I

La Jurisprudencia laboral y el futuro del Derecho del Trabajo[1]

Dr. Bernardo van der Laat.[1]

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. EL JUEZ DE TRABAJO.
   2.1.EL JUEZ LABORAL TIENE QUE SER, COMO TODO JUEZ, ABSOLUTAMENTE INDEPENDIENTE.
      2.1.1. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.
      2.1.2.INDEPENDENCIA FRENTE A SUS SUPERIORES.
   2.2.LA FORMACIÓN DEL JUEZ.

3. LA DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO.

4. EL DEBER DE QUIEN JUZGA DE DETECTAR EL FRAUDE, EN CONTRA DEL DERECHO LABORAL.

5. EL PAPEL DEL JUZGADOR EN LA REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO.

6. REFLEXIÓN FINAL.

1 Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
El presente trabajo recoge la ponencia presentada en el I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales, su impacto en el desarrollo socioeconómico, del 13 al 15 noviembre, 2005, Caracas.

1.- INTRODUCCIÓN

El tema de este taller versa sobre "la jurisprudencia laboral y el futuro del derecho del trabajo". Debemos pues reflexionar sobre ese futuro, partiendo de una premisa: el derecho laboral sufre una crisis; es blanco de ataques directos que lo quieren destruir, su importante papel social podría ser reducido al mínimo. Partiré de esa premisa y no de lo que será el derecho laboral del futuro, por interesante que resulte el ejercicio, pues eso llevaría a tener que referir y comentar el pensamiento de muchos estudiosos y el resultado de múltiples foros, mesas redondas, congresos que se han dedicado al tema, lo que, sin duda, consumiría el tiempo disponible para esta exposición.

Tomaré, por lo tanto, como punto de partida ese supuesto: el derecho del trabajo está en crisis. Y, analizaré el papel que la jurisprudencia tiene y tendrá en ese contexto, pero también limitando el análisis, por las mismas razones, a dos aspectos: el primero, imprescindible y sobre el que sobra cualquier discusión o cuestionamiento: la defensa de los principios del derecho del trabajo. El otro centro de reflexión será la defensa de los derechos fundamentales del trabajador, desde la perspectiva que nos ofrecen las Normas Internacionales del Trabajo.

Considero fundamental para esa reflexión que nos proponemos realizar, partir de los atributos imprescindibles que el principal responsable en llevar a cabo esa tarea, el juez de trabajo, debe tener para que se dé ese producto de calidad que esperamos; una jurisprudencia que sea fundamental para la permanencia y avance del derecho del trabajo, a saber, un juez independiente, capaz, y dotado de los recursos humanos, tecnológicos y procesales adecuados.

2.- EL JUEZ DE TRABAJO.

Para que la jurisprudencia laboral juegue el papel que le corresponde en el futuro del derecho del trabajo, el personaje central es el juez laboral. Es necesario, en consecuencia recordar los principales requisitos que debe reunir para que pueda cumplir con esa importante labor de defensa del derecho del trabajo desde el rol que le corresponde como juzgador.

2.1 El juez laboral tiene que ser, como todo Juez, absolutamente independiente.

La independencia del juez podemos analizarla desde diferentes ángulos:

2.1.1 Independencia del Poder Judicial.

En primer lugar, debe haber una independencia general del Poder Judicial. La Constitución Política respectiva debe reconocer esa independencia, frente a los demás poderes del Estado. La Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8.1, implícitamente la consagra. Se le debe garantizar especialmente la autonomía económica, a efecto de prevenir maniobras políticas fundadas en la negación de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento con el fin de condicionar así sus actuaciones. Una de las formas en que se puede hacer efectiva esa garantía es reconociendo, a nivel constitucional, un porcentaje fijo, mínimo y suficiente del presupuesto nacional para el Poder Judicial.

Se manifiesta, también, en la estabilidad de sus jerarcas, (miembros del Tribunal Supremo, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Ministros de la Suprema Corte, según el caso) En ese sentido, resulta recomendable que tanto para la designación como especialmente para la remoción, se requieran votaciones calificadas (por ejemplo, dos terceras partes de los legisladores), de tal forma que, en la práctica, sean inamovibles, salvo una causa muy grave. Lo mismo en cuanto a los jueces de otros niveles.

