

# CUADERNILLOS

DE LA FUNDACIÓN ELECTRA

---

11

CAROLINA PANIZZA DOLABDJIAN

## LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS

Montevideo  
2012

*La **Fundación Electra** tiene por objeto fomentar y promover, por cualquier medio apropiado, el estudio científico del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. A tales efectos, podrá otorgar premios, becas y toda forma de apoyo económico para la participación en cursos, seminarios, congresos, maestrías, doctorados y especializaciones en la disciplina. También podrá organizar o participar en la organización de cualesquiera de tales actividades. Podrá, asimismo, publicar o apoyar la publicación de monografías, tesis, libros, revistas y otros medios de divulgación de estudios de Derecho del trabajo y de la Seguridad social. También podrá crear o apoyar la creación de archivos y bases de datos, así como asumir toda otra forma de apoyo a la enseñanza y divulgación de la regulación del trabajo y de la seguridad social. De igual modo, la Fundación podrá apoyar, fomentar y promover cualquier otro tipo de actividad científica, artística y cultural que no tenga fines de lucro.*



Esta obra obtuvo el Primer Premio del Concurso de Monografías:  
**“OSCAR ERMIDA URIARTE”** (2012).

*En portada: Diego Rivera: La Vendedora de flores (1949). Oléo sobre tela.*

*A mis padres*

## ÍNDICE

1.	Los derechos laborales inespecíficos .....	5
2.	La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares .....	7
	a) La posición negativa .....	7
	b) La posición de la eficacia mediata .....	9
	c) La posición de la eficacia inmediata .....	10
3.	Técnicas aplicativas en caso de colisión de derechos .....	12
	a) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ....	13
	b) Principio de proporcionalidad .....	13
	c) Buena fe .....	15
4.	Enumeración básica de derechos fundamentales relevantes en la relación de trabajo .....	15
	a) Intimidación personal .....	15
	b) Honor .....	20
	c) Libertad ideológica y de expresión .....	21
	d) Imagen .....	24
	e) Libertad religiosa .....	26
	f) Dignidad e integridad moral y psíquica .....	26
	g) Igualdad y no discriminación .....	28
5.	Mecanismos de protección .....	29
	5.1. Mecanismos de heterotutela .....	29
	a) Acción de amparo .....	29
	b) Medidas cautelares .....	30
	c) Acción por discriminación (Ley No. 16.045) .....	30
	d) Despido indirecto .....	31
	e) Despido abusivo .....	32
	f) Acción de nulidad .....	33
6.	Conclusiones .....	39

## 1. LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS

El trabajador no solamente es titular de aquellos derechos fundamentales específicamente laborales, reconocidos al ser humano como trabajador sino que también es titular de los demás derechos humanos esenciales a la persona humana como tal. Esto se produce debido a que por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva el trabajador no puede ser privado de estos derechos esenciales.

De esta manera, además de los derechos humanos específicamente laborales, el trabajador también goza de los demás derechos humanos inespecíficos tales como libertad de pensamiento, de expresión y de reunión, honor, intimidad, etc.<sup>1</sup> Se trata de derechos referidos directamente a la dignidad de la persona y no al contenido del contrato respecto del trabajador: salario, jornada, etc. Son derechos de inmunidad con un objeto consistente en la expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias.<sup>2</sup> Esta ampliación de los derechos humanos laborales no respondió a una reforma constitucional ni a la adopción de nuevas normas internacionales sino a una nueva lectura de las normas ya existentes.<sup>3</sup>

Los derechos de la persona no se suspenden mientras se está trabajando, no se dejan en el vestuario ni colgados en la reja de la fábrica. Por el contrario, como señala ERMIDA, cuando el empresario usa trabajo humano utiliza personas o ciudadanos con derechos fundamentales (irrenunciables e imprescriptibles) reconocidos constitucionalmente, lo que tiene como resultado la necesaria sujeción de la actividad empresaria a los derechos humanos.<sup>4</sup>

En este sentido, VALDÉS DAL RE plantea que la esencia de un derecho fundamental no debiera alterarse en razón del locus de su ejercicio.

---

<sup>1</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar en Prólogo a GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. FCU, 1ª edición, julio 2004, p. 6.

<sup>2</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. Los Derechos Fundamentales y el contrato de trabajo. Thomson Civitas, Primera Edición, 2005, España, p. 23.

<sup>3</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. “Derechos humanos laborales en el Derecho Uruguayo.” en *Cadernos da Amatra IV*, 4o Caderno de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho., Año II No. 4 – Jul.Set., 2007, p. 54.

<sup>4</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. Derechos humanos en el trabajo. En Mesa Redonda: Ciudadanía, empleo y trabajo, X Encuentro Grupo Bologna Castilla La Mancha, Punta del Este Uruguay, 1 y 2 de noviembre de 2001, AMF, p. 201

Sin embargo, y desde una perspectiva material la accidentalidad ha primado largo tiempo sobre la sustancialidad. De esta forma, lo que a los trabajadores les era reconocido en su calidad de ciudadanos, les era negado o discutido en su calidad de ciudadanos-trabajadores.<sup>5</sup>

La idea de que los derechos fundamentales no específicamente laborales o inespecíficos del trabajador son ejercitables también en el ámbito de las relaciones laborales ha ido afirmándose crecientemente junto con una serie de transformaciones ocurridas en dichas relaciones que evidencian la posibilidad real de que en el seno de estas tengan lugar lesiones efectivas de aquellos o restricciones que los vacíen de contenido. Entre esos factores se mencionan la creciente individualización de las relaciones laborales en detrimento de la protección antes acordada por los mecanismos estatales y colectivos, la aparición de nuevas tecnologías que facilitan los sistemas de control y vigilancia pero que conllevan el riesgo de afectar la esfera personal e íntima del trabajador y finalmente el multiculturalismo, que acentúa la necesidad de proteger las diferencias religiosas e ideológicas de los trabajadores.<sup>6</sup>

Algunos ordenamientos incluyen disposiciones expresas destacando la eficacia de estos derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo. En este sentido la Constitución peruana en su art. 23 establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.<sup>7</sup> Mientras tanto, el art. 5 del Código de Trabajo chileno señala que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar a la intimidad, la vida privada u honra de éstos.<sup>8</sup> En el caso de la constitución uruguaya, el art. 54 reconoce a todo trabajador el derecho a la independencia de su conciencia moral y cívica y la higiene física y moral. A su vez, el art. 72 de la Constitución establece que la enumeración de derechos contenida en la Constitución no excluye a los otros no enumerados que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma democrático- republicana de gobierno. De esta mane-

---

<sup>5</sup> VALDES DAL RE, Fernando. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador.” en Libro de informes generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. 2003. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. p. 47-48.

<sup>6</sup> VALDES DAL RE, Fernando. “Los derechos fundamentales...” ob. cit. p. 52-53.

<sup>7</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho constitucional del trabajo – Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”, Gaceta Jurídica, Julio 2007, Lima- Perú, p.73.

<sup>8</sup> UGARTE CATALDO, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria, 2004, Santiago de Chile, p.122.

ra, gozan del reconocimiento constitucional todos aquellos derechos esenciales a la persona humana. Para saber cuáles son estos derechos ERMIDA señala que el método más ajustado a la técnica jurídica es considerar que sin duda son derechos fundamentales aquellos que la comunidad internacional ha reconocido como tales en los pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre estos instrumentos debemos destacar la Declaración de Filadelfia (1944), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) entre otros. A nivel regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la OEA (1948 y 1967), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988) y la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) entre otros. En este elenco, también debemos agregar el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919), la Declaración de OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) y los Convenios y Recomendaciones de OIT sobre derechos humanos. Este último grupo de instrumentos consagra derechos fundamentales específicos de los trabajadores.

Así, en función de la previsión establecida en el art. 72 de la Constitución, los derechos fundamentales proclamados en pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos son constitucionales ab initio, es decir que nacen constitucionales al Derecho uruguayo sin que deba realizarse ninguna operación de incorporación al Derecho interno<sup>9</sup> y sin que se requiera reglamentación específica de acuerdo a lo dispuesto en el art. 332 de la Constitución para su aplicación.

## **2. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES**

### **a) La posición negativa**

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales es rechazada por quienes aún observan a estos derechos como garantías frente al Estado, descartando por ello que puedan ser aplicables a las relaciones entre particulares. Esta fue la posición predominante en el Siglo XIX, en la cual los derechos fundamentales se proyectaban con una eficacia vertical de defensa del individuo ante el poder público.<sup>10</sup> Según ellos en éstas no

---

<sup>9</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. "Derechos humanos laborales...", ob. cit. p. 55-56.

<sup>10</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ciudadanía en la empresa...ob. cit. p. 20.

existe peligro alguno para la libertad pues los sujetos privados carecen de poder en sentido propio y se encuentran en posición de igualdad ante la ley. Por lo tanto, no corresponde introducir en estas relaciones a los derechos fundamentales cuyo ámbito propio y exclusivo de actuación son las relaciones individuo-Estado.

De esta manera, la pretensión de ampliar el ámbito de actuación de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados aparece no sólo con una extensión indebida de su campo de acción, sino más aún como el intento de subvertir el orden jurídico nacido del Estado liberal, el cual según DE VEGA GARCÍA, consagró la separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de ellos un estatuto jurídico diferente: la Constitución para el Estado y el Código Civil para la sociedad.<sup>11</sup>

Quienes defienden la tesis negativa de la eficacia horizontal sostienen que el derecho civil está impregnado de una lógica de libertad por lo cual sus normas se presentan como un modelo de equilibrio en la defensa de las libertades individuales de modo tal que la irrupción de los derechos fundamentales en ese ámbito resultaría perturbadora y llevaría en última instancia a una inflación protectora.<sup>12</sup>

Desde este punto de vista, las relaciones privadas se rigen, exclusivamente por la autonomía privada, basada en la independencia e igualdad de fuerzas de ambas partes, lo que conlleva a que el propio marco contractual ofrezca una certeza de corrección que reside en que las obligaciones contraídas son las adecuadas porque cada parte cuida de su propio interés. BLANCAS señala que quienes rechazan la eficacia horizontal con estos argumentos no reconocen las transformaciones que han sufrido tanto la sociedad como el Estado desde las revoluciones liberales, especialmente en lo referente a la aparición de los poderes privados o fácticos, la concepción de la Constitución como base de todo el ordenamiento jurídico, la noción de los derechos fundamentales como derecho objetivo y finalmente el desarrollo del Estado social de Derecho.<sup>13</sup>

Es por ello que estas posiciones han quedado rezagadas y finalmente la idea de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha pre-

---

<sup>11</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro. “Eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung Der Grundrechte*).” En Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinador). Derecho procesal constitucional. Tomo II. Tercera edición, México D.F.: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Porrúa, 2002, p. 1822.

