

RECURSO DE PROTECCIÓN
Y LA APLICACIÓN (INCORRECTA)
DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD
ANTE VULNERACIÓN DEL 19 N°4
POR CÁMARAS DE SEGURIDAD
(CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL,
SENTENCIA ROL P-3441-2016, 20 DE MARZO DE 2017,
CORTE SUPREMA, SENTENCIA ROL P-39-2017,
19 DE DICIEMBRE DE 2016)

*Nicolás Rodríguez Rioseco**
*Alejandro Gómez Sotomayor***

Resumen

El artículo analiza una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel en relación con los derechos fundamentales, en materia laboral, de los trabajadores y cómo el sentenciador resuelve la colisión de derechos entre estos y los empleadores, y si utiliza para su resolución el Test de Proporcionalidad o alguna modalidad del mismo. En el caso en específico, se produce la colisión entre el derecho a la vida privada de los trabajadores y el derecho de libertad de empresa y propiedad industrial de los empresarios.

I. Introducción

La jurisprudencia¹ y la doctrina nacional, en el último tiempo, han centrado su atención en el principio de proporcionalidad. Derechos fundamentales como la igualdad ante la ley y prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2 de la CPR) y la garantía de la no afectación del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la CPR), asimismo, como el debido

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Magister (c) en Derecho LLM, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: nrodriguezrioseco@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad San Sebastián. Magister (c) en Derecho LLM, mención Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: a.gomezstomayor@gmail.com

¹ Sentencia del TC en causa rol: 2922-15-INA.

proceso y la igual repartición de los tributos reconocen manifestaciones de este principio, que, si bien no está reconocido expresamente en nuestra Carta Fundamental se entiende que forma parte inherente de un Estado de derecho (arts. 6 y 7 de la CPR).

El profesor Javier Barnes ha entendido la proporcionalidad en un sentido amplio, también denominado prohibición de exceso, en el cual la medida adoptada

“ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos”².

Además, agrega que debe ser “proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada”³. Así, la doctrina ha configurado el principio sobre la base de tres elementos; necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, como una ponderación de los intereses en juego.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho, y en particular de la noción de ciudadanía en la empresa o ciudadanía laboral, ha intensificado la aplicación de este principio en materia de derechos fundamentales de los trabajadores.

Analizaremos si la Corte de Apelaciones de San Miguel aplicó o no el test *ad hoc*, de manera consciente o inconsciente, y de hacerlo, si es que señaló los elementos fundantes del test de Proporcionalidad y si realizó su correcta aplicación al caso en específico. Por lo anterior, este lacónico trabajo, se referirá a la aplicación de esta herramienta y no a otros métodos de argumentación judicial que pudieran ser utilizados.

II Motivos causantes del conflicto

El transporte público de la provincia de Talagante es administrado por el sector privado, ciento treinta empresarios, quienes se encuentran agrupados en la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses Flota Talagante. Estos decidieron la instalación de una tercera cámara de vigilancia al interior de los buses. El conflicto con las mencionadas cámaras surge dado que estas se encontrarían enfocando y grabando directamente a los conductores, lo que vulneraría sus derechos fundamentales, en particular

² Javier BARNES, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario”, p. 500.

³ *Ibid.*

el derecho a la vida privada. Entienden que la instalación no tendría por objetivo el control de los pasajeros ni la seguridad al interior de los buses, sino que, por el contrario, buscaría vigilar cada uno de los movimientos de los conductores, quienes ya soportaban indignos tratos por sus extensas jornadas de trabajo.

La Asociación justifica la instalación, en la búsqueda de entregar “mayor seguridad a los conductores”, pero, ¿es realmente efectivo esto?, ¿eran necesarias para el logro del fin perseguido? Al momento de colocar los aparatos de filmación, las máquinas ya contaban con dos cámaras de vigilancia, las cuales sí cumplirían con las metas propuestas, en el entendido de que una de ellas enfocaba el exterior e ingreso a los buses y la otra enfocaba el interior del mismo, grabando en parte al conductor. A la vez, el chofer maneja dentro en una especie de “jaula”, separándolo de los pasajeros y previniendo cualquier eventual ataque, por lo que ya contaría con las medidas suficientes de protección.

Surgen entonces, una serie de controversias: si la instalación de las cámaras constaba o no en el contrato de trabajo o en los reglamentos internos. Una parte argumentó que existió una aceptación previa por parte de los conductores, entendiéndose por la Asociación que en su papel, informaron oportunamente la medida, por lo que no existió clandestinidad. La parte recurrente, en cambio, reclamó que jamás se aceptó la medida y menos aún se entregó, por su parte, el consentimiento. A su vez,, se argumenta que se vulnera el derecho fundamental, del art. 19 N° 4 de la CPR, esto es “el respeto y protección a la vida privada y honra de la persona y su familia”.