El juez debe tener estabilidad para tener independencia, no hay mayor amenaza a su independencia que estar sujeto al vencimiento del nombramiento. Un juez que periódicamente esté sujeto a la valoración de su labor por parte del poder político para continuar en el cargo, puede perder su independencia. A los jueces se les debe garantizar, por lo tanto, una carrera judicial por concurso u oposición y se deben limitar los nombramientos interinos, solo para casos de incapacidad temporal o vacaciones del titular, o mientras se tramita un nombramiento en propiedad. Debe permanecer en su puesto, salvo falta grave.

2.1.2 Independencia frente a sus superiores.

Con frecuencia algunos aceptan como válida y exigible la fiscalización de los superiores sobre la labor judicial de los jueces de rango inferior, debiendo éstos ajustar sus decisiones al pensamiento del jerarca. Lo anterior, además, puede verse potenciado cuando existe una organización vertical del Poder Judicial que conlleva intervenciones sobre los jueces de menor rango[2].

La jurisprudencia vinculante es otra manifestación de irrespeto a la independencia del juez, bajo el argumento de la seguridad jurídica, pero es violatorio de esa independencia, pues le impone una manera de interpretar la norma[3].

Otro problema que generalmente se presenta desde esta óptica es el tema del control de rendimiento de los jueces versus la independencia judicial. Este es un tema muy delicado. Debe ser un principio constitucional el de rendición de cuentas de todos los funcionarios públicos, los jueces incluidos. Sin embargo, en la práctica, con mucha frecuencia el juez se escuda en el argumento, que dar cuentas de su rendimiento implica una violación de la independencia judicial, lo que es un error conceptual. Aunque se debe tener el cuidado de que ese control se haga adecuadamente

2.2 La formación del juez

La preparación del juez, en especial el de trabajo, es otro elemento fundamental para garantizar una jurisprudencia adecuada, esencial para el futuro del derecho laboral. La visualizamos desde diferentes ángulos:

Sin duda, su formación académica es básica, pero en la práctica se presentan numerosos problemas. Uno de ellos puede ser una enseñanza de mala calidad. Diferentes elementos inciden en ello:

a) Poca capacitación de algunos profesores;
b) Proliferación de Facultades de Derecho, lo que puede afectar la calidad de la enseñanza;
c) El Derecho del Trabajo no es una materia que sea considerada prioritaria por muchos;
d) Y cuando lo consideran importante, suele ocurrir que no le dan importancia a materias fundamentales como son las relativas a la O.I.T y las Normas Internacionales de Trabajo;
e) Además, muchos estudiantes no consideran al Derecho del Trabajo una especialidad rentable. Lo ideal es que realice estudios especializados de posgrado. Por ello, el semillero para jueces de esta materia no tiene la riqueza adecuada.

Además, la preparación que dan las facultades de Derecho, no es necesariamente lo que necesita el juez, pues no tiene esa orientación.

Se requiere que las escuelas judiciales se ocupen de la formación inicial del juez. Probablemente uno de los métodos más eficientes en esta materia es la realización de tutorías a cargo de los jueces o exjueces de mayor experiencia que orienten al nuevo funcionario. Deben, posteriormente, existir procesos de formación permanente que le permitan adquirir las destrezas necesarias para actualizarse. Por ejemplo, si queremos que los jueces apliquen las NIT, debemos preguntarnos: ¿Se enseñan efectivamente las Normas Internacionales del Trabajo en las Universidades? Y, si eso ocurre ¿las aplican luego los jueces?

La efectiva aplicación de esos estándares laborales solo podría medirse a través de las estadísticas judiciales que revelen:

a) número de casos en que en la petitoria de una demanda se funda en un convenio internacional;
b) número de casos en que la resolución o sentencia se funda igualmente en una norma internacional. Si queremos hacer un análisis más detallado, se debe analizar la jurisprudencia, para establecer en qué casos la solución del asunto hubiera sido diferente, si se hubiera tomado en cuenta la existencia de una norma internacional de trabajo.