<sup>12</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 55.

<sup>13</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales...” ob. cit. p. 56.

valecido. Sin embargo, los argumentos formulados contra esta no han caído en el vacío y si bien no han tenido la fuerza necesaria para impedir su avance y consolidación, sí han tenido la capacidad de influir en su construcción con lo cual contribuyeron a crear una teoría intermedia que se traduce en la tesis de la eficacia mediata.

## **b) La posición de la eficacia mediata**

Para esta tesis, los derechos fundamentales participan de una doble naturaleza o forma de ser, además de reconocer derechos de libertad oponibles frente a los poderes públicos, son normas objetivas de principio, esto es definen un sistema de valores incorporado a la Constitución, que en tanto dotado de un efecto de irradiación debe influir en la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto y vincular a todos los poderes del Estado. En el sector del ordenamiento privado al que pertenece el laboral, esta influencia se manifiesta a través de cláusulas generales que son propias, al estilo de la buena fe o del orden público. Es a través de estas cláusulas como se produce el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.<sup>14</sup>

La tesis de la eficacia mediata afirma la eficacia horizontal de los derechos fundamentales aunque condicionando su operatividad en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado que sí está vinculado directamente a estos derechos. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez en el momento de interpretar la norma aplicable al caso. De esta manera, según BILBAO UBILLÚS, el problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se convierte en un problema de tutela frente a injerencias que serían en último término estatales.<sup>15</sup>

En este mismo sentido HESSE considera que los derechos fundamentales operan como principios rectores del ordenamiento jurídico que pueden ser determinantes para la configuración de las relaciones jurídicas privadas, pero que no fundan derecho subjetivo alguno en esas relaciones al amparo de los cuales se pueda exigir a la otra parte una conducta conforme a los derechos fundamentales. En ese sentido, se señala que los derechos fundamentales imponen al Estado la obligación de configurar la situación jurídica de los terceros de acuerdo con éstos. Así, la eficacia

---

<sup>14</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “El Derecho a la no discriminación en el empleo”, Lexis Nexis, 2005, p. 21.

<sup>15</sup> BILBAO UBILLÚS, Juan María. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” Boletín Oficial del Estado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997, p. 287.

horizontal mediata de los derechos fundamentales se alcanza en la medida en que el contenido de los derechos fundamentales como normas objetivas se despliega en el Derecho Privado mediante los preceptos directamente reguladores en este campo, especialmente las cláusulas generales y los conceptos indeterminados. Se entiende que la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones jurídico-privadas debe asegurarla el legislador y que al juez corresponde garantizar la observancia de dicha vigencia.<sup>16</sup>

DE VEGA considera que la tesis de la eficacia mediata carece de fundamento y que no se trata sino de un modo de eludir la cuestión ya que el problema no es de reconocimiento legal o de desarrollo legal de los derechos fundamentales sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente.<sup>17</sup> En el mismo sentido, BILBAO UBILLÚS afirma que cuando el reconocimiento de un derecho depende del legislador, este no es un derecho fundamental sino tan solo de rango legal, pues la característica definitoria del derecho fundamental es su indisponibilidad por el legislador. De esta forma, no parece compatible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan frente a particulares cuando el legislador así lo decide. Si las normas que se aplican a la solución de los conflictos entre particulares no son por consiguiente normas iusfundamentales sino derechos de origen legal, entonces la noción misma de eficacia mediata de los derechos fundamentales resulta contradictoria.<sup>18</sup>

### **c) La posición de la eficacia inmediata**

Esta vertiente reconoce directamente la vinculabilidad de los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos constitucionales a las relaciones entre particulares. De esta manera, el derecho fundamental es también oponible frente a sujetos privados con independencia de que una ley haya procedido o no a delimitar el contenido constitucionalmente protegido por el derecho. En caso de existir, el juez tendrá que aplicar el bloque de la norma iusfundamental integrado por la Constitución y la ley como fundamento de su decisión, pudiendo ejercer si su ordenamiento positivo lo contempla, el oportuno control a través del juicio de proporcio-

---

<sup>16</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derechos fundamentales..." ob. cit. p. 57.

<sup>17</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro. "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales." en Antonio Enrique Pérez Luño (coordinador). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, Monografías Jurídicas, 1996, p. 61.

<sup>18</sup> BILBAO UBILLÚS, Juan María. "La eficacia ...", ob. cit. p. 297.

nalidad. De no existir norma legal, el juez habrá de ponderar en qué medida la conducta o comportamiento de un particular, normalmente el empresario, produjo una lesión de los derechos del trabajador y en caso de constatar la existencia de esa violación, amparar la petición del justiciable.<sup>19</sup>

En este sentido, Nipperdey señala que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales entre particulares, consiste en reconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el derecho privado, basándose en que el orden jurídico es una unidad y que por lo tanto todo derecho rige sobre la base y en el marco de la Constitución. De esta manera Nipperdey rechaza la tesis de la eficacia mediata, sosteniendo que para que los derechos fundamentales rijan en el derecho privado no se requiere la intervención del legislador. De esta forma, las normas de derecho privado resultan obligadas como las demás del ordenamiento jurídico a subordinar su validez a su conformidad con la Constitución con lo cual queda descartado que puedan configurar un ordenamiento paralelo.<sup>20</sup>

La tesis de la eficacia inmediata frente a terceros supone por consiguiente afirmar la virtualidad directa sin mediaciones de los derechos fundamentales de modo tal que con normativa legal o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como razón primaria o justificadora. ALEXY precisa el alcance de esta posición comparándola con la de la eficacia horizontal mediata al señalar que en ésta, la influencia de las normas iusfundamentales en el derecho privado resulta de su propiedad como derecho constitucional objetivo vinculante, mientras que en la eficacia inmediata los principios objetivos no afectan la relación entre ciudadanos mediante su influencia en la interpretación de las normas de derecho privado sino en el sentido de que a partir de ellos fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo.<sup>21</sup> En el mismo sentido, según BILBAO UBILLÚS, lo que rige en la relación jurídico privada, lo que el órgano judicial ha de tutelar cuando se solicita su intervención es el derecho fundamental en tanto que derecho subjetivo.<sup>22</sup>

Para Nipperdey la razón de ser de esta teoría radica en la existencia de poderes sociales, económicos o de otra índole susceptibles de ejercer formas de dominación sobre el individuo, los cuales generan un estado de situación similar a la sujeción del individuo al poder soberano. Se trata

---

<sup>19</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "El Derecho...", ob. cit. p. 22.

<sup>20</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derechos fundamentales..." ob. cit. p. 64.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 512.

<sup>22</sup> BILBAO UBILLÚS, Juan María. "La eficacia ...", ob. cit. p. 327.

de una analogía con la posición del individuo frente al Estado en la que la diferencia de poder entre uno y otro y la sujeción del primero al segundo justifican el establecimiento de límites concretos y específicos al poder estatal materializados en el reconocimiento mismo de los derechos fundamentales, así como de garantías de protección de tales derechos concebidos como derechos públicos subjetivos.<sup>23</sup>

De este modo, la función de la eficacia inmediata ante terceros consistirá en la efectiva realización de la igualdad como correctivo de formas de organización social que en el plano real, chocan con el sistema de valores que en el plano ideal definen al ordenamiento constitucional. La tesis de la eficacia inmediata frente a terceros, no pretende destruir o anular aquellos principios que fundamentan el derecho privado, sino tan solo garantizar que su aplicación no genere o profundice situaciones o desigualdad e injusticia que podrían ser evitadas o al menos aminoradas mediante la eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales. Pero estos sólo deberán ser aplicados directamente cuando ello resulte necesario, esto es, cuando las normas de derecho privado legales o contractuales no sean capaces de asegurar la igualdad real de las partes y por ello mismo mantengan, consagren e incluso agudicen esquemas contrarios a ésta.<sup>24</sup>

Teniendo en cuenta la posición del empleador en la relación de trabajo, GAMONAL sostiene que en materia laboral, la eficacia horizontal evoluciona hacia una eficacia diagonal de los derechos fundamentales del trabajador, considerando que el empleador no es un particular común sino un privado que detenta una gama de poderes y potestades muy importantes tanto desde el punto de vista económico como jurídico que lo sitúan frente al trabajador en un rol más parecido al Estado respecto de sus súbditos que al de un particular en una relación de coordinación.<sup>25</sup>

### **3. TÉCNICAS APLICATIVAS EN CASO DE COLISIÓN DE DERECHOS**

Los derechos fundamentales inespecíficos encuentran en la libertad de empresa y en el poder de dirección del empresario una fuerte barrera que obliga a una limitación hacia ambos lados. En la situación actual han tenido gran incidencia tres herramientas: la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad y la buena fe.

---

<sup>23</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales...” ob. cit. p. 65.

<sup>24</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales...” ob. cit. p. 70.

<sup>25</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio – GIUIDI MOGGIA, Caterina. “Manual del Contrato de Trabajo”. Abeledo Perrot 2010, Santiago de Chile, p. 194.