La instalación de las cámaras comenzó en el mes de agosto del año 2016, reemplazando las existentes por unas más modernas y agregando una tercera cámara (correspondiente a la cámara en disputa). Se argumenta por la recurrida que estas no enfocan directa ni permanentemente a los conductores, sino que solo grabarían el interior del bus, sin lesionar o vulnerar en ningún momento el respeto, honra o reputación de los conductores, puesto que jamás se filman lugares destinados a conductas de carácter privado. Arguyendo que la actividad de los choferes, al estar a la vista de los usuarios, por su esencia son de carácter público.

Podemos observar con claridad una colisión de derechos, la cual debe ser resuelta aplicando el test *ad hoc* a un conflicto como el mencionado: nos referimos al test de Proporcionalidad o test de Alexy. Por una parte, encontramos los derechos de los trabajadores, (el mencionado respeto a la vida privada, honra y dignidad) y, por otra parte, tenemos los derechos de los empresarios, basados en el art. 19 N° 21 de la CPR, en relación con la libertad de empresa y propiedad industrial.

Tomando los antecedentes entregados, observamos que la parte recurrente argumenta que no existirían fundamentos plausibles para justificar la lesión a sus derechos fundamentales y, en especial, el valor esencial de respeto a la naturaleza humana: la dignidad. Tal medida no sería proporcional, puesto que las cámaras no constituirían ni el único medio, ni menos el más adecuado ni menos gravoso, siendo factible la obtención de los mismos resultados por medidas menos lesivas a las existentes. Por parte de la recurrida, se esgrime que no se configuró una instalación, sino una renovación, por lo que el recurso interpuesto adolecería de extemporaneidad, ya que las cámaras habían sido instaladas años atrás. Conjuntamente, alegan que no se configuran los elementos necesarios para la interposición de un recurso de protección, dado que la instalación de las cámaras no genera en ningún sentido privación, perturbación o amenaza al respeto y protección de la vida privada y la honra de los trabajadores. Por último, se argumenta que como firma se encuentran en el legítimo ejercicio de su derecho de libertad de empresa y actividad productiva.

III. Breve descripción

En resumen, las partes discuten una serie de aspectos en el recurso de protección, como la legitimación pasiva; la fecha de instalación de las cámaras de seguridad y, por tanto, una posible extemporaneidad del recurso; el hecho de encontrarse o no en los contratos de trabajo, anexos o reglamentos, la instalación de las cámaras de seguridad al interior de los buses, etcétera.

La Corte de Apelaciones tuvo en vista los siguientes aspectos para su decisión:

- I. La existencia de un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive o amenace el legítimo ejercicio del derecho reconocido en el art. 19 N° 4, esto es, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
- II. Respeto de los derechos de los trabajadores, no solo en relación a las estipulaciones del contrato de trabajo sino que, además, respecto de sus derechos fundamentales en relación con el art. 154 inciso final del *Código del Trabajo*, art. 5 de la CPR y la teoría de la Ciudadanía en la Empresa.
- III. Colisión de derechos. Art. 19 N° 4 –respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia– y art. 19 N° 21 –derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional,

respetando las normas legales que la regulen (libertad de empresa y actividad productiva).

IV. Comentarios sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel

HECHOS CONSTITUTIVOS DEL RECURSO

Cabe señalar que el artículo 20 de la CPR establece:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o *amenaza* en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19...”.

El sentenciador indica que no se han podido demostrar de modo fidedigno las perturbaciones. En el considerando sexto señala:

“...Si bien no existen antecedentes que acrediten fehacientemente las perturbaciones que dicen haber sufrido los recurrentes, cabe tener presente que las acciones denunciadas se efectúan dentro del ámbito de una relación laboral...”⁴.

La Corte señala que no existen antecedentes que corroboren de modo fehaciente las perturbaciones sufridas ¿Pero qué ocurre con la amenaza? El art. 20 de la CPR establece que no es indispensable que el hecho haya ocurrido para poder interponer el recurso en cuestión y que se tomen las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho. Entendemos por amenaza en su acepción primera cómo “acción de amenazar”⁵ y amenazar es “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien” o “dicho de algo malo o dañino: presentarse como inminente para alguien o algo”⁶. En todas estas acepciones se denota la amenaza como una posibilidad de que algo ocurra en el futuro (se quiere hacer un mal), y, por lo tanto, no es necesario que los hechos hayan privado o perturbado un derecho efectivamente. Con los eventos descritos por el recurrente y aceptados por el recurrido (instalación de cámaras y su enfoque) puede establecerse la amenaza del derecho en cuestión.

⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol P-3441-2016 considerando sexto, 2016.

⁵ RAE <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=amenaza> [fecha de consulta: 17 de mayo de 2016].

⁶ RAE <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=2JbmgVX> [fecha de consulta: 17 de mayo de 2016].

Lo anterior se ve reafirmado en el razonamiento que realiza la Corte Suprema conociendo la apelación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, al destacar que

“...una cámara de grabación enfocando exclusivamente al conductor o el rostro del mismo y con el audio no se condice con el objetivo explícito de la medida y sí aparece como un medio de control, *entendiéndose de esa forma o al menos amenazando el derecho constitucional contenido en el artículo 19 N°4...*”⁷.

ÁMBITO DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS

El sentenciador recuerda que los hechos descritos en el recurso se dan en el contexto de una relación laboral, citando el art. 154 inciso final sobre la materia y el art. 5 de la CPR, en relación con el respeto de los derechos fundamentales y el límite de la soberanía. La Corte señala en el considerando sexto:

“...los empleadores y quienes los representan deben respetar el derecho de los trabajadores no sólo en lo que dice relación con las estipulaciones contractuales, sino que también respecto de sus derechos fundamentales, entre ellos su privacidad o derecho a la vida privada, el que como se ha sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente, puede ser ejercido en espacios de acceso público y en especial dentro del lugar en que cualquier trabajador desempeñe su actividad...”⁸.

En este último punto toma relevancia la doctrina de la “ciudadanía en la empresa”. Como afirman Daniela Marquéz y Cristián Henríquez:

“En virtud de esta doctrina se reconoce al trabajador como portador de derechos constitucionales en sus diversas relaciones interpersonales, incluidas las laborales, con una legislación y una práctica laboral, por otro lado, construida sobre el modelo de la obediencia y la fidelidad propia de una persona subordinada al poder y control de otro particular”⁹.

Lo que establece, en definitiva, es la protección de la persona humana en los diferentes aspectos de su vida, incluyendo el laboral, existiendo un

⁷ Corte Suprema, Rol P- 39-2017, considerando cuarto, 2017.

⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol P-3441-2016, considerando sexto, 2016

⁹ Daniela MARQUEZ MOLINA y Cristián HENRIQUEZ BUGUENO, *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*, pp. 20-21. Cita de Luis LIZAMA PORTAL, José Luis UGARTE, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 167.

“paraguas” que lo protege en sus relaciones profesionales y las medidas de control en el marco de subordinación y dependencia que existe entre el trabajador y el empleador. Fernando Muñoz ha observado:

“Esto ocurre hoy en nuestro país en cuanto a la noción de ‘ciudadanía laboral’, como rótulo para la protección de variados intereses individuales de los trabajadores, particularmente en materia de protección a la privacidad y la honra”¹⁰.

Esta extensión de protección de la persona, al ámbito de su trabajo, no siempre fue así. En algún momento, la empresa era entendida como un lugar privado, en el cual el Estado no tenía derecho a intervenir y, por tanto, al ingresar a la empresa el trabajador quedaba sometido a las reglas que le imponía su empleador. En efecto, como afirma José Luis Ugarte:

“La empresa siempre fue entendida como un espacio típicamente privado, de fuerte connotación patrimonial, y la relación laboral como una vinculación entre particulares, y por tanto, sin espacio para derechos subjetivos como los fundamentales inespecíficos del trabajador –intimidad, libertad de expresión y otros– concebidos como técnicas de control propias de lo público”¹¹.

En el considerando expuesto, el tribunal, haciendo uso de la Irradiación de los Derechos Fundamentales a todo el Ordenamiento Jurídico¹², toma lo que la norma del art. 154 establece, llevando la protección de los derechos indicados en el art. 19 de la CPR no solo al lugar de trabajo del empleado (en este caso, los conductores) sino que a cualquier espacio público y, en específico, sin lugar a duda, al espacio físico donde el trabajador ejerza sus funciones o actividades. Es justo en la aplicación de esta norma, que el juez hace uso de lo que José Antonio González llama el argumento psicológico¹³, dado que toma la norma y determina la voluntad del emisor, aplicándola al caso concreto según la intensidad de protección que el legislador históricamente le dio¹⁴.

¹⁰ Fernando MUÑOZ, “Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político” pp. 376-377.

¹¹ José Luis UGARTE, “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”. p. 14.

¹² La irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico, se enmarca dentro del proceso de la constitucionalización del Derecho. La irradiación también es conocida en la academia como la “teoría del paraguas” constitucional.

¹³ José Antonio GONZALEZ, “Sobre los argumentos interpretativos”, pp. 149-150.

¹⁴ Legislador entendido como un ente racional y personificado.