3.-LA DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO.

No podemos imaginar el Derecho del Trabajo sin sus principios, sin su esencia. Por eso defenderlos es fundamental. Como bien lo ha señalado Plá Rodríguez, refiriéndose a la agresión que sufre el derecho del trabajo:

"…el ataque al derecho laboral busca discutir o controvertir los principios del derecho laboral: se cuestiona el principio protector o algunas reglas consecuencia del mismo, se discute el principio de irrenunciabilidad, se ignora el principio de continuidad, se controvierte la aplicación del principio de la primacía de la realidad o del principio de razonabilidad" Y agrega; "Por eso, creemos que ese ataque contra los principios

2 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sentencia No. 5498 del 2005.
3 Ibid

no es casual ni episódico: es una de las formas más sutiles y eficaces de destruir por dentro la importancia del derecho laboral" [4]

Se debe tener presente siempre los principios; deben ser el norte que le permita al juez poder determinar, con certeza, las amenazas que enfrenta el derecho laboral.

La jurisprudencia de la mano de los principios tiene una gran responsabilidad: lograr que el fraude laboral no triunfe.

4- EL DEBER DE QUIEN JUZGA DE DETECTAR EL FRAUDE, EN CONTRA DEL DERECHO LABORAL.

En la actualidad, una de las características del mundo del trabajo, es que la empresa se dedique a lo que constituye su mayor fortaleza, dejando que terceros, a su vez, hagan funciones y labores especializadas, que por ser tales, podrán hacer mejor y más eficientemente. Lo anterior, de todos conocido como externalización (outsourcing). Sin embargo, desde ese extraordinario observatorio que es la judicatura, se aprecia que la empresa, por ignorancia o mala fe, pretende hacer procesos de "outsourcing" que en realidad no lo son, introduciendo en el fondo, la desregulación laboral. En efecto, en la práctica judicial se detectan situaciones en que "todo cambia pero nada cambia". Me explico con varios ejemplos que con frecuencia se plantean ante los tribunales:

a) Por años una empresa ha tenido un departamento de ventas en el que trabajan varios vendedores. En un determinado momento se ponen en práctica cambios que pretenden "reorganizar la empresa" y "externalizar" las ventas. Se pide (en realidad obliga) a cada uno de los vendedores la constitución de una sociedad anónima, generalmente con miembros de su familia. Probablemente el empleador pagará todos los gastos y honorarios que conlleve la formación de la sociedad y luego firma con esa sociedad, recién constituida, un contrato mercantil (supuestamente) mediante el cual esa empresa le ofrecerá servicios profesionales de ventas a la antigua empresa empleadora. Pero, en la realidad, nada cambia: se prestan los mismos servicios, se exigen las mismas obligaciones, disimuladamente se dan órdenes, se llevan todo tipo de controles, se siguen haciendo las mismas reuniones, se utiliza la papelería, los equipos y locales del "anterior" empleador. Y, por otra parte, se elimina el pago de las cotizaciones a la seguridad social y cualquier otra relacionada con el salario, así como las vacaciones, el aguinaldo y el salario escolar; quedando los trabajadores desprotegidos y corriendo por su cuenta cualquier seguro voluntario. En otras palabras, no hubo realmente una "externalización", sino el trabajador siguió siéndolo, pero sufriendo un ius variandi abusivo.