## a) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Como fuera analizado en el capítulo precedente, al ser considerados los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos ejercitables como garantías de actuación frente al Estado, su aplicación en las relaciones entre particulares y en concreto dentro de la empresa supuso la elaboración de una teoría ampliatoria que es la de la eficacia horizontal o frente a particulares. Esta teoría y más específicamente la que sostiene la eficacia inmediata, señala la vinculabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

## b) Principio de proporcionalidad

Los derechos fundamentales no son derechos absolutos sino que están limitados por otros derechos fundamentales. Ello significa que su limitación solamente resulta válida si tiene por objeto posibilitar el ejercicio de otro derecho constitucional. Los derechos fundamentales están delimitados desde el principio por aquellos bienes jurídicos de rango igual o superior que gozan igualmente de reconocimiento constitucional.<sup>26</sup> La ponderación de derechos fundamentales supone el equilibrio o principio de equivalencia entre estos conforme al cual los bienes jurídicos constitucionales concurrentes no se encuentran insertos en una relación de supra o subordinación.<sup>27</sup> ALEXY señala que los derechos fundamentales, en casos de colisión sólo admiten aquellas soluciones que representen la máxima realización posible de todos los bienes iusfundamentales implicados.<sup>28</sup>

Los elementos que integran el contenido de este principio son *la idoneidad o la aptitud de la medida sancionadora, la necesidad o valoración de los medios alternativos existentes y la proporcionalidad en sentido estricto*. La *idoneidad* hace referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exigiría que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. Toda intervención debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.<sup>29</sup> Esta regla se encarga de corroborar la necesaria armonía entre la sanción propuesta o impuesta y el fin perseguido por el ordenamiento. Este equilibrio se enunciaría de la siguiente forma: si debe darse

---

<sup>26</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales...” ob. cit. p. 124.

<sup>27</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales...” ob. cit. p. 126.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales.”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 37.

<sup>29</sup> GUARIGLIA, Carlos E. “El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación.”, AMF, 2007, p.283.

un menoscabo de un derecho, éste debe producirse respetando la conciliación entre la medida restrictiva y el objetivo amparado por el ordenamiento. La *necesidad o valoración de los medios alternativos* existentes consiste en seleccionar entre los medios destinados a asegurar el fin protegido por el ordenamiento aquel que sea más idóneo para ello. Únicamente a partir de la selección y confrontación entre sí de los diversos medios aptos y eficaces para la consecución del fin perseguido y en caso de que no exista una solución menos gravosa se decidirá acerca de la licitud del límite en cuestión. En definitiva, cualquier acción que implique una limitación o privación de un derecho fundamental debe ser sometida al siguiente test: no ha de existir otra medida alternativa a la escogida que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad que se pretende y además resulte menos restrictiva en sentido amplio del o los derechos fundamentales afectados. De existir una alternativa igual en cuanto a la eficacia que resulte menos gravosa en términos de derechos fundamentales, la sola comprobación de que tal alternativa era posible y no fue considerada, lesiona la norma de derecho fundamental.<sup>30</sup> Finalmente, la *proporcionalidad en sentido estricto* implica determinar si la medida en cuestión 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.<sup>31</sup> Se trata de realizar una ponderación material de las ventajas e inconvenientes que se derivarían de la restricción de los derechos fundamentales, a fin de poder determinar si las ventajas que conlleva la alternativa seleccionada en relación con el interés público, revisten el suficiente peso y fundamento como para poder justificarla. No se trata de comenzar un análisis comparativo entre diversas alternativas posibles, lo que supone que es posible detectar por o menos más de una opción posible, sino ponderativo.<sup>32</sup>

Un caso relevante en que se aplicó este principio en España fue en el asunto del Casino de La Toja en el que los empleados demandaron a la empresa por invasión de su derecho a la intimidad al haberse instalado micrófonos además de las videocámaras existentes en la ruleta francesa y la caja. Dado que la captación de sonidos era permanente, el Tribunal Constitucional juzgó desproporcionada la medida dando la razón a los empleados en su Sentencia 98/2000.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> GUARIGLIA, Carlos E. “El conflicto entre los derechos...” ob. cit. p. 283.

<sup>31</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, Eudurne. “Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo.”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 21-30

<sup>32</sup> GUARIGLIA, Carlos E. “El conflicto entre los derechos...” ob. cit. p. 283.

<sup>33</sup> OJEDA AVILES, Antonio. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa.” en Revista de Derecho Social, Separatas, Editorial Bomarzo, 2006, p. 22-24.

### **c) Buena fe**

Para justificar las limitaciones a los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional española ha recurrido al principio de buena fe como un condicionamiento o límite adicional en el ejercicio del derecho constitucional. En numerosas sentencias, el Tribunal Constitucional ha invocado reiteradamente este principio general de Derecho para resolver conflictos en los que se comprometían las libertades de expresión e información, entendiendo que la prohibición del animus nocendi en el ejercicio de aquellas, la observancia del deber de veracidad en el caso de la libertad de información y la imposición del deber de secreto son manifestaciones del deber de actuar conforme a los postulados de la buena fe. Esta exigencia de la buena fe en el ejercicio de un derecho fundamental, no se puede confundir con la existencia de un deber genérico de lealtad que suponga la sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales. A su vez, el legislador español, también ha introducido la buena fe como deber básico del trabajador (art. 5 LET). En definitiva, según RIVERO el ejercicio de un pretendido derecho o libertad fundamental faltando a la buena fe constituye en consecuencia un no derecho que se traduce en un incumplimiento de las obligaciones contractuales, por haberse ejercido violando los deberes de corrección y cooperación a que obliga la buena fe.<sup>34</sup>

## **4. ENUMERACIÓN BÁSICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES RELEVANTES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO**

### **a) Intimidad personal**

En el Siglo XIX, el derecho a la intimidad fue pensado como un derecho vinculado a la propiedad privada, por lo que se proyectaba en la prohibición de violación de domicilio, inviolabilidad de la correspondencia y la protección ante la libertad de prensa, tratándose de garantizar un espacio reservado al individuo en relación a las crecientes injerencias de la sociedad masificada y los medios de comunicación. Durante el siglo XX, el Derecho europeo continental confirió nuevos contornos al derecho a la intimidad y a la vida privada, que pasa a ser comprendido como un derecho extrapatrimonial, que tiene por objeto la protección de la persona en sus diversos modos de ser. De esta manera, la intimidad pasa a ser vista

---

<sup>34</sup> RIVERO LAMAS, Juan. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional.” en El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coord. Alfredo Montoya Melgar. 2003. p. 518 - 519.

como un elemento fundamental de la protección de la libertad y autonomía personales.<sup>35</sup>

Nuestra Constitución en el art. 10 expresa que las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. A su vez, el art. 28 de la Constitución expresa que los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie son inviolables y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

En la relación de trabajo, el derecho a la intimidad es puesto a prueba en forma diaria, por ejemplo cuando se requisan datos de los trabajadores, cuando se monitorea la utilización de nuevas tecnologías de la información, cuando se realizan tests grafológicos y psicológicos o cuando se procede al control visual y auditivo del trabajador entre muchas otras.<sup>36</sup> En el Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de datos de la Carta europea de Derechos Fundamentales, se señala que *“los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana en la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un lugar de privacidad ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de de los trabajadores. Estos derechos e intereses constituyen motivos legítimos que pueden justificar la adopción de medidas adecuadas destinadas a limitar el derecho a la vida privada de los trabajadores.”*<sup>37</sup>

En nuestro país, la recolección, registro y tratamiento de datos personales, deben ajustarse a los siguientes principios de acuerdo a lo previsto por la ley No. 18.331 de protección de datos personales: a) legalidad, b) veracidad, c) finalidad, d) previo consentimiento informado, e) seguri-

---

<sup>35</sup> CASTELLO, Alejandro. “Límites del control tecnológico del empleador.”, en El trabajo ante las nuevas tecnologías. Jornada Académica en homenaje al Profesor Emérito Américo Plá Rodríguez. Instituto de Derecho Informático. Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social., FCU, 2009, p. 52.

<sup>36</sup> DE LA RIVA, Amalia. “Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos.” en XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.” p. 22.

<sup>37</sup> CASTELLO, Alejandro. “Límites del control tecnológico...”, ob. cit. p. 50-51.

dad de datos, f) reserva y g) responsabilidad (arts. 5 a 12).<sup>38</sup> La doctrina española resume estos principios en los siguientes: *principio de consentimiento*, *principio de adecuación* y *principio de finalidad*. El *principio de consentimiento* hace referencia a la potestad de cada persona de consentir y limitar el acceso a los datos que considera de carácter privado de modo que solamente cuando medie este consentimiento la recolección de los datos personales será ajustada a derecho. El *principio de adecuación* supone que los datos que se recaban han de ser pertinentes a la hora de decidir sobre las aptitudes del trabajador. Este criterio finalista quiere decir que es imprescindible que exista relación entre los datos personales requeridos y el propósito que se busca obtener. De esta manera, aún cuando exista consentimiento por parte del trabajador de aportar las informaciones que se le requieren ellas deben soportar un juicio de idoneidad, deben responder a necesidades objetivas. Esta cuestión solamente podrá ser analizada respecto de cada caso concreto. Esto es así porque datos como origen racial, vida sexual, ideología, afiliación sindical, creencias religiosas no tendrán habitualmente ningún tipo de vinculación con la aptitud de una persona para desempeñar determinado cargo. Por último, debe satisfacerse también el juicio basado en el denominado *principio de finalidad* ya que no es permitido a quien recolecta los datos personales utilizar la información para finalidades distintas de aquellas según las cuales fueron recogidos.<sup>39</sup>

Con respecto al control visual del trabajador, MANGARELLI señala que aún cuando el empleador se encuentra habilitado a controlar el cumplimiento del trabajo, la utilización de cámaras en forma continua afecta la privacidad y la intimidad del trabajador al registrar los detalles mínimos de su actuación (gestos personales, etc.). La observación permanente puede perturbar al trabajador y a su vez excede la facultad de control del empleador.<sup>40</sup> En Chile, la Dirección de Trabajo se pronunció sobre la legalidad de un sistema de grabación de imágenes y sonidos a través de cámaras instaladas en la parte delantera de los ómnibus de transporte urbano con un radio de visión de 180 grados captando así la entrada delantera, el corredor, los pasajeros sentados en el costado derecho del vehículo y el guarda. En este sistema, las cámaras se activaban mediante un sensor comenzando a grabar cuando se abrían las puertas del vehícu-

---

<sup>38</sup> CASTELLO, Alejandro. “Poder de dirección del empleador y protección de los datos personales del trabajador a la luz de la ley No. 18.331.”, en XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pirlápolis 22 y 23 de noviembre de 2008, FCU, p. 84.

<sup>39</sup> DE LA RIVA, Amalia. “Protección de los derechos humanos ...” ob. cit. p. 23.