COLISIÓN DE DERECHOS Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

La Corte señaló en el considerando sexto:

“...el objetivo y finalidad de la instalación de cámaras en los buses es la protección y seguridad tanto de los conductores como de los pasajeros y no el control de los primeros, una cámara de grabación enfocando exclusivamente al conductor o el rostro del mismo y con audio no se condice con el objetivo explícito de la medida y si aparece como un medio de control...”¹⁵.

El profesor Humberto Nogueira expone que el contenido esencial de la libertad de desarrollar actividades económicas

“implica la libertad para emprender, la libertad de desarrollar la libre iniciativa económica privada dentro del marco jurídico constitucional”¹⁶.

Agregando:

*“tal libertad no es absoluta y tiene como límites los derechos fundamentales de los trabajadores y el bien común, los cuales son cautelados por las regulaciones jurídicas pertinentes y las orientaciones generales de dirección de política económica de los respectivos gobiernos”*¹⁷.

La Corte Suprema, al conocer el caso de los “globos” de vigilancia en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea, señaló lo siguiente en relación con el derecho a la privacidad:

“Si bien la vida privada o intimidad es un concepto variable y de difícil determinación, es posible afirmar que tener privacidad significa tener un lugar o un ámbito libre de observadores, que está exento del conocimiento de los demás, por lo que su conocimiento y divulgación por terceros conlleva un peligro real o potencial para la intimidad de una persona” (considerando décimo)¹⁸.

Finalmente, la Corte Suprema resuelve de la misma manera que en la sentencia en comento, señalando que se deben tomar las medidas adecuadas para su correcto funcionamiento y con el objetivo que se tuvo en vista para la instalación de los globos de vigilancia. En efecto, el fallo determinó:

¹⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol P-3441-2016, considerando sexto, 2016.

¹⁶ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, p. 29.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Corte Suprema, rol P-18.481-2016.

“Que, en concordancia con lo expuesto, se concluye que se torna necesaria la adecuada operación de esta nueva herramienta de vigilancia, cumpliendo así de manera estricta el objeto que se tuvo a la vista para su instalación...” (considerando décimo quinto)¹⁹.

Por un lado, tenemos el derecho a la privacidad de los trabajadores y, por otro, el derecho de libertad de empresa de los empleadores. En este caso, lo que debió realizar el sentenciador (no lo explicita) es una ponderación de ambos derechos fundamentales, asignándoles un valor a cada uno y sopesando cuál de los dos, en el caso específico, merecía una especial protección. En relación con esto último, José Luis Ugarte señala:

“La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable”²⁰.

“Esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales, sin embargo, no es permanente sino móvil: el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros. Así, por ejemplo, en la colisión de derechos fundamentales que se produce entre la facultad de mando y control del empleador, derivada de su derecho constitucional de propiedad, colisiona con la intimidad del trabajador cuando aquél exige conocer los antecedentes criminales del trabajador”²¹.

Ignacio Covarrubias, al referirse al test de Proporcionalidad, muestra lo siguiente:

“En un sentido amplio, la doctrina de la proporcionalidad se conoce como el conjunto de exigencias o tests utilizados para verificar si la restricción a uno o más derechos fundamentales es justificada. Desde esta perspectiva, si una limitación de derechos es proporcionada, es justificable. Si no es proporcionada, no lo es”²².

¹⁹ Corte Suprema, rol P-18.481-2016.

²⁰ UGARTE, *op. cit.*, p. 27.

²¹ *Ibid.*

²² Ignacio COVARRUBIAS, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, pp. 447-480.

En este caso, el control que quiere ejercer el empleador por medio de la instalación, grabación y enfoque de las cámaras de seguridad al interior de los buses colisiona con la intimidad de los trabajadores. Y, como ya se ha dicho, este derecho, hasta puede ejercerse en lugares públicos o en el lugar de trabajo. El "paraguas" de la irradiación de los derechos fundamentales sigue protegiendo al trabajador, incluso, al interior de su empresa o el lugar donde realice sus actividades profesionales.

La parte recurrida señala en sus argumentaciones:

"Frente a la colisión de derechos que se presenta entre el respecto (sic) a la vida privada de los choferes y el derecho de los empresarios a la libertad de empresa, se debe concluir que si bien las cámaras permiten alcanzar el fin buscado existen otras vías mediante las cuales se puede obtener el mismo resultado, por lo que no resulta justificada ni proporcional la decisión adoptada por la recurrida"²³.