b) Otro ejemplo es la gran variedad de casos, quizá en la frontera del derecho laboral, como puede ser el de los taxistas, en el que el propietario (empleador) alega que se trata de un contrato de alquiler de vehículo, mediante un porcentaje o suma fija de lo que produzca diariamente el taxi; o el del barbero en el que se intenta disimular una auténtica relación laboral, bajo un contrato de alquiler de la silla en la que trabaja. Un caso muy usual en Costa Rica, es el de los trabajadores de la construcción. En efecto, se intenta a través de los llamados subcontratos disimular muchas relaciones laborales como servicios profesionales. Así, se alega que simples peones de construcción, sin ninguna calificación profesional y que laboran preparando las excavaciones, pegando ladrillos o block de cemento, etc, son trabajadores independientes con los que se celebran contratos no laborales. Los ejemplos lamentablemente pueden ser muchos. Considero que un número creciente de casos estudiados por la jurisprudencia laboral, están relacionados con situaciones de externalización. Por ello, el juez laboral cumple un importante papel en la detección de esas maniobras innovadoras e ingeniosas en contra de la regulación laboral. Por lo tanto, con igual o mayor malicia el juez laboral, en su análisis, debe detectar esos fraudes, los elementos laborales en los casos frontera y enviar un mensaje fuerte, concreto y con claridad conceptual sobre lo que es o no una relación laboral en esos casos límites.

4 Plá Rodríguez, Américo "Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios"; Conferencia Magistral dictada en el V Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Documentos complementarios. Lima-Perú, Setiembre 2001, pág. 29.

En esta función se debe poner especial atención en la valoración de la prueba, a los cambios de los esquemas empresariales para verificar si estos son reales o ficticios (y revisar muy cuidadosamente y en especial la prueba documental). Recuerdo un dicho de la época escolar: "la jarana siempre sale a la cara". En el ejercicio de la magistratura lo compruebo día con día. Siempre, en estos esquemas fraudulentos quedan cabos sueltos. Por ejemplo, se recurre a una estructura societaria, pero, en algún momento se comienza a pagar al trabajador a título personal, en vez de a la sociedad, o el contador de la empresa empleadora, al expedir un cheque a favor de la empresa del trabajador, indica un extremo típico laboral como pago de horas extra, vacaciones, salario, etc. En una u otra forma hay que detectarlos, desenmascararlos y sancionarlos. Este es un papel importante de la jurisprudencia laboral.

5.- EL PAPEL DEL JUZGADOR EN LA REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO.

En la actualidad, en el plano internacional se produce una reafirmación de los fundamentos esenciales del derecho de trabajo, a través de las normas internacionales del trabajo -las NIT-, o sea los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y toda la normativa laboral presente en los convenios, pactos y demás instrumentos sobre derechos humanos. Esta reafirmación se fortalece desde hace algún tiempo, especialmente estableciendo una relación entre los derechos laborales y el comercio internacional, lo que se ha revelado como un mecanismo efectivo en la defensa de estos derechos. En efecto, se busca que en el intercambio de bienes y productos no se produzca un "dumping social". Se condiciona, de diversas maneras, el otorgamiento de ventajas arancelarias y acceso a mercados (los sistemas de preferencias arancelarias de los Estados Unidos y la Unión Europea, los Códigos Corporativos de Conducta, el etiquetado social, entre otros), al respeto de aquellos derechos. Se exige el cumplimiento, cuando menos, de lo que se ha llamado *"los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a los trabajadores"*.

El tema alcanza especial relevancia a partir de la "Declaración de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores y su seguimiento", de la OIT de 1998. Pues, como se reafirma, por el hecho de incorporarse a la OIT, todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia y que por el solo hecho de su pertenencia, deben de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En varios casos, estos derechos son reforzados con otros. Es lo que ocurre por ejemplo con el protocolo laboral del Nafta o el anexo 2 del Acuerdo Laboral del TLC Costa Rica/Canadá, en donde se incluyen "normas laborales mínimas, prevención de accidentes y enfermedades profesionales e indemnización en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales". Es más, en este último instrumento citado se incluye a la jurisprudencia en la definición de "legislación laboral" con lo que se reafirma la importancia que esta tiene en todo el proceso referido.

Para estos efectos, los tribunales pueden (no digo que tienen, pues depende del respectivo sistema jurídico) un arma interpretativa muy poderosa que se derivará del lugar que ocupen las NIT en el respectivo ordenamiento jurídico.