<sup>40</sup> MANGARELLI, Cristina. “Protección de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo.” En rev. Der. Lab. Tomo LIII, No. 238, Abril - Junio 2010, FCU, p.349.

lo. Las imágenes captadas eran grabadas en una cinta de video que normalmente se encontraba próxima a la parte delantera del ómnibus en una caja herméticamente cerrada. Estas cintas eran instaladas y retiradas por personal de la empresa en cada cambio de turno y eran luego llevadas a la empresa donde existía personal dedicado a su revisión y manipulación. Según la declaración de los empleadores, con esa medida se buscaba velar por la seguridad de los conductores y los pasajeros. Sin embargo, este mecanismo también servía para controlar la actividad de los conductores. En este caso, la Dirección de Trabajo consideró que la utilización de estos mecanismos con la única finalidad de controlar la actividad del trabajador es ilícita por constituir una forma “panorámica” de control sin límites, lo cual provocaría en el trabajador un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana. De esta manera, este sistema de vigilancia configuraba una limitación al derecho de intimidad del trabajador inadecuada para los fines perseguidos, principalmente cuando existen otros medios que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de servicios que serían menos restrictivas para la libertad del trabajador. La Dirección de Trabajo señaló que estos mecanismos podrían considerarse lícitos cuando existan razones objetivas referentes al proceso productivo o razones de seguridad que lo ameriten.<sup>41</sup> Debe señalarse a su vez, que en todos los casos en que se utilice este mecanismo de control, debe informarse al trabajador en forma previa. Por otra parte, se entiende que no es admisible la colocación de cámaras en baños o vestuarios ni en los lugares de descanso.

Mientras tanto, en cuanto a la utilización del correo electrónico, parte de la doctrina considera que al tratarse de una forma de correspondencia, el correo electrónico, sea personal o laboral y aún en este último caso cuando el propietario de la cuenta sea el empleador, el mismo no debe ser controlado, interceptado, intervenido o registrado de acuerdo a lo establecido en el art. 28 de la Constitución. Esta disposición establece la inviolabilidad de la correspondencia salvo lo que establezcan las leyes por razones de interés general.<sup>42</sup> Otra posición, distingue entre el correo privado y el correo electrónico otorgado para fines laborales señalando que éste último es una herramienta de trabajo más otorgada por la empresa por lo que no puede considerarse una vulneración del derecho de la intimidad del

---

<sup>41</sup> GAMONAL, Sergio. “Cidadanía na empresa...” ob. cit. p. 38-39.

<sup>42</sup> GIUZIO, Graciela. “Tecnología, poder de dirección y protección de la intimidad del trabajador.”, en XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pirlápolis 22 y 23 de noviembre de 2008, FCU, p.26 y GOLDSTEIN, Eduardo. “La inviolabilidad del contenido del correo electrónico laboral o empresarial del trabajador por parte del empleador.” en XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pirlápolis 22 y 23 de noviembre de 2008, FCU, p. 45 y 46.

trabajador que la empresa conozca el uso que se le está asignando a dicha herramienta. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que la intromisión del empleador en el correo electrónico del trabajador, constituye una vulneración del derecho a la intimidad. Esta tesis es sostenida por la jurisprudencia francesa. Precisamente, la Sala Social de la Cámara de Casación en el año 2001, en un caso referido a un trabajador despedido de la empresa Nikon por causa grave, al considerarse que había utilizado con fines personales el material puesto a su disposición con fines profesionales sostuvo que *“el empleador no puede acceder a los mensajes personales emitidos por el asalariado y recibidos por él gracias al uso de una herramienta informática puesta a su disposición para su trabajo...”*<sup>43</sup> En sentido similar, en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 18 de agosto de 2004, se cuestionó la decisión de un empleador de abrir y revisar desde la sede de la empresa los correos electrónicos recibidos por el trabajador sin el consentimiento y la ausencia de este. Al revisar el correo, el empleador comprobó que entre ellos se encontraban algunos de contenido pornográfico que habían sido enviados por el trabajador que es despedido como consecuencia de ello. Para el Tribunal Constitucional, la solución de la controversia pasaba por determinar si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o si por el contrario existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno a los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable. La sentencia se inclina por esta segunda opción por considerar que cuando las facilidades técnicas o informáticas otorgadas al trabajador para desarrollar su labor suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal toda vez que se trata de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales. En consecuencia, por más que el soporte de estas comunicaciones pertenezca a la empresa, esta no puede arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos. Ahora bien, establecido lo anterior el hecho de que la Constitución reconozca el derecho de toda persona a que sus comunicaciones no sean abiertas sino mediante mandato judicial conduce al Tribunal Constitucional a entender que si bien en casos como estos el empleador puede hacer uso de su poder fiscalizador para comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado, ha de respetar necesariamente limitaciones establecidas para ello por la Constitución.<sup>44</sup> Dentro de esta

---

<sup>43</sup> GIUZIO, Graciela. “Tecnología, poder de dirección...” ob. cit. p. 24.

<sup>44</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho constitucional del trabajo...”, ob. cit. p. 80.

línea, pero con algunos matices, puede mencionarse a parte de la jurisprudencia española. Esta jurisprudencia reconoce como punto de partida que la interceptación del correo electrónico supone una contravención del secreto de las comunicaciones, pudiendo asimismo afectar el derecho a la intimidad. Si bien desde esta perspectiva parecería que la única manera de intervención posible es con autorización judicial, la jurisprudencia citada siguiendo la tendencia instaurada por el Tribunal Constitucional, entiende que los derechos laborales se proyectan sobre la relación de trabajo con modulaciones que en ocasiones pueden experimentar limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelven en el seno de una organización (la empresa) que refleja otros derechos constitucionales reconocidos. De esta manera, tratándose de un conflicto de derechos fundamentales debe prevalecer el criterio de la indispensabilidad o restricción mínima en el derecho del trabajador. A su vez, se exige que la medida restrictiva esté basada en motivaciones objetivas<sup>45</sup> y que se haya comunicado su aplicación en forma previa al trabajador.

## **b) Honor**

Es el derecho que tiene toda persona a su buen nombre, su fama y su buena reputación. El mismo está previsto en el art. 7 de nuestra Constitución. En el Derecho español, la garantía constitucional del derecho al honor (art. 10.1 Constitución) comprende el prestigio profesional del individuo como manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad. 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. Cuando las observaciones exceden de la libre evaluación y calificación de una labor profesional para encubrir una descalificación de la persona misma hay una repercusión directa en la dignidad individual. En este sentido, tendrán especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien la probidad o ética en el desempeño de una actividad, lo cual dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuando y de qué forma se ha cuestionado el honor del trabajador ofendido.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> GIUZIO, Graciela. “Tecnología, poder de dirección...” ob. cit. p. 25.

<sup>46</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos – ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. “Derecho del Trabajo”, Decimoséptima edición, Editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 126.

### **c) Libertad ideológica y de expresión**

Estos derechos están contemplados en el art. 54 de la Constitución Nacional. Basándonos en esta previsión, la independencia de conciencia debe ser respetada dentro de la relación de trabajo. Este respeto que deriva del derecho a la libertad ideológica impone al empleador la carga del respeto al derecho pero no la de su promoción, es decir que este cumple con no ejercer actos coercitivos que impidan su goce normal por parte del trabajador sin que se requiera además ninguna acción positiva de su parte. Algunos autores destacan como límites al derecho a la libertad de expresión el deber de fidelidad y lealtad y la buena fe. Sin embargo, como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 120/83, no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad o sujeción del trabajador al interés empresarial pues ello aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad es amparada por el propio texto constitucional.<sup>47</sup> Mientras tanto, con respecto a la buena fe, debe señalarse que esta asume una función integradora del contrato de trabajo para ambas partes, sometiendo sus actos a standards de conducta usuales, sin imponer a ninguna de ellas otros deberes adicionales. La colaboración necesaria para el logro del propio interés y del ajeno excluye otras conductas encaminadas dolosamente a lesionar, pero no impone el abandono del propio interés como presupuesto previo al velar por el interés ajeno. La buena fe, como criterio de interpretación y de integración del contrato se impone además tanto al trabajador como al empresario, tratando de garantizar la corrección en el actuar de cada una de las partes. En la crítica pública a la empresa, sin alteración del orden y sin ofensas hacia las personas que dañen su honor se está ejerciendo un derecho fundamental de la persona que en la empresa tiene unos intereses concretos que defender y unos fines propios no necesariamente coincidentes con la otra parte, la cual tendrá todo el derecho a su disposición para defenderse o negar las acusaciones que se le imputan.<sup>48</sup>

Los límites propios de la libertad de expresión sólo pueden descubrirse sopesando y equilibrando el perjuicio ocasionado por la expresión con los beneficios obtenidos de la libertad de que se ha disfrutado. Ningún peligro que derive del uso de la libertad de expresión puede considerarse evidente e inmediato a no ser que la incidencia del perjuicio en cuestión sea tan inminente que pueda producirse antes de que se dé una posibilidad de realizar una discusión detallada del asunto.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. "La libertad de expresión del trabajador.", Editorial Trotta, 1991, p. 59 y 64.

<sup>48</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. "La libertad de expresión..." ob. cit. p. 67.

<sup>49</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. "La libertad de expresión..." ob. cit. p. 67.

Con relación a este derecho, en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 10 de julio de 2002, se discutió si la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador público por las expresiones críticas sobre la actuación de la entidad para la que trabajaba, vertidas con ocasión de una entrevista radial concedida en su condición de representante sindical, afectaba o no su libertad de expresión e información garantizada por el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución peruana. Para resolver este supuesto el Tribunal Constitucional parte de admitir que el legislador puede poner límites al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos como ocurre precisamente en el caso de los trabajadores públicos. No obstante, en la medida en que esos límites tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, su aplicación para sancionar administrativamente a un trabajador solo puede justificarse en la medida en que con el ejercicio de las libertades informativas, se haya comprometido los intereses públicos. Esto supone que solamente está prohibido difundir a la opinión pública aquellas actividades que pongan en riesgo el cumplimiento constitucionalmente adecuado de las funciones de la Administración y los principios que informan la relación de trabajo entre el empleador y el trabajador, lo cual no ha ocurrido en el caso según el Tribunal en la medida en que lo informado por el actor no pone en riesgo el normal cumplimiento de las funciones de la emplazada y/o el correcto ejercicio de sus potestades ni compromete el principio de jerarquía. En consecuencia, las limitaciones aludidas no pueden interpretarse de forma tal que los trabajadores se vean silenciados en el reclamo de sus derechos o en la denuncia de malos manejos administrativos.<sup>50</sup>

Con respecto a las empresas que poseen un determinado perfil político u orientación ideológica como los periódicos de tendencia, la jurisprudencia española ha entendido que en esos casos podría haber una razón objetiva que justifique la contratación exclusiva de trabajadores que acepten dicha ideología.<sup>51</sup> De todas formas no existe una regulación expresa que se refiera a estas empresas, es decir, no existe una delimitación a priori del círculo de empresas que a efectos laborales quedan exentas de la obligación de respetar las reglas sobre ejercicio de los derechos

---

<sup>50</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho constitucional del trabajo...”, ob. cit. p. 78.