En este argumento vemos con claridad que la intención de la recurrente era que la Corte Suprema primero identificara una colisión de derechos para luego llegar a la conclusión de que la medida no era justificada ni proporcional. Finalmente, la Corte Suprema llega la misma deducción ofrecida por la Corte de Apelaciones de San Miguel

"Que luego del análisis de los hechos, la sentencia concluye que atendido que el objetivo y finalidad de la instalación de cámaras es la protección y seguridad tanto de los conductores como de los pasajeros y no el control de los primeros, una cámara de grabación enfocando exclusivamente al conductor o el rostro del mismo y con el audio no se condice con el objetivo explícito de la medida y sí aparece como un medio de control, entendiéndose de esa forma o al menos amenazando el derecho constitucional contenido en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República"²⁴.

"Que se comparte el razonamiento de la Corte de Apelaciones de San Miguel en cuanto entendió que correspondía respetar el derecho antes aludido, por lo que acoge el recuso sólo en cuanto se dispone que se redireccionen las cámaras sin enfocar el rostro de los choferes, respetando así el derecho de sus empleados a la vida privada, aún en su lugar de trabajo"²⁵.

Al parecer, la Corte Suprema habría cambiado de opinión en los últimos años, tal y como lo indica Rodolfo Figueroa al señalar:

²³ Corte Suprema, rol P- 39-2017, considerando primero, parte final, 2017.

²⁴ *Op. cit.*, considerando cuarto.

²⁵ *Op. cit.*, considerando quinto.

“Tratándose de cámaras de televisión instaladas en buses, los recurrentes son los microbuseros (solo en un caso son los trabajadores) que accionan contra la Inspección del Trabajo, por haberles cursado multas por diversos conceptos, entre ellos, por la instalación de las referidas cámaras. La Inspección del Trabajo sostiene que dichas cámaras vulneran el derecho a la integridad y la honra del trabajador. *La jurisprudencia en esta materia a nivel de las Cortes de Apelaciones no es uniforme: a veces se protege a los trabajadores y a veces no. Sin embargo, la Corte Suprema validó el uso de las cámaras como una medida de seguridad y de control de la actividad de los choferes*”²⁶.

Rodolfo Figueroa, se refiere a un caso que conoció la Corte Suprema en el año 2009²⁷.

En esta materia, la Inspección del Trabajo ha indicado:

“El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) en los vehículos de la locomoción colectiva urbana, sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los conductores o de los pasajeros, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo”²⁸.

Luego, precisa:

“Por el contrario, su utilización únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad”²⁹.

²⁶ Rodolfo FIGUEROA, “El derecho a la privacidad, en la jurisdicción de protección”, pp. 863-864.

²⁷ Corte Suprema, rol 831-2010.

²⁸ Ord., N° 2328/130 2002, DT.

²⁹ *Ibid.*.

Por último, concluye:

“Es condición esencial para la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, en las circunstancias que ello resulte lícito, el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida de control laboral y específicos del medio en análisis”³⁰.

V. *¿El tribunal hace alusión a la proporcionalidad?*

La parte recurrente manifiesta:

“en la especie lo que existe es una colisión de derechos, por un lado el derecho de los trabajadores al respeto de su vida privada y por otro el derecho de los empresarios a la libertad de empresa y de propiedad empresarial por lo que debe aplicarse el denominado juicio o test de ponderación que consta de los juicios de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, agregando que si bien las cámaras permiten alcanzar el fin buscado, existen otras vías mediante las cuales se puede obtener el mismo resultado, por lo que no resulta justificada ni proporcional la decisión adoptada por la recurrida”³¹.

El profesor Ignacio Covarrubias expone que la aplicación correcta del test de Proporcionalidad en nuestro país se ha visto sometida a una serie de cambios que lo alejan de su forma original, llevándolo a lo que en doctrina comparada se conoce como test Alternativo, y agrega que, en la práctica, la mayoría de las veces que un tribunal laboral hace alusión al mismo, en estricto rigor no lo aplica³².

La pregunta es: ¿Cómo llevar la proporcionalidad a un ámbito entre particulares? Pues bien, una expresión reciente de la horizontalidad de los derechos fundamentales en materia laboral, el año 2006, es la ley que crea un procedimiento que refleja la protección o tutela a los derechos dentro de las relaciones de trabajo, protegiendo dichos derechos al interior de la empresa, ejerciéndolo directamente contra otro particular³³. De modo conjunto observamos que si se lesionan los derechos fundamentales, co-

³⁰ Ord., N° 2328/130 2002, DT.

³¹ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol P-3441-2016, párrafo 6°, 2016.

³² Ignacio COVARRUBIAS, “Aplica el tribunal el test de Proporcionalidad”, pp 163-237.

³³ Cristian CONTRERAS ROJAS, Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”. pp. 205-243.

responderá explicar la proporcionalidad de las medidas adoptadas, según lo indicado en el art. 493 el *Código del Trabajo*³⁴.