Ante cualquier legislación ordinaria desreguladora, el juez tendrá la riqueza de las NIT. Sin embargo, para que esto pueda darse, tendrá especial trascendencia la jerarquía de las fuentes del derecho en el respectivo ordenamiento. Lo ilustraré utilizando la situación que al respecto se presenta en Costa Rica: Cuando se promulgó el Código de Trabajo, en 1943, el juez laboral tenía los convenios y recomendaciones de la OIT solamente como fuente supletoria. Luego, en 1968, el artículo 7 de la Constitución Política sufre una reforma y como consecuencia de ella, los convenios internacionales, debidamente ratificados, tienen fuerza superior a las leyes. Esa reforma, de hecho, modificó la escala de las fuentes del derecho, pues los convenios ratificados tienen fuerza superior a la ley y los que no lo han sido siguen siendo fuente supletoria.

En 1989, se reformó la Constitución Política y se creó una Sala especializada en materia constitucional en la Corte Suprema de Justicia. También se promulgó la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En esta se indica que se debe garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y el derecho internacional o comunitario vigente en la República, así como los derechos y libertades fundamentales consagradas

en la carta fundamental o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. También, se reformó el artículo 48 de la Constitución Política, con una adición similar, al abrir el recurso de amparo respecto de los derechos "de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República…".

Posteriormente, la Sala Constitucional analizó el concepto de "instrumento internacional" en el sentido de que por "instrumento internacional" se entiende:

"…no solamente, convenciones, tratados y acuerdos formalmente suscritos y aprobados, conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los derechos humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable del país. Así, la declaración universal de derechos humanos (París 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no han necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula, otro tanto, cabe decir, de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de la Organización de las Naciones Unidas que, aunque sean producto de uniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestros país a ella y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiere incorporado al derecho interno costarricense. Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la sala, que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen en este país, pleno valor y que tratándose de derechos humanos, los instrumentos internacionales tienen, no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la constitución"[5].

Luego de esta reforma constitucional y de la interpretación del concepto de "instrumento internacional" en la forma tan amplia que se hizo, la jerarquía de las fuentes sufre una nueva transformación, de tal forma que los instrumentos sobre derechos humanos no contenidos en la Constitución priman sobre ésta, luego la Constitución y de seguido los convenios ratificados (incluye por supuesto los de la OIT) y aquellos que no lo han sido, continúan siendo fuente supletoria.

Pero, así como una interpretación amplia sobre la jerarquía de las fuentes permite a los jueces la incorporación de las NIT, también una actitud negativa puede tener un efecto que imposibilite u obstaculice tal incorporación. A manera de ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador considera que los tratados, incluidos los convenios de la OIT, son leyes ordinarias o secundarias[6].

La posibilidad de utilizar las NIT, como normativa con fuerza superior a la ley ordinaria nacional, abre posibilidades muy interesantes para la defensa y vigencia del derecho laboral, dada su riqueza y temática.

Señalo la línea jurisprudencial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ya ha ido resolviendo situaciones no previstas en el Código de Trabajo mediante la aplicación de las NIT. Algunas de esas decisiones se han sustentado en convenios ratificados:

La reinstalación y pago de salarios caídos a un dirigente sindical por despido antisindical. Fundamenta la decisión el Convenio 135 de la OIT. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en una decena de casos[7].

La reinstalación de una mujer embarazada o en período de lactancia, despedida por el hecho del embarazo. Se fundamentó en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará). Igual fundamento se ha usado para justificar un despido por acoso sexual.

Sobre el deber de los empleadores de adoptar medidas apropiadas con el fin de proteger a los trabajadores. Convenios 120 y 148.

---

5 Voto No. 2000-09685 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

6 Así, en una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de las 12:00 horas del 9 de mayo de 2000, dijo: "... Esta Sala ha sostenido que entre el tratado –al entrar en vigencia– y la ley no existe diferencia de naturaleza (...), es decir, los tratados son ley, lo cual significa que, en sentido estricto, en el sistema salvadoreño de fuentes el tratado sigue siendo esencialmente la fuente del derecho internacional por antonomasia, pero una vez aquél se interna al ordenamiento jurídico –por su entrada en vigencia-, constituye ley secundaria, diferenciable solo por su origen, pero no por su naturaleza.