<sup>51</sup> SOTELO MARQUEZ, Ana. “Protección de los derechos fundamentales inespecíficos.” en XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.”, p. 60.

fundamentales del trabajador.<sup>52</sup> Es evidente que la simple adscripción del empresario a una ideología determinada no significa que se deba calificar a la empresa como de tendencia, lo que supondría en términos generales la exigencia de una comunidad ideológica en el seno de la misma. Por el contrario, señala ROJAS las empresas de tendencia se presentan como instituciones en cuyo ámbito la dicotomía socio-económica entre empresario y trabajador se anula completamente en virtud de la presencia del elemento ideológico que constituye la esencia de la constitución.<sup>53</sup>

A su vez, tampoco debe confundirse la tendencia con el interés de la empresa. El interés del empresario no es suficiente para sacrificar derechos fundamentales de los trabajadores y si el empresario pretendiera hacerlo incurriría en discriminación. En Alemania, el legislador define a las organizaciones de tendencia como aquellas que se encuentran directa y principalmente al servicio de actividades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas, artísticas o bien tienen una finalidad de información y manifestación del pensamiento. Esta amplia noción de tendencia puede encontrar en Alemania su razón de ser en la íntima conexión con los derechos de participación de los trabajadores en la empresa.<sup>54</sup>

Sin embargo, el régimen de privilegio del empresario de tendencia no se va a configurar respecto a la generalidad de los trabajadores a su servicio.<sup>55</sup> Hay trabajos neutros no afectados por la ideología donde rigen sin alteraciones las reglas que prohíben discriminar por motivos ideológicos, esto es cuando el contenido de la prestación exigible es tal que la orientación ideológica del trabajador queda al margen, sin estar, como en el caso anterior, orgánicamente unida al desenvolvimiento de la relación de trabajo. En definitiva, puede distinguirse entre los trabajadores que ocupan posiciones en la organización que están dentro del círculo mismo del desarrollo de la idea sustentadora y aquellos otros que están fuera de él. Los primeros desempeñan una tarea que involucra la idea matriz de la organización y contribuyen a su promoción y defensa mientras que los segundos realizan una tarea neutra en ese sentido.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. “La libertad de expresión...” ob. cit. p. 183.

<sup>53</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. “La libertad de expresión...” ob. cit. p. 188.

<sup>54</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. “La libertad de expresión...” ob. cit. p. 189.

<sup>55</sup> ROJAS RIVERO, Gloria P. “La libertad de expresión...” ob. cit. p. 184.

<sup>56</sup> APARICIO, Joaquín. “Empresas ideológicas...” ob. cit. p. 88.

## d) Imagen

El derecho fundamental a la propia imagen garantiza un ámbito de libertad respecto de los atributos más característicos y propios de la persona que la identifican en cuanto tal, como es la imagen física visible. Asimismo protege el poder de decisión sobre los fines a los que haya de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen y un ámbito de libre determinación sobre la misma.<sup>57</sup>

El derecho a la imagen implica impedir que otros la capten o la difundan salvaguardando así el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. La captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia y previa conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél. En una Sentencia del Tribunal Constitucional español se declaró nulo por ser contrario al artículo 18.1 de la Constitución el despido de un trabajador que se desempeñaba como deshuesador de jamones que se había negado a cumplir la orden del empresario de que compareciese en un acto público de presentación de la denominación de origen del jamón de bellota elaborado por la empresa en la que prestaba sus servicios, en el que su presencia era requerida para el corte del producto que se quería promocionar y se hacía inevitable la presencia de fotógrafos y medios de comunicación. El trabajador había manifestado que no deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente. El Tribunal Constitucional señaló que no constaba que el trabajador tuviera asignada, explícita ni implícitamente tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto ni que éstas fueran componentes imprescindibles de las funciones que debía desarrollar. Habiéndose 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 definitiva, se entiende que los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de estos derechos, deberían ser específicamente cualificados por razones

---

<sup>57</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización." En *Ius et Praxis*, vol. 13, No. 2, 2007 p. 261 disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11.pdf>

de necesidad de modo tal que se hace preciso acreditar por parte de quien pretenda aquel efecto que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido (STC 99/1994). En referencia a un caso vinculado a la comercialización de la imagen de un deportista, PALOMEQUE señaló que la prestación laboral no incluye este derecho a la comercialización de la imagen por lo que la compensación económica pactada por dicho uso con el empresario no forma parte del salario, tratándose más bien del pago resultante de una estipulación de carácter mercantil complementaria del contrato de trabajo.<sup>58</sup>

Algunos autores señalan que el derecho a la propia imagen debe distinguirse del derecho a la apariencia, el cual incluye el derecho a presentar a los demás una apariencia determinada basada en el vestir, el arreglo personal, el adoptar una estética propia en materia de peinados, color del pelo, uso de barba, uso de tatuajes, etc.<sup>59</sup> Sin perjuicio de esta distinción, tanto el derecho a la imagen como el derecho a la apariencia forman parte de la esfera privada de la persona.

En algunos casos, el derecho a la apariencia puede verse restringido en función de la tarea de que se trate. Una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III) de Argentina del 23.6.94 referente al caso de un chofer de ómnibus de transporte despedido por haberse negado a rasurarse la barba analiza esta cuestión. En este caso, la Cámara sostuvo que usar barba forma parte de la vida privada del trabajador y sólo puede exigirse que se presente afeitado por motivo razonable en función de la tarea o lugar de desempeño concluyendo que no hay motivo para obligar a un chofer de colectivo a que no use barba. A su vez, en un informe de la Inspección General de Trabajo y de la Seguridad Social de Uruguay del 12.11.2009 se menciona el caso de una empresa que sancionó a una trabajadora por negarse a usar zapatos de taco alto argumentando que ello afectaba la imagen de la empresa. La trabajadora alegó que se encontraba imposibilitada para utilizar ese tipo de calzado por haber sufrido un esguince. La Inspección entendió que en este caso se vulneró el derecho al trabajo por una lesión transitoria y que existió discriminación por razón de sexo. En otro orden, existen disposiciones reglamentarias en diversas actividades que prevén que por razones de higiene y seguridad los trabajadores deban realizar la tarea con el cabello recogido o cubierto<sup>60</sup> o que impiden la utilización de cierto tipo de calzado (ej. ojotas).

---

<sup>58</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos – ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. “Derecho del Trabajo”... ob. cit. p. 128-129.

<sup>59</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la propia imagen...” ob. cit. p. 272.

<sup>60</sup> MANGARELLI, Cristina. “Protección de la vida privada...” ob. cit. p. 344.

## **e) Libertad religiosa**

Al igual que con relación a la libertad ideológica y de expresión, la doctrina y la jurisprudencia ha entendido que la libertad religiosa constituye una carga pasiva del empleador. En España, un trabajador cuya religión le impedía trabajar el día sábado invocó su derecho a la libertad religiosa a los efectos de oponerse a un cambio de horario propuesto por el empleador. En este caso la jurisprudencia señaló que no se podía obligar al empleador a cambiar el régimen general de trabajo porque esto sería hacerlo participar de ese culto sin respetar su propio derecho a la libertad religiosa.<sup>61</sup>

Sin embargo, frente a una situación similar, el Tribunal Constitucional peruano en sentencia de fecha 10 de agosto de 2002 señaló que el caso constituía un supuesto claro del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia comprendido dentro de la libertad de conciencia, en la medida en que se está ante la pretensión del actor de que se le libere del acatamiento de una obligación cuya exigencia se contradice con los dictados de la conciencia o religión que profesa. De todas formas, la sentencia señala que de esta consideración no se deriva la declaración sin más de la legitimidad de la negativa a acatar la orden. La permisión de una conducta que se separa del mandato general no puede considerarse la regla sino la excepción y como tal, su procedencia debe ser declarada expresamente en cada caso. En este caso, la emplazada tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa por lo que se puede presumir que ese fue el motivo por el que no se le programó las jornadas laborales los días sábados durante los años 1999 y 2000. De esta manera, la objeción de conciencia del recurrente respecto del deber de asistir a laborar los días sábados encuentra de tal forma fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente.<sup>62</sup>

## **f) Dignidad e integridad moral y psíquica**

La dignidad tiene que ver con el decoro del ser humano, correspondiendo su tratamiento en forma conjunta con el derecho al honor y a la intimidad en tanto gran cantidad de conductas violatorias de uno de estos derechos implica la del otro. En efecto, el concepto de dignidad es más

---

<sup>61</sup> SOTELO MARQUEZ, Ana. "Protección de los derechos ..." ob. cit. p. 60.

<sup>62</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Derecho constitucional del trabajo...", ob. cit. p. 79.

amplio que el de honor existiendo entre ellos una relación de género a especie. Este derecho hace referencia a la necesidad de asegurar un trato digno, adecuado y decoroso al trabajador en lo que tiene que ver con la relación empresario-trabajador y en la relación entre trabajadores. Esto significa que el empresario no puede destratar ya sea en forma física o verbal a su subordinado ni tampoco propiciar, permitir o tolerar estas conductas entre trabajadores en el propio lugar de trabajo. Otra conducta que puede poner en tela de juicio este derecho son las revisiones ya sea de pertenencias personales (bolsos, carteras, casilleros) o física y la utilización de cámaras de circuito de televisión, grabación en video o audio. Con respecto a la utilización de medios de vigilancia es habitual distinguir entre aquellos que incluyen dispositivos de recepción de sonidos y aquellos que no. La jurisprudencia española ha sido proclive a interpretar en forma amplia las facultades empresariales de control y vigilancia cuando se trata de utilización de video cámaras sin audio. De todas formas, es evidente que una cámara sin audio puesta en un toilette vulnera en forma más notoria el derecho a la dignidad que una video cámara con dispositivo de recepción de sonido puesta en el ingreso a las oficinas. De esta manera, la cuestión de la legitimidad no tiene que ver necesariamente con la existencia o no de registro de audio sino fundamentalmente con el hecho de respetar los criterios de proporcionalidad, adecuación e indispensabilidad.<sup>63</sup>

Con relación a este tema, en Chile, una empresa pretendía realizar una modificación en su regulación para que los trabajadores que se desempeñaban en cargos de seguridad se sometieran a un detector de mentiras. En este caso, la Dirección de Trabajo consideró que la discusión acerca de si un empleador tiene el derecho de someter a sus trabajadores a un examen de este tipo, pasa definitivamente por analizar si dicha acción viola otros derechos fundamentales. Es evidente que el examen de detección de mentiras pone en juego el derecho a la integridad psíquica de la persona, ya que al ser examinado a través de un polígrafo, se coloca a la persona en una situación estresante y anormal. Además, se afecta el derecho a no ser discriminado mediante el establecimiento de diferencias arbitrarias, toda vez que el uso del polígrafo se aplique a algunas personas determinadas y no a otras. Por otra parte, dicha práctica vulnera el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y de la honra de la persona al permitirse al empleador inmiscuirse en su conciencia.<sup>64</sup> De esta forma, la Dirección de Trabajo concluyó que el uso del polígrafo es

---

<sup>63</sup> DE LA RIVA, Amalia. "Protección de los derechos humanos ..." ob. cit. p. 24-26.

<sup>64</sup> GAMONAL, Sergio. "Cidadanía na empresa..." ob. cit. p. 37.

contrario a los principios antes referidos porque además de tener un claro carácter pre-policial, investigador y represivo ante supuestos actos ilícitos ocurridos en la empresa, su implementación no asegura la universalidad y despersonalización por lo que su uso es contrario al orden jurídico laboral.<sup>65</sup> En el mismo sentido, la Corte de Casación de la República Dominicana en sentencia de 25 de julio de 2007 sostiene que someter a un trabajador a un detector de mentiras constituye “*un acto afrentoso contra su dignidad*”, en particular cuando se realiza en medio de una investigación policial sobre robos en la empresa.<sup>66</sup>

### **g) Igualdad y no discriminación**

El derecho a la igualdad fue reconocido ya en el artículo 1° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En nuestro ordenamiento, el mismo está reconocido en los arts. 8 y 9 de la Constitución. La prohibición de discriminación es la faceta preponderante a la hora de proteger este derecho en el ámbito de la relación de trabajo. Atendiendo a su regulación y a su proyección en el mundo del trabajo el mismo podría considerarse como un derecho específico de la rama. La igualdad de oportunidades en el empleo está establecida en el art. 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 11 de la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y en el art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación. A su vez, el mismo se encuentra consagrado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en los Convenios No. 100, 111 y 156. De acuerdo a lo previsto en el Convenio Internacional No. 111 se entiende por discriminación 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 así como 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. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación, lo que se prohíbe es la discriminación injustificada o basada en motivos ilegítimos.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> GAMONAL, Sergio. “Ciudadanía na empresa...” ob. cit. p. 38.

<sup>66</sup> MANGARELLI, Cristina. “Protección a la vida privada...” ob. cit. p. 239.

<sup>67</sup> DE LA RIVA, Amalia. “Protección de los derechos humanos ...” ob. cit. p. 14-16.

Se trata de un axioma derivado del principio de igualdad. Mientras que la igualdad es el género, la no discriminación es una de sus especies o instrumentos. En definitiva, se entiende que para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar, por lo que la no discriminación constituye el contenido mínimo de la igualdad.<sup>68</sup> Algunos autores, lo califican de “meta-derecho”, ya que se coloca por encima de los demás al ser su función la de garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de diferenciación razonable, puedan ejercer libremente y en igualdad de condiciones, todos los derechos fundamentales.<sup>69</sup>

## 5. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

A continuación se enumeran algunas de las herramientas para la protección de los derechos fundamentales en la relación de trabajo.

### 5.1. MECANISMOS DE HETEROTUTELA

#### a) Acción de amparo

El amparo puede definirse como el proceso por el cual una persona física o jurídica solicita al juez competente que se le ampare en el goce del derecho o libertad que por acción u omisión ya sea de un particular o de una autoridad ha sido violado, lesionado o restringido en forma manifiestamente ilegítima. Se trata de un mecanismo destinado a conservar o recobrar el goce de un derecho o libertad constitucional siendo una especie más dentro del género de institutos constitucionales de protección como son la acción de nulidad, el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos entre otros.<sup>70</sup>

A través de la misma se procura obtener una garantía de los bienes jurídicos referida en diversos instrumentos internacionales. La acción de amparo no reconoce límite alguno en cuanto a la materia de la que se trata más allá de los establecidos expresamente en la normativa. En la legislación nacional, la ley 16.011 señala que la acción de amparo no procederá en ningún caso contra los actos jurisdiccionales, los actos de la Corte Electoral, leyes y decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción y cuando proceda el recurso de habeas

---

<sup>68</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación. en rev. Der. Lab. No. 241, p. 12.

<sup>69</sup> GOLDSTEIN, Eduardo. La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales. FCU, 2009, p. 75.

<sup>70</sup> OCHS OLAZABAL, Daniel. “La acción de amparo.” FCU, 1995, p. 9.

corpus. Este recurso constituye una herramienta de gran eficacia en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales. Los elementos objetivos para la utilización de este instrumento son: la existencia de un acto, hecho u omisión, la lesión, restricción, alteración o amenaza de un derecho o libertad consagrado por la Constitución, la ilegitimidad manifiesta y la falta de otros medios judiciales o administrativos de defensa.<sup>71</sup> La ley prevé que la acción deberá presentarse dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto lesivo (art. 4). La audiencia deberá convocarse en un plazo de tres días a partir de la fecha de presentación de la demanda y la sentencia será dictada en la propia audiencia o a más tardar dentro de las veinticuatro horas de su celebración (art. 6).

## **b) Medidas cautelares**

Las medidas cautelares son aquellas indispensables para la protección de los derechos siempre que se acredite la existencia de peligro, lesión o frustración del mismo. Pueden ser adoptadas en cualquier estado de la causa o incluso como diligencia previa en cualquier tipo de proceso, ya sea a petición de parte o de oficio. Dentro de este tipo de medidas, una de las que más se ajusta a la protección de los derechos humanos fundamentales es la medida de no innovar la cual está dirigida a conservar y preservar una situación fáctica, mientras el proceso principal se sustancia. Esta medida será de especial aplicación a la hora de evitar la colocación de aparatos de control y vigilancia o de implementar procesos de revisión personal que impliquen una vulneración del derecho a la dignidad e intimidad personal.<sup>72</sup> A su vez, la misma podrá utilizarse a los efectos de solicitar el cese de una medida discriminatoria, ya sea para ser considerado como aspirante a una promoción o ascenso, para suspender medidas disciplinarias basadas en criterios diferenciadores, percibir el salario que objetivamente le corresponda, mantener una categoría, etc.<sup>73</sup>

## **c) Acción por discriminación (Ley No. 16.045)**

La ley 16.045 establece la prohibición de toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral y establece una acción especial para el caso de infracciones en su art. 4 la cual fue regla-

---

<sup>71</sup> DE LA RIVA, Amalia. “Protección de los derechos humanos ...” ob. cit. p. 33-36.

<sup>72</sup> DE LA RIVA, Amalia. “Protección de los derechos humanos ...” ob. cit. p. 36.

<sup>73</sup> GOLDSTEIN, Eduardo. “La discriminación racial ...” ob. cit. p. 223.

mentada por el Decreto 377/97. Esta ley ha sido aplicada en escasas oportunidades. Recientemente, la ley No. 18.847 que reformó el nuevo proceso laboral sustituyó el proceso previsto en el art. 4 de la ley No. 16.045 por el proceso ordinario previsto en la ley No. 18.572 con las modificaciones introducidas por la nueva ley (art. 12).

#### **d) Despido indirecto**

El despido indirecto podrá oponerse como modo de defensa en vía jurisdiccional ante un incumplimiento grave del empleador que impida la continuidad del vínculo laboral. Como señala PLÁ RODRÍGUEZ, los elementos que configuran el despido indirecto son: a) el incumplimiento del empleador, b) la decisión del trabajador y c) el retiro del trabajador de la empresa. El incumplimiento debe ser grave y debe generar una situación intolerable que impida la continuidad de la relación laboral. El mismo puede consistir en un solo acto de incumplimiento o en una serie de actos menores cuyo conjunto produzca el mismo resultado. A su vez, puede estar constituido por actos positivos o por actos negativos y no requiere necesariamente la intención de forzar al trabajador a dejar su trabajo. Con respecto a la decisión del trabajador, PLÁ RODRÍGUEZ destaca que no habiendo declaración volitiva no hay acto de rescisión por más grave que sea el incumplimiento. Es un tipo especial de rescisión provocada por el patrono pero dependiente de la voluntad del trabajador. A su vez, se entiende que es indispensable la separación del puesto de trabajo previa al reclamo. La base de la reclamación es que se ha tornado imposible la prosecución del contrato por lo que si el trabajador continúa trabajando está demostrando que no es imposible continuar.<sup>74</sup>

La vulneración de derechos fundamentales inespecíficos puede configurar un incumplimiento de entidad suficiente para autorizar al trabajador a considerarse despedido y reclamar no solamente la indemnización tarifada sino también la reparación del daño moral que tales hechos provocaron. Con respecto a la vulneración del derecho a la no discriminación concretamente, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que no toda diferencia realizada por el empleador es discriminatoria sino que sólo lo es si obedece a una motivación ilegítima, indicándose que es preciso distinguir las diferencias con sentido discriminatorio que violan las normas o convenios vigentes y las que carecen de tal sentido discriminatorio (Sent. No. 68 2/4/97). En cuanto a las revisiones personales que impliquen agresión a la integridad física y dignidad del trabajador serían

---

<sup>74</sup> PLA RODRÍGUEZ, Américo. “El despido indirecto.” en rev. Der. Lab. No. 112, p. 288 a 292.

ilícitas en razón de su forma y podrían dar lugar además de la indemnización común por despido indirecto, a la reparación del daño moral ocasionado si atendiendo las circunstancias del caso dicho daño reviste entidad.<sup>75</sup>

Con relación a la vulneración de la dignidad personal, en un fallo de la Suprema Corte de Justicia se analizó la procedencia del despido indirecto ante la ocurrencia de reiteradas agresiones tanto físicas como verbales de parte de la esposa del empleador hacia la trabajadora. En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones señaló *“encontrándose involuacrados bienes humanos, fundamentales –la dignidad en el trabajo– el razonamiento judicial también a la hora de valorar la prueba debe estar iluminado por la efectiva realización de los principios y valores constitucionales.”* En este caso ante la afectación de su dignidad laboral, la trabajadora se vio obligada a cesar en sus tareas por lo todo habilitaba a calificar el cese como un despido indirecto.<sup>76</sup>

### **e) Despido abusivo**

A nivel doctrinario se han manejado dos fundamentos para reclamar una indemnización que supere la tarifa prevista específicamente por ley. El primero de ellos parte del art. 1321 del Código Civil el cual se refiere al abuso de derecho. Se entiende que mientras que la indemnización común cubre el daño que en todos los casos causa el despido, la indemnización por despido abusivo repara el daño que provoca el abuso o culpa del empleador. El segundo argumento parte del incumplimiento de obligaciones por parte del empleador y se basa en el art. 1342 del Código Civil. Según esta posición, no existe un derecho del empleador a despedir sino que éste tiene la obligación de conservar el empleo del trabajador. Si viola esta obligación, debe abonar la indemnización tarifada por despido, pero si además incumple otra obligación distinta como la de respetar la dignidad o la intimidad del trabajador<sup>77</sup>, deberá reparar ese daño de acuerdo a lo que dispone el art. 1342 del Código Civil.<sup>78</sup> La indemnización por despido abusivo es acumulable con el despido indirecto por lo que ésta puede solicitarse aún en los casos en que no haya habido un despido directo por parte del empleador.

---

<sup>75</sup> MANGARELLI, Cristina – CASTELLO, Alejandro. “Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada.”, en rev. Der. Lab. No. 185, p. 271 y 273.

<sup>76</sup> Anuario de Jurisprudencia Laboral 2009, caso No. 269, Suprema Corte de Justicia, Sent. No. 408, 16.11.2009, Gutiérrez, Larrioux, Chediak, Van Rompaey, Ruibal.

<sup>77</sup> SOTELO MARQUEZ, Ana. “Protección de los derechos ...” ob. cit. p. 69.

<sup>78</sup> MANGARELLI, Cristina. “Despido abusivo y daño moral.”, Programa Nacional “Formación continua de jueces de trabajo”, Mercedes 3-4 de agosto de 2005, p. 289-290.

En un fallo del año 2009, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno, hizo lugar a un reclamo por despido abusivo fundado en una situación de discriminación por la condición de homosexual de un trabajador. En este caso, el reclamo había sido fundado en la Ley 16.045 la cual refiere a la desigualdad en el acceso al empleo entre hombres y mujeres, al trato durante el desarrollo de la actividad laboral, oportunidades, remuneración y estabilidad. Esta ley no era aplicable al caso, sin embargo, en virtud del principio *iura novit curiae* el Tribunal analizó si el despido era o no abusivo tomando en consideración la ley No. 17.817 la cual establece que a los efectos de la ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física o moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.<sup>79</sup>

## **f) Acción de nulidad**

Sin lugar a dudas, los actos lesivos de derechos fundamentales son nulos, simplemente porque afectan derechos contemplados en normas de superior rango jurídico como son las constitucionales, lo que habilitaría para que cualquier órgano judicial que conociera de dicha situación los declare como tales.<sup>80</sup> En nuestro país no existe un texto expreso que establezca esta solución pero tampoco existen normas que se opongan a la misma. Una vez declarada la nulidad del acto ilegítimo deberán reponerse las cosas al estado en que estaban antes del acto atacado. De esta manera, no solo procederá la reinstalación de aquel trabajador ilegítimamente despedido sino también de aquel que fue transferido o suspendido en forma ilegítima.<sup>81</sup>

Varios autores tales como RUSSOMANO, BARBAGELATA, PLÁ RODRÍGUEZ y ERMIDA URIARTE entre otros se han pronunciado a favor de la estabilidad en el empleo, lo cual tiene como consecuencia reparar en forma adecuada la violación a tal principio. Esta reparación adecuada será sin dudas la reinstalación. Esta solución es de capital importancia a la hora de proteger los derechos humanos inespecíficos en tanto en muchas

---

<sup>79</sup> Anuario de Jurisprudencia Laboral 2009, caso 214, TAT1°, Sent. No. 238. 23.9.2009. Posada (r), Rossi, Morales.

<sup>80</sup> UGARTE CATALDO, José Luis. "El nuevo Derecho..."

<sup>81</sup> DE LA RIVA, Amalia. "Protección de los derechos humanos ..." ob. cit. p. 40.

ocasiones los trabajadores deben tolerar tratos y conductas violatorias a sus derechos por temor a verse privados de su empleo si presentan oposición. En muchos casos se considera que la reinserción del trabajador despedido puede provocar situaciones de incomodidad o rispidez en la empresa dependiendo de sus dimensiones.<sup>82</sup> Es por ello que en estas circunstancias, principalmente en el caso de empresas pequeñas, muchos recomiendan sustituir la reinstalación por una indemnización adecuada o brindarle al trabajador la posibilidad de reclamar una u otra.

El Convenio No. 158 de la OIT establece en su art. 5 cinco motivos de despido considerados como no válidos: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo, b) ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad, c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. En virtud del artículo 10 del Convenio, la reparación concedida al trabajador en caso de despido injustificado consiste: de estar previsto por el ordenamiento jurídico en la anulación del despido y la obligación de reintegrar al trabajador o en el pago de una indemnización adecuada o de cualquier otra forma de reparación considerada como apropiada. De esta manera, si bien es claro que el Convenio privilegia la anulación del despido y el reintegro cuando los tribunales no consideran posible anular el despido o reintegrar al trabajador, podrán concederle una compensación pecuniaria adecuada. De todas formas, la Comisión de Expertos de la OIT considera que la reparación en caso de despido que vulnere un derecho fundamental, debería tener como fin la reparación integral, tanto en lo financiero como en lo profesional, del perjuicio sufrido por el trabajador, siendo generalmente la mejor solución el reintegro del trabajador a sus funciones con el pago de los salarios caídos y la conservación de los derechos adquiridos.<sup>83</sup>

La reinstalación como mecanismo de tutela está prevista en forma expresa en algunos ordenamientos jurídicos. En Perú, el art. 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en

---

<sup>82</sup> DE LA RIVA, Amalia. "Protección de los derechos..." ob. cit. p.37.

<sup>83</sup> BEAUDONNET, Xavier (coord.) "Derecho internacional del trabajo y derecho interno." Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Centro Internacional de Formación, OIT, p. 201.

su art. 29 prevé la nulidad del despido en caso de que el mismo esté vinculado a la afiliación sindical, a la participación en actividades sindicales, la elección o el ejercicio de de funciones de representación, la presentación de quejas o reclamos, la discriminación, el embarazo y ser portador de VIH Sida. El inconveniente que presenta esta disposición es que la lista es taxativa por lo cual la efectividad del art. 23 de la Constitución depende en gran parte de la voluntad que tengan las autoridades judiciales para aplicar en forma directa este mandato.<sup>84</sup> De todas formas, SANGUINETI observa que en el caso del Tribunal Constitucional peruano el mismo ha optado por garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales sujetos a cuestionamiento aunque no exista una norma de rango legal que legitime la pretensión del trabajador en forma expresa.<sup>85</sup>

En Chile, la ley No. 20.087 establece una regulación especial para aquellos casos en que el despido vulnera los derechos fundamentales del trabajador incluyéndose las siguientes figuras: el despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave. Los derechos fundamentales que enumera la ley son: la vida, la integridad física y psíquica, vida privada, honra, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia y culto, libertad de opinión y libertad de trabajo siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral. En estos casos podrá reclamarse además de la indemnización del preaviso, por años de servicio y recargo, una indemnización no inferior a seis meses ni superior a los once meses de la última remuneración mensual. En el caso del despido discriminatorio grave, el despido es declarado discriminatorio por haber infringido el art. 2o. del CT y además es calificado como grave por resolución fundada. Si no es grave pero sí discriminatorio, el despido es solamente atentatorio de derechos fundamentales y se rige por los efectos señalados anteriormente. Se trata de despidos discriminatorios que efectúan 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. Para determinar si el despido es grave, el juez deberá sopesar los elementos fácticos de la discriminación valorando el peso y la entidad del daño provocado. Este despido es nulo y ante el mismo el trabajador tiene las siguientes opciones: solicitar el reintegro a la empresa u optar por el pago de una indemnización.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho constitucional...”, ob. cit. p. 74-75.

<sup>85</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho constitucional...”, ob. cit. p. 80.

<sup>86</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio – GIUIDI MOGGIA, Caterina. “Manual del Contrato...” ob. cit. p. 303-307.

En Argentina, la ley No. 23.551 establece el reintegro ante el despido antisindical y la nulidad de las sanciones o de las modificaciones de condiciones de trabajo por motivos sindicales mientras que el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo establece una acción sumaria para el restablecimiento de las condiciones esenciales de trabajo modificadas con fundamento discriminatorio.

En Uruguay, la única ley que establece el reintegro como mecanismo de reparación en forma expresa es la ley No. 17.940 de protección de la actividad sindical. Salvo los casos en que corresponde la aplicación de esta ley, a nivel de jurisprudencia no son frecuentes los fallos que hacen lugar a la reinstalación del trabajador.

Antes de la aprobación de la ley No. 17.940, tanto en los casos de despido antisindical como en otras situaciones de vulneración de derechos fundamentales, los magistrados utilizaban como argumento el hecho de que la reinstalación no se encontraba prevista en la normativa vigente. Así, en el año 2001, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er Turno expresó que *“es de recordar que la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 148 de 29/7/88 dijo que en nuestro país no procede la acción de reinstalación porque sin texto habilitante no se puede obligar a hacer lo que la ley no impone, considerando además que el art. 32 de la Constitución lo protege en el ejercicio de su dominio de la empresa...”*<sup>87</sup> En el mismo sentido, en un fallo correspondiente al año 2003 el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno planteó: *“Esta sala ha reputado muy dudoso que nuestro ordenamiento legal admita la reinstalación del trabajador despedido...Y más recientemente se ha estimado que el principio de estabilidad invocado por el accionante como fundamento para obtener su reinstalación no se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico, no existiendo legislación al respecto...No se hará lugar a la reinstalación decidida en la instancia anterior.”*<sup>88</sup>

Sin embargo, en un fallo reciente del Tribunal de Apelaciones de 1er Turno, se ordenó la reinstalación de un trabajador despedido en forma antisindical antes de la entrada en vigencia de la ley No. 17.940 fundándose en las previsiones de los Convenios No. 87 y 98 de la OIT, en el art. 57 de la Constitución así como en el carácter de derecho fundamental de la libertad sindical. En este caso, el actor había fundado su reclamo en la

---

<sup>87</sup> TAT 3º Sent. No. 190. 26/7/2001. Gómez, Molinari, Piatniza (r), AJL 2001, caso 876, p. 367 citado por GIUZIO, Graciela. “Discriminación en el lugar de trabajo y VIH Sida.” en rev. Der. Lab. No. 228, p. 883.

<sup>88</sup> TAT 1º Sent. No. 69, 17/2/2003. Keuroglan (r), De Paula, Pérez, AJL 2003, caso 959, p. 401. citado por GIUZIO, Graciela. “Discriminación en el lugar de trabajo...”, ob. cit. p. 883.

ley No. 17.940 la cual se aprobó luego del cese. De esta manera, y en aplicación del principio *iura novit curiae*, el Tribunal amparó el reclamo, no en base a la ley No. 17.940 sino teniendo en cuenta los Convenios No. 87 y 98 y el art. 57 de la Constitución.<sup>89</sup>

La no existencia de una norma expresa que establezca la reinstalación ha sido uno de los argumentos para su no admisión por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, se trata de una consideración errónea, en tanto no es necesario recurrir a la ley, sino a las normas constitucionales y a los principios del *Ius cogens*, que son normas de derecho internacional general, directa e inmediatamente aplicables al ordenamiento interno, porque integran el denominado bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Al no existir una solución legal concreta, es tarea de los tribunales dar una respuesta, interpretando e integrando el ordenamiento jurídico. Es la propia Constitución de la República la que prevé en el artículo 332, cuál es el mecanismo para la integración de la normativa infra constitucional, permitiendo recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, principios generales de derecho y doctrinas generalmente admitidas. Los tribunales deben integrar la normas infra constitucionales a través de los instrumentos que provienen de la norma de mayor jerarquía-, y por tanto recurrir a los principios generales de derecho. Conforme lo disponen el artículo 8 y, en especial, el artículo 1565 del Código Civil, el acto nulo declarado judicialmente, pasado en autoridad de cosa juzgada, da derecho a las partes “para ser repuestas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo...”. Es decir, que el efecto jurídico de la nulidad provoca la reipristinación, obligando a reponer el estado anterior a la producción del acto.<sup>90</sup>

Otro de los argumentos para la no admisión de la reinstalación ha sido apelar a la libertad de ejercer industria o comercio o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes (artículo 36 de la Constitución). No obstante, a nuestro entender, no existe una incompatibilidad entre la reinstalación del trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados y el derecho a contratar y ejercer la libertad de empresa establecido en el art. 36 de la Constitución de la República. Esta conclusión puede elaborarse partiendo del marco normativo constitucional concebido en su conjunto, es decir, entendiendo a la Constitución como una unidad, como un conjunto armóni-

---

<sup>89</sup> TAT 1°, Sent. No. 415/2010. 8/12/2010. Morales (r), Posada, Rossi.

<sup>90</sup> ROSENBAUM, Jorge y PANIZZA, Carolina. “El derecho a la no discriminación y la reinstalación en el empleo. En XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

co en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás. Contrastar el respeto de los derechos laborales inespecíficos con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, como lo es el derecho de libertad de empresa, plantea un tema de interpretación importante en la realidad de los tribunales. De allí la importancia de señalar que entre los múltiples criterios generalmente admitidos en este campo, como afirma BARBAGELATA, “los bloques de constitucionalidad en el ámbito laboral, como todo el sistema de los derechos humanos, están bajo el imperio de la progresividad y la irreversibilidad y deben ser interpretados en el sentido más favorable a la persona humana”.<sup>91</sup> La libertad de empresa no puede legitimar que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional.<sup>92</sup>

También se ha señalado que no es posible obligar a un empleador contra su voluntad a seguir manteniendo en su puesto, a un trabajador que no goza de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. Ello lleva a que algunos autores, como RODRÍGUEZ MANCINI reconozcan que se trata de juzgar si la reparación en especie es “posible” jurídicamente, ya que al hacerlo se producen fuertes choques de derechos fundamentales, por lo que debe encaminarse la reparación hacia la solución indemnizatoria genérica. En su opinión, es aquí donde debe ponerse énfasis al examinar la solución del caso con la orientación indispensable de “compatibilizar en el campo constitucional las garantías involucradas”.<sup>93</sup> Al respecto, la Dra. Julia ODELLA (siendo titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 7º Turno) analizó esta observación en un fallo por el que se anuló el acto de despido y se ordenó la reposición de un médico subordinado a su puesto anterior, reconociendo que resulta innegable que la reinserción de un trabajador puede provocar situaciones de incomodidad extrema, por lo que el instituto debe ser manejado en forma discrecional. En el caso puntual, puso atención en la calidad del trabajador, la modalidad en que desempeña su función que por lógica

---

<sup>91</sup> ROSENBAUM, Jorge y PANIZZA, Carolina. “El derecho a la no discriminación ...” ob. cit.

<sup>92</sup> POMPA, Roberto. C. “Estabilidad y tratados internacionales sobre derechos fundamentales de los hombres.” En rev. Der. Lab. Tomo LIV, No. 244, Octubre – Diciembre 2011, p. 688.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. “Dos fallos de Cámara, dos disidencias y una sentencia de Primera Instancia”. Editorial. [www.asociacion.org.ar](http://www.asociacion.org.ar). Citado por ROSENBAUM, Jorge y PANIZZA, Carolina. “El derecho a la no discriminación ...” ob. cit.

debe entenderse en un régimen de libertad personal y técnica muy especial, la estructura de la empresa en la que la pirámide jerárquica no parece encontrarse directamente relacionada en forma personal con cada técnico en el ejercicio diario de su trabajo, concluyendo que no existía motivo valedero para pensar que el retorno al cargo pudiera provocar fricciones de clase alguna.<sup>94</sup> Como bien señalara ERMIDA URIARTE, *“en definitiva, parece ser que los principales obstáculos que se oponen a la estabilidad absoluta con su efecto necesario de la reincorporación efectiva y real, no son de técnica jurídica, sino más bien fácticos. Radicarían en la resistencia del empleador en unos casos, y en la inconveniencia o irracionalidad de la reincorporación forzada en otros casos”*.<sup>95</sup>

Esta realidad sólo amerita, en nuestra opinión, que el mismo trabajador afectado es quien debería tener la opción de solicitar la reinstalación (más los salarios caídos y los daños y perjuicios irrogados), o –de lo contrario– una indemnización más gravosa en caso de que no desee reintegrarse<sup>96</sup> tras el agravio padecido. Como plantea POMPA, la opción de demandar la nulidad o una reparación pecuniaria está en cabeza de la víctima del acto nulo.<sup>97</sup>

## 6. CONCLUSIONES

La garantía y defensa de los derechos fundamentales en el trabajo constituye una nueva misión del Derecho del Trabajo.<sup>98</sup> Se ha superado una visión económica del trabajador como sujeto subordinado jurídicamente a otro que controla su trabajo para tener en cuenta la protección de su personalidad y dignidad y para asegurar que los valores éticos y derechos constitucionales informen el desarrollo de la relación laboral frente a toda persona u organización que pueda ponerlos en peligro.<sup>99</sup> En la actualidad, es incuestionable que el trabajador trae consigo a la activi-

---

<sup>94</sup> Sentencia N° 8/2000 de 24 de febrero de 2000, publicada en LJU, caso 13985. Citada por ROSENBAUM, Jorge y PANIZZA, Carolina. “El derecho a la no discriminación ...” ob. cit.

<sup>95</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia?. Montevideo, Monografías jurídicas, LJU, 1983, p. 39. Citado por ROSENBAUM, Jorge y PANIZZA, Carolina. “El derecho a la no discriminación ...” ob. cit.

<sup>96</sup> ROSENBAUM, Jorge y PANIZZA, Carolina. “El derecho a la no discriminación ...” ob. cit.

<sup>97</sup> POMPA, Roberto. C. “Estabilidad y tratados...” ob. cit. p. 690.

<sup>98</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “Derechos Fundamentales del Trabajador, Poderes Empresariales y Contrato de Trabajo.” en El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coord. Alfredo Montoya Melgar. 2003. p. 537.

<sup>99</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “Derechos Fundamentales...” ob. cit. p. 538.

dad laboral no solamente la fuerza de trabajo sino su propia individualidad humana. El trabajo es inseparable de la persona que trabaja por lo que la proyección de los derechos fundamentales permite superar una visión patrimonialista de la relación de trabajo y sitúa a la actividad de contralor en sus justos términos.

Los derechos fundamentales están reconocidos a nivel constitucional por lo que no se requiere reglamentación legal para su aplicación efectiva. Como lo establece el art. 332 de nuestra Constitución las normas que reconocen derechos fundamentales no podrán dejar de aplicarse por falta de reglamentación respectiva sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas. De esta manera, se acota el ámbito de “programaticidad” de las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos.<sup>100</sup>

Como fuera analizado, los derechos fundamentales no son derechos absolutos sino que están limitados por otros derechos. Por este motivo, en caso de colisión sólo serán admisibles las soluciones que representen la máxima realización posible de todos los bienes fundamentales en base a la aplicación del principio de proporcionalidad.

Es evidente que el reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación de trabajo no sería suficiente sin la existencia de mecanismos adecuados para su protección. Sin embargo, si bien existen múltiples herramientas de defensa frente a la vulneración de estos derechos, la declaración de nulidad de los actos lesivos y la restitución de la situación al estado anterior, resulta ser el instrumento más idóneo para la protección de estos derechos.

---

<sup>100</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar. “Derechos humanos laborales...”, ob. cit. p. 59.