Podemos notar, en el caso concreto, que la parte recurrida en ningún momento demostró fehacientemente la necesidad del enfoque en el cual las cámaras fueron orientadas. Si bien el tribunal no niega ni rechaza la seguridad que estas pueden entregar, sí, pone en tela de juicio la orientación de la misma, dado que vulneraría los derechos fundamentales, al hacer mención en el considerando sexto:

“...que los empleadores y quienes los representan deben respetar el derecho de los trabajadores no sólo en lo que dice relación con las estipulaciones contractuales, sino que también respecto de sus derechos fundamentales, entre ellos su privacidad o derecho a la vida privada, el que como se ha sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente, puede ser ejercido en espacios de acceso público y en especial dentro del lugar en que cualquier trabajador desempeñe su actividad pues tiene derecho a su privacidad”³⁵.

Es claro que dentro de los medios de prueba otorgados por la recurrida, jamás se hizo cargo de justificar el porqué de la orientación de las cámaras y la imperiosa necesidad de filmar en forma constante, las actividades de los trabajadores (choferes), es decir, en el correcto entendido del test de Proporcionalidad, se debió balancear por medio de los antecedentes y las pruebas aportadas en el recurso y posterior informe, que el derecho alegado por la recurrida debe primar por sobre el de la recurrente, claro está, sin alterar el núcleo fundamental del mismo.

Por lo anterior, es necesario hacer referencia a qué se debe entender por el núcleo fundamental, irreductible o esencial de los derechos, que, a nuestro entender, es uno de los motivos por los que el tribunal desestimó las defensas de la empresa y optó por declarar que la efectiva lesión del derecho a la dignidad, honra y vida privada es producida por la vigilancia permanente de los trabajadores, más que por la instalación de las cámaras, fue por el enfoque que se les dio a estas. Privación que se produce sin existir un motivo plausible para su consideración, dado que no se justifica por ningún medio por parte de la empresa de transportes.

Lo anterior se reafirma en el considerando séptimo el cual advierte:

“...no constituyendo la instalación de las cámaras cuestionadas el acto perturbador sino que lo constituye el objetivo o enfoque de los mencionados

³⁴ Art 493: “resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, *Código del Trabajo*.

³⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol P-3441-2016, considerando sexto, 2016.

dispositivos audio visuales, los recurridos deben verificar el enfoque de grabación y adoptar de inmediato las medidas correspondientes para que se redireccionen las cámaras con el objeto de que cumplan la finalidad declarada, respetando los derechos fundamentales de sus empleados, sin perjuicio de las acciones legales que a estos les pudieran corresponder”³⁶.

En doctrina, podemos notar cómo en un primer artículo de Ignacio Covarrubias³⁷ se hace alusión a una actividad por parte del Estado, pero en su lectura conjunta con un segundo artículo sobre la aplicación del test en cuestión³⁸, precisa que si la medida tiene por fin el bien común, sería posible y válido lesionar o vulnerar un derecho fundamental de los trabajadores en este caso, aunque siempre teniendo como límite el no corromper los elementos mínimos y máximos a la vez, de un derecho esencial reconocido en el art. 19 de nuestra CPR.

Específicamente, lo expuesto puede ser desprendido del siguiente pasaje del primer artículo mencionado:

“Lo precedentemente expuesto evidencia, no sin algunas reservas, que hay elementos teóricos y prácticos que contribuyen a una formulación del test –particularmente de la proporcionalidad en sentido estricto– que admitiendo legítimas restricciones a los derechos por motivos de bien común garantice que dichas injerencias dejen a salvo el contenido mínimo del derecho, evitando que en nombre de un supuesto interés público termine llevándose al despenadero a los derechos fundamentales intervenidos por la regulación estatal”³⁹.

En el caso concreto, La Corte de Apelaciones no aplicó correctamente el test de Proporcionalidad, obviando los pasos a seguir y los elementos determinantes sobre vulneración de derechos fundamentales. Precisamente, las referencias hechas en la sentencia al test, no derivan en una concreta aplicación. Creemos que el camino a seguir, para una efectiva protección a la amenaza de los derechos de los conductores, debió ser la ponderación efectiva de los derechos en juego, determinando la necesidad, la adecuación o idoneidad y proporcionalidad inherente de la medida tomada por la empresa y la vulneración correlativa. Es justo en la ponderación, el momento exacto, en que el juez protegerá el núcleo fundamental del derecho lesionado (en el caso puntual, la dignidad de los conductores), de

³⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol P-3441-2016, considerando séptimo, 2016.

³⁷ COVARRUBIAS, “La desproporción...”, *op. cit.*, pp. 447-480

³⁸ Ignacio COVARRUBIAS, “El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere”, pp. 261-287.

³⁹ COVARRUBIAS, “La desproporción...”, *op. cit.*, pp. 447-480

tal manera, fallar a favor de alguna de las partes en conflicto. Con esto, no queremos decir, por tanto, que el fallo del tribunal es incorrecto o debió ser contrario al dictado, pero no podemos dejar de hacer referencia a la errónea o, más bien, nula aplicación del test.

La Corte debió determinar hasta qué punto la libertad empresarial pudo limitar los derechos, sin constreñir los derechos fundamentales más allá de su núcleo vital, que ejerce las veces de muro divisor a las intenciones limitadoras del empleador en el caso concreto.

"...test en la tutela de derechos fundamentales lo conciben como un criterio que sirve para afrontar las colisiones producidas entre los derechos fundamentales de los trabajadores y las potestades del empleador emanadas de su derecho de propiedad y de libertad empresarial, a condición que no se afecte el contenido esencial de los derechos en juego, en concordancia con el artículo 485 CT. Se observa el TP como un medio de ponderar derechos concebidos como principios o entre derechos y bienes públicos, reconociendo el contenido esencial como un límite que supone la "existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador"⁴⁰.

Es más, si quisiéramos seguir profundizando en la aplicación correcta del test de Proporcionalidad, tal vez, siquiera bastaría que el tribunal lo aplique en sus tres elementos originarios. La doctrina en la actualidad ha, incluso, ahondado en la necesidad de aplicar un cuarto elemento, referido a lo recién expuesto, es decir, determinar cuál es en concreto el contenido mínimo de los derechos o su elementos esenciales, que el tribunal pretende resguardar del actuar de un empleador amparado en su propio derecho fundamental. Mucho hemos hablado de ellos, pero es ardua la tarea de determinación de hasta qué punto podemos restringir o, más complejo aún, cuál sería, por ejemplo, la posibilidad de limitar un derecho, como el derecho a la vida, si esto fuera posible. Como lo ha dicho Juan Carlos Riofrío;

"...autores han considerado conveniente añadir a los tres subprincipios clásicos de la proporcionalidad (los de adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta), uno adicional que consistiría en un juicio de respeto del contenido esencial de los derechos regulados"⁴¹.

En el caso específico en cuestión, podemos observar que uno de los núcleos que se buscó proteger fue el de la dignidad de los empleados, el

⁴⁰ COVARRUBIAS, "El test...", *op. cit.*, pp 261-287. Sergio GAMONAL, *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales*, pp. 46-47.

⁴¹ Juan Carlos RIOFRÍO, "Alcances y límites del principio de proporcionalidad", p. 289.

cual se ve lesionado, vulnerado o quebrantado por la vigilancia y control permanente, pero, ¿es efectivamente la dignidad un derecho fundamental?, pues sabemos que más bien corresponde a un principio general, el cual debe ser protegido, pero jamás estableciendo una especie de jerarquía en el que se le califique en un estado o escalafón superior al de los demás derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es justo en esta protección, donde el tribunal utiliza el argumento a partir de principios generales del Derecho⁴², tomando en cuenta la dignidad como uno de los derechos fundamentales primordiales, permitiéndole interpretar las disposiciones y desentrañar la dignidad del art. 19 N° 4, al proteger la honra y la vida privada.

En cuanto a la explicación de la problemática por parte de la Corte y la aplicación del test, entendiendo por esta la utilización de las pruebas otorgadas por las partes, notamos claramente la utilización de la técnica del relato, la cual es un método generalizado por los tribunales del país. En el caso puntual encontramos la técnica que algunos autores han llamado globalizadora⁴³, producto de la explicación en la sentencia *grosso modo*⁴⁴ de los argumentos y los medios de prueba, evitándose así la justificación de los raciocinios alcanzados, eludiendo de tal modo, la explicación valorativa de la prueba y los criterios alcanzados para el fallo, incumpliendo el deber de motivación de las decisiones adoptadas como mecanismo de control intra y extraprocesal, intentado desterrar cualquier dejo de arbitrariedad en la decisión. Hacemos hincapié en la vaga explicación del test de Proporcionalidad y la nula determinación siquiera de sus elementos fundantes.

VI. Conclusiones

1. En la sentencia comentada existe una colisión de derechos, entre el derecho del art. 19 N° 4 –respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia– y art. 19 N° 21 –derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (libertad de empresa y actividad productiva).
2. La Corte de Apelaciones de San Miguel consideró que el respeto de los derechos de los trabajadores debe darse no solo en relación

⁴² GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 143.

⁴³ Marina GASCON *et al.*, “Razonamiento e interpretación jurídica”, pp. 91-93.