7 Los fallos con los siguientes: 787 del 2000; 983 del 2000; 226 del 2001; 412 del 2001; 668 del 2001; 697 del 2001; 536 del 2002; 389 del 2003; 443 del 2003; 495 del 2003 y 629 del 2003.

Sobre aspectos relativos a las agencias de colocación. Convenio 96

La no aplicación de una cláusula de una convención colectiva por oponerse a disposiciones del Convenio 132.

También se han producido fallos con base en convenios sobre los siguientes temas:

Sobre la jornada de personal marinero, con base al Convenio 180.

Sobre separación por despido injustificado. Convenio 158.

Además, en una ocasión se utilizaron las recomendaciones prácticas hechas por una reunión de expertos convocada por el Consejo de Administración sobre el tratamiento de los problemas relacionados con el consumo de alcohol y drogas en los lugares de trabajo. Con fundamento en esas recomendaciones se sugiere el dar una oportunidad al enfermo alcohólico, de previo al despido y siempre y cuando siga el tratamiento que le señalen los médicos (Sentencia No. 182-01).

Así, no importa cuán flexible o desreguladora se convierta la legislación nacional si, como casi siempre sucede, el respectivo país ha ratificado los convenios fundamentales de la OIT y los principales pactos y convenciones de derechos humanos, o participa en un TLC que incluya un capítulo o acuerdo laboral.

El Juez laboral, por lo tanto, tendrá a su disposición, para fundar sus fallos, un "arsenal" muy bien dotado de "armas" que le permitirán defender las instituciones fundamentales del derecho del trabajo. A partir de las NIT, pero, por supuesto, tendrá a su disposición los derechos laborales y los inespecíficos, reconocidos en las Constituciones Políticas.

Los derechos laborales consagrados en la Constitución que, con el apoyo de la doctrina, serán no solo, los estrictamente laborales, sino los que Palomeque y Álvarez de la Rosa llaman "inespecíficos". Los referidos autores identifican una categoría de los derechos constitucionales, haciendo la diferenciación entre los derechos constitucionales laborales específicos, de que son titulares los trabajadores asalariados o los empleadores, en tanto que sujetos de una relación laboral, tales como el derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva. Pero agregan que también existen otros derechos constitucionales de carácter general, los que ellos llaman no específicamente laborales, o sea aquellos que pueden ser ejercidos, por el trabajador o en su caso el empleador, por el hecho de ser ciudadanos; aquellos otros derechos constitucionales que pueden ejercerse en el ámbito del contrato de trabajo. Sea los que, "son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo son trabajadores y por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer en derechos constitucionales laborales inespecíficos".

Los autores indicados, hacen una enunciación de tales derechos, que en el caso de España, generalmente han sido objeto de laboralización en su mayoría por la legislación ordinaria. Ellos son: el derecho a la igualdad y la no discriminación; a libertad ideológica y religiosa; el derecho al honor y la integridad personal y a la propia imagen; la libertad de expresión o el derecho de expresar y difundir libremente los pensamientos e ideas y opiniones mediante palabra, escrito y cualquier otro medio de reproducción; la libertad de información; (esto es el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión); el derecho de reunión; el derecho a la tutela judicial efectiva; y el derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa[8].

Basta la enunciación hecha para comprender la importancia y significado que tendrá el hecho que la jurisprudencia laboral desarrolle los derechos inespecíficos.

Entre los derechos laborales inespecíficos, la protección a la intimidad del trabajo destaca como uno de los de mayor trascendencia. La adopción de nuevas tecnologías plantea temas interesantes en la materia que se están presentando a diario en las empresas. Quizá uno de los que sobresale en esta línea es el uso de los correos electrónicos del trabajador desde los equipos de cómputo que suple la empresa empleadora para la realización del trabajo encomendado. Ilustraré la situación planteada con dos ejemplos en los cuales me ha tocado intervenir y que pone en evidencia las complejidades presentadas en la práctica por esta delicada materia.

8 Palomeque López, Manuel Carlos; Álvarez de la Rosa, Manuel. Derechos del Trabajo; XII Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.; Madrid, Julio 2004, págs. 106-108.

En el primer caso, una trabajadora fue despedida por haber incurrido –según el empleador- en una falta grave que lo facultaba para despedirla sin responsabilidad patronal. La Sala al resolver el asunto se dividió. Una tesis consideró que utilizar la cuenta de correo electrónico que le había facilitado la empresa, para enviar chistes muy pasados de tono, tanto a compañeros de trabajo, como a personas ajenas a aquella, justificaba el despido. Se discutió si la conducta imputada a la trabajadora implicó un abandono de labores, si hizo una utilización inadecuada de una herramienta de trabajo para fines personales y si incurrió en una violación a las buenas costumbres que deben imperar en el centro de trabajo[9]. En tanto, para el otro grupo de integrantes de la Sala, el despido fue desproporcionado, pues la falta no revistió una gravedad que justificara la máxima sanción. Para ello, estimó que el contenido del correo en sí no era vulgar, pero sí los chistes transcritos y que en realidad la trabajadora actuó como simple faja de transmisión de ese texto. Además, estimaron que no se había logrado demostrar debidamente la divulgación del correo dentro y fuera de la empresa.

En el otro caso se trató de una empleada de nivel de jefatura. Ella recibió el preaviso de un mes previo a la terminación del contrato de trabajo, con responsabilidad patronal. En ese lapso, usando los equipos de la empleadora y mediante e-mail en los que aparecía el logo de la sociedad empleadora, (un laboratorio farmacéutico), envió varias comunicaciones a colegas de empresas competidoras en las que, entre otras cosas, decía que el producto estrella de su empleadora, no servía. Nuevamente surgieron dos tesis: una que justificó el despido por el uso indebido del e-mail, aparte de lo relativo a la falta de lealtad. La otra tesis consideró que la actuación se había dado dentro del derecho a la intimidad de la trabajadora a través de una comunicación privada.

6.- REFLEXIÓN FINAL.

Dijo Plá, en su conferencia magistral “Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios” que “Hay que saber extraer de la riqueza potencial de los principios toda la savia que puedan tener para funcionar dentro de ambientes diferentes”.

Debe cumplirse una atenta, inteligente y perseverante labor de creatividad y adopción para que esos principios sigan operando y funcionando en circunstancias distintas, incluso adversas o difíciles como son las de nuestro tiempo”[10].

Sin duda, en esa acción que pide el ilustre maestro, corresponde al juez laboral un papel central a través de la reafirmación en su jurisprudencia de la vigencia permanente e inmutable de los principios del derecho de trabajo y de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, específicos e inespecíficos consagrados en las constituciones y en las normas internacionales del trabajo.

Agosto, 2005

---

9 “No hay duda de que el correo electrónico debe ser utilizado exclusivamente para fines productivos, a menos que el empleador consienta expresamente en su uso para fines personales. Lo anterior porque el correo electrónico implica un costo para el empleador, aumenta la posibilidad de los contagios mediante virus, implica pérdida de tiempo de trabajo tanto para el que envía como para el que recibe el mensaje, se corre el riesgo de que se sature el casillero de mensajes, etc. La utilización, no expresamente autorizada, de los medios informáticos y de comunicación de la empresa con fines estrictamente personales constituye un incumplimiento de los deberes laborales y una vulneración de la buena fe contractual, lo que es suficiente para que quien incurra en ella pueda ser sancionado incluso con el despido. Dicha utilización y su ocasional sanción nada tienen que ver ni con el derecho a la intimidad personal ni con el derecho a la protección de datos de carácter personal, ni consecuentemente con los espacios de privacidad que puedan existir en la empresa, ya que ésta es, por su propia naturaleza y por definición legal, “una unidad productiva con organización específica”, es decir, los medios, instrumentos y herramientas puestos por la dirección a disposición de los trabajadores lo son en orden a la producción de bienes y servicios y no para su uso particular y personal. Es verdad que en ocasiones el uso indebido de los citados medios obedece a situaciones de tolerancia y benevolencia de las empresas, que en cualquier caso deberían ser revisadas. En este sentido, el empleado no tiene una expectativa razonable de intimidad en la comunicación del correