimiento de las condiciones señaladas, esto es, que dicha medida se incorpore al Reglamento de Higiene y Seguridad, que se establezca un mecanismo de selección universal y despersonalizado y que sea idónea para el objetivo señalado" (Dictamen Nº 287/14, de 11.01.96).

Como es fácil advertir dicho organismo de fiscalización laboral, ha exigido que los controles médicos, como el test antidroga, cumplan con ciertas condiciones mínimas que corresponden a las ya señaladas para el control de personas y bolsos.

En el caso específico de los controles antidrogas, aunque en este caso no de carácter médico, la Dirección del Trabajo ha dado aplicación a dichos límites, y ha señalado, frente a la consulta por la legalidad del empleo de un polígrafo (detector de mentiras), para prevenir el consumo y tráfico de drogas en una empresa aérea, que "el uso del polígrafo, es contrario a los principios antes presentados, porque, además de tener un claro carácter prepolicial, investigatorio y represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, no asegura, en su implementación, la universalidad y la despersonalización".

En el caso de la intimidad, el mismo dictamen citado señala que el uso del polígrafo "pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada" porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador "se estaría inmiscuyendo en las esferas más íntimas de la vida del trabajador, cual es su conciencia y su derecho a reservarse información".

c) *Control de la actuación laboral.*

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

Sin embargo, a propósito del ejercicio de este derecho a control, que la doctrina laboral entiende, en palabras de VASQUEZ VIALARD, que puede referirse tanto a un "control genérico: verificar si el trabajador cumple con la prestación" como "a un control técnico referido más específicamente a la forma como se ejecuta el trabajo" (39), es posible, en algunos casos, que se afecte más de lo razonable la intimidad del trabajador, importando eventualmente un ejercicio abusivo del derecho.

(39) VASQUEZ VIALARD, A. et alt. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1982. Tomo III.

¿Cuándo se traspasa el límite del ejercicio legítimo del derecho a control? La respuesta es bastante difícil, ya que si bien puede existir rápida coincidencia en sostener que el límite lo establece el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador o fórmulas similares, dicho acuerdo sólo es posible a cambio de una vaguedad semántica demasiado acentuada.

Así, por ejemplo, en el caso de los autores uruguayos ya citados, si bien tanto PLA como GUIZIO, parten de premisas casi iguales, esto es, reconocer la potestad de control del empleador, con el límite de "la dignidad y la intimidad del trabajador" y "siempre que ello no implique suprimir el ámbito de libertad inherente a todo ser humano invadiendo aun los actos más íntimos" respectivamente, la conclusión concreta acerca de la licitud de estos controles materiales es algo opuesta, ya que mientras PLA afirma que "en general, los controles visuales se consideran lícitos" y "que la aparición de pantallas o de circuitos cerrados de televisión es el resultado de la incorporación de medios técnicos que antes no existían", GUIZIO afirma tajantemente que "procedimientos tales como la instalación de una pantalla supone una vigilancia continua y cualquier investigación ejercida de manera continua sobre los actos de una persona afectan su tranquilidad, y establecen un ámbito opresivo donde no es posible el goce de una libertad efectiva".

En lo concreto, y prescindiendo de la ardua tarea de determinar límites efectivos a la potestad de control de la actuación laboral, tan legitimada en la doctrina laboral nacional como en la extranjera, cabe señalar que el derecho comparado no muestra excesiva preocupación por la materia, ya que sólo en el Estatuto de los Trabajadores de Italia se prohíbe el uso de instalaciones audiovisuales con fines de control a distancia de la actividad de los trabajadores (artículo 4º).

En Chile, la única referencia jurídica al tema, se encuentra en un Dictamen de la Dirección del Trabajo, Nº 4.541/319, de 22.09.98, que se pronunció acerca de la licitud de controlar, a través de un registro material de asistencia, el tiempo de ida y de regreso a los servicios higiénicos. En esa ocasión, dicho organismo público sostuvo que "al dejar establecido el artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas el respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de –la persona y de su familia, se fija un límite a las facultades de administración del empleador –las que desde luego no deben interferir o perturbar el ámbito personal y privado de sus dependientes– lo que a todas luces ocurre al pretender medir el tiempo de permanencia de los trabajadores en los servicios higiénicos".

3.2. Invasión a la intimidad moral o afectiva del trabajador.

En último lugar, cabe referirse a que la acción de invasión de la intimidad del trabajo no sólo puede estar referida a su dimensión física, sino también a su entorno afectivo y moral, que los sujetos normalmente estiman propios y requieren mantener a salvo de la injerencia de terceros. En el caso del trabajador es posible registrar algunas situaciones problemáticas en la dimensión señalada, y que para muchos forma parte del núcleo positivo de la intimidad.

a) *Indagaciones de datos del trabajador y tests sicológicos.*

La indagación laboral, entendida como la conducta del empleador dirigida a conocer datos de la persona del trabajador, presenta un importante problema ¿respecto de qué datos de la persona del empleado debe considerarse legítimo el conocimiento del empleador?

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

De este modo, como señala GUIZIO, "los datos cuyo acopio se considera justificado, son los relacionados con las condiciones o aptitudes para el cargo a ocupar o con el control de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo". (40)

Entre los datos de relevancia laboral, asequibles a la potestad de mando del empleador y los que no la tienen, protegidos por el derecho a la intimidad, se encuentran situaciones de datos de naturaleza problemática, como, por citar un ejemplo, los referidos a la situación económica del trabajador. (41)

¿Debe el empleador tener acceso, por ejemplo, al nivel de endeudamiento financiero del trabajador?

La respuesta no es tan simple, ya que podría sostenerse que en algunas áreas dicho dato del trabajador dice relación con la prestación de servicios, por ejemplo, en las personas que trabajan en instituciones financieras en relación con el otorgamiento de crédito.

En Chile, sin embargo, la Dirección del Trabajo ha señalado, en Dictamen Nº 4.589/260, del 4.08.1997, claramente que "la obligación de prestar servicios bajo subordinación y dependencia no supone ni esencial ni naturalmente la de informar sobre un aspecto propio de la vida privada como es el estado de endeudamiento. En efecto, la subordinación y dependencia, en sus dos aspectos, a saber, la potestad de mando y el deber jurídico de obediencia del trabajador, no ponen a este último en el deber jurídico de tener que informar aspectos relativos a su vida privada, sino sólo a aquellos que guardan estricta relación con la especial prestación de servicios a la cual se obligó".

Por otra parte, las indagaciones podrían más que querer conocer las opiniones del trabajador en alguna materia, establecer la normalidad síquica del candidato o del empleado, mediante los denominados test sicológicos laborales.

(40) GUIZIO, G. Op. cit. Nº 28. P. 73.

(41) La naturaleza de los datos de la persona del trabajador a lo que puede tener interés en acceder las empresas es impredecible, y es así, como lo ha puesto de manifiesto KURCZYN, que en un horizonte no lejano se advierte la posibilidad de intentar conocer el "dato genético" del trabajador, en cuanto "facilita la información necesaria para identificar al sujeto en un rango de mayor o menor predisposición para contraer o desarrollar una cierta enfermedad". Ponencia "La discriminación en materia laboral enfrenta nuevos retos". IV Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Argentina. 1995.

Dichos exámenes pueden ser un instrumento legítimo para que el empleador busque determinar la capacidad laboral de un candidato o trabajador, pero en no pocas ocasiones con ocasión de su aplicación se pretende acceder al conocimiento de asuntos o hechos propios de la vida íntima del trabajador, que como ya lo señalamos anteriormente, según nuestro legislador nacional, comprende cuestiones como lo referido, a su ámbito familiar y sexual, sus hábitos personales, etc.

En dichos casos, y si bien no existen en general disposiciones jurídicas en el derecho comparado que regulen esta situación, es posible señalar sin duda que la aplicación de dichos test da origen a una flagrante invasión a la intimidad del trabajador, en su núcleo positivo duro, en donde, como dijimos anteriormente, siempre debe considerarse ilegítima la intromisión de empleador.

b) Control extralaboral.

Para terminar esta revisión panorámica del problema de la intimidad en la relación laboral, cabe señalar que la intromisión del empleador en la vida privada del trabajador no sólo se materializa en el acceso a datos de la persona del trabajador como acabamos de señalar, sino también mediante el intento de controlar la conducta del trabajador fuera del lugar y del horario de trabajo, en aspectos que comprenden su intimidad.

¿Cómo se lleva a cabo dicho control extralaboral? El control a que nos estamos refiriendo no es material, como el visual ya revisado, sino de un modo que podríamos denominar "jurídico-virtual", que se expresa a través del intento del empleador de dirigir la conducta extralaboral del trabajador, mediante la generación de obligaciones jurídicas referidas a la vida privada del trabajador en los instrumentos legales que regulan la relación laboral.

No se trata de la simple intromisión del empleador a través de la sanción de hechos de la vida privada del trabajador, mediante el despido disciplinario por encuadrarse la conducta privada dentro de una causal de caducidad como las que señala el artículo 160 del Código del Trabajo, como por ejemplo la falta de probidad del trabajador que se ha visto envuelto en incidentes fuera de la empresa, cuestión que como destaca IRURETA ha sido rechazada por nuestros tribunales que "han privilegiado la tesis de que todo hecho ocurrido fuera del ámbito propio del contrato de trabajo resulta imposible de aplicar como fundamento de un despido". (42)

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

(42) IRURETA, P. *La falta de probidad como causal de extinción del contrato de trabajo*. Estudios en homenaje a W. Thayer. Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo. 1998. P. 122.

En ese sentido, se generan cláusulas contractuales, donde el trabajador se obliga a cosas como "mantener una conducta decorosa en sus relaciones sociales", "a observar una conducta social ordenada, silenciosa y discreta", o de modo menos moralizante "a no tener anotaciones en los registros comerciales de deudas impagadas" y cuya inobservancia produce el despido del trabajador, sin derecho a indemnización, por "incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo".

La legitimidad de este tipo de cláusulas es cuestionable: producen una intromisión en aspectos de vida privada del trabajador, generando deberes extralaborales, que en gran parte de las ocasiones, no tienen justificación, ya que no es posible establecer un nexo entre dichos deberes y el trabajo convenido.

Así, por lo demás, parece haberlo entendido un fallo judicial que declaró que "calificar de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, el hecho de que un junior registre protestos comerciales, y que como consecuencia de ello se pretenda poner término legítimo a una relación laboral, resulta exagerado y contrario espíritu de la ley laboral. Para que el incumplimiento pueda estimarse grave, la obligación incumplida ha debido estar directamente vinculada con las labores realizadas por el trabajador, nexo que no se divisa en el caso de autos, aun cuando el empleador sea una institución bancaria". (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.404-94, 19.10.94).

No obsta a lo anterior, el hecho de que las partes acordaron dar el carácter de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo a la inobservancia de estos "deberes extralaborales", ya que los derechos fundamentales como la intimidad o la vida privada no son susceptible de renuncia por parte de sus titulares, por lo que todo acuerdo al respecto carece de eficacia. (43)

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta un tanto pretencioso e inútil intentar, en temas tan desconocidos para nuestra comunidad dogmática, como el del ejercicio de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, establecer algún tipo de conclusión, que pretenda cerrar algún tópico del tema que nos ocupa.

Al revés, lo esencial en un tema novedoso como éste, es dejar la mayor cantidad de puertas abiertas que permitan inaugurar algún tipo de debate, para que en algún momento esta temática sea recepcionada por el sistema jurídico, ya sea tanto a nivel normativo como de aplicación judicial o administrativa del derecho del trabajo.

(43) La jurisprudencia judicial en esta materia, sin embargo, es contradictoria. En sentido contrario al ya citado, existen numerosos fallos que han validado jurídicamente la cláusula de "buena conducta comercial", aun cuando no tenga ninguna relación con la prestación de servicios convenidos, y signifique una clara intromisión a la vida privada del trabajador, sosteniendo que el trabajador "se encontraba impedido contractualmente de tener deudas morosas en el sistema financiero y, protestos de cheques y pagarés; por lo que el Banco al proceder a su despido por la existencia de deuda morosa y protestos de cheques sólo hizo cumplir las normas contenidas en su contrato de trabajo". (1^{er} Juzgado de Letras de Antofagasta, Rol N° 1.082-98).

En ese sentido, útil resulta mirar a comunidades dogmáticas que han avanzado más en estos temas, para intentar extraer algunas ideas valiosas, que en el caso específico de la intimidad, dicen relación como construir ese delicado equilibrio con el poder de dirección, fruto del "sopesamiento y balanceo de derechos fundamentales" al que nos hemos referido anteriormente.

De este modo, si bien parece aceptable que dicho equilibrio entre derecho a la intimidad y poder de dirección, importe algunos sacrificios adicionales al primero, en atención a la vigencia matizada de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, en especial, en la de naturaleza laboral, cabe recoger la interesante idea, proveniente del Tribunal Constitucional español, de que dichas restricciones especiales deben estar especialmente justificadas según un criterio de necesidad. Como explica GARCIA-PERROTE, este principio significa que la limitación del derecho fundamental del trabajador, cualquiera sea, "sólo puede tener lugar y está justificada si es estrictamente necesaria o indispensable para satisfacer el interés empresarial, o, en otros términos, si no hay otra forma de satisfacer este interés, pues si así fuera habría que optar por esa forma alternativa que no restringe en absoluto, o restringe menos, el derecho del trabajador".(44)

Lo realmente notable, para terminar, y quizás de ahí un camino a seguir, es como este principio de indispensabilidad en la limitación a los derechos fundamentales de los trabajadores, como criterio general de solución de este tipo de problemas, proviene de la solución judicial a una situación concreta(45), donde se declara lesivo al derecho a la propia imagen el despido de un trabajador fundado en su negativa a que su imagen sea captada por los medios de comunicación en una demostración pública, señalando el Tribunal Constitucional que "descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (...) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar (...) que no es posible de otra forma alcanzar el objetivo legítimo perseguido".

(44) GARCIA-PERROTE, I. *Ley, convenio colectivo y derechos fundamentales del trabajador*. Revista de Derecho Social. Nº 4. Editorial Bomarzo.1998. P. 48.

(45) Se trata de la conocida sentencia 99/1994, del caso del "despiezador de jamones". Un trabajador, deshuezador de jamones, es despedido por negarse a ser filmado mientras llevaba a cabo su oficio, por medios de televisión durante una demostración pública que efectuaba la empresa donde prestaba sus servicios.