⁴⁴ *Ibid.*

- con las estipulaciones del contrato de trabajo, sino que, además, respecto de sus derechos fundamentales en relación con el art. 154 inciso final del *Código del Trabajo*, art. 5 de la CPR y la teoría de la Ciudadanía en la Empresa.
3. La Corte, atendiendo a la finalidad de la cámara de seguridad, razonó que una cámara enfocando exclusivamente al conductor o su rostro no se condice con el objetivo explícito que se tuvo en vista para la medida adoptada por el empleador, y sí aparece como una medida de control, viéndose a lo menos amenazado el derecho a la vida privada de los trabajadores.
 4. El acto perturbador del derecho no es la instalación de las cámaras, sino el enfoque de estas, por lo que se le ordenó a la recurrida tomar las medidas necesarias para el redireccionamiento de la cámara en cuestión.
 5. La Corte de Apelaciones no aplicó correctamente el test de Proporcionalidad, obviando los pasos a seguir y los elementos determinantes sobre vulneración de derechos fundamentales.
 6. Una correcta aplicación del test de Proporcionalidad demanda balancear por medio de los antecedentes y las pruebas aportadas en el recurso, estableciendo por qué el derecho alegado por la recurrida debe primar por sobre el de la recurrente, sin alterar el núcleo fundamental del mismo.
 7. Creemos se debió realizar una ponderación efectiva de los derechos en juego, determinando la necesidad, la adecuación o idoneidad y proporcionalidad inherente a la medida tomada por la empresa y la vulneración correlativa.
 8. No queremos decir, por tanto, que el fallo del tribunal es incorrecto o debió ser contrario al dictado, pero no podemos dejar de hacer referencia a la errónea o, más bien, nula aplicación del test.
 9. La Corte debió determinar hasta qué punto la libertad empresarial pudo limitar los derechos, sin constreñir los derechos fundamentales más allá de su núcleo esencial, que, incluso, a veces resulta ilusorio a nuestro parecer, bastando solo la vulneración del mismo.
 10. En el caso específico en cuestión, podemos observar que uno de los núcleos que se buscó proteger fue el de la dignidad de los empleados, el cual se ve lesionado, vulnerado o quebrantado por la vigilancia y control permanente.
 11. La falta de argumentación en la decisión y la errónea o nula aplicación del test de Proporcionalidad se debe a la utilización de la técnica del relato o globalizadora, señalando los argumentos y valorando los medios de prueba a *grosso modo*, incumpliendo la

obligación de motivación de las resoluciones judiciales que permite el control intra y extraprocesal, que busca dejar de lado cualquier ámbito de arbitrariedad en la decisión.

Bibliografía

- BARNES, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, 1994.
- CONTRERAS ROJAS, Cristian, GONZALO AGUILAR CAVALLO, "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", en *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, Talca, 2007.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "Aplica el tribunal el test de Proporcionalidad", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 12, N° 1, Santiago, 2014.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere", en *Revista de Derecho de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLV, Valparaíso, 2015.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2, Santiago, 2012.
- FIGUEROA G., Rodolfo, "El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 3, Santiago, 2013.
- GAMONAL, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales*, Santiago, LegalPublishing, 2009.
- GASCÓN, Marina, "La motivación de la prueba", en Santiago ORTEGA GOMERO (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*. Madrid, ARA Editores 2009.
- GASCON, Marina et al., *Razonamiento e interpretación jurídica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.
- GONZALEZ, José Antonio, "Sobre los argumentos interpretativos", 2009. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2997/8.pdf>. [Fecha de consulta: 13 de junio e 2017].
- LIZAMA PORTAL, Luis, José Luis UGARTE, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago, Editorial Lexis Nexis 1998.
- MARQUEZ MOLINA, Daniela y Cristián HENRIQUEZ BUGUEÑO, *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: el procedimiento de tutela laboral*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile. 2010.
- MUÑOZ, Fernando, "Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 20, N° 2, Coquimbo, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2010, tomo 4: Constitución económica, derechos patrimoniales y amparo económico, p. 29.

RIOFRIÓ MARTINEZ-VILLALBA, Juan Carlos, "Alcance y límites del principio de proporcionalidad", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 1, Santiago, 2016.

UGARTE CATALDO, José Luis. "Privacidad, trabajo y derechos fundamentales" m en *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1, Santiago, 2011.

NORMAS CITADAS

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, causa rol: P-3441-2016.

CORTE SUPREMA, causa rol: 39-2017.

CORTE SUPREMA, causa rol 831-2010.

CORTE SUPREMA, causa rol: 18.481-2016.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ordenanza N° 2328/130 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, www.rae.es [fecha de consulta: 17 de mayo de 2017].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, causa rol: 2922-15-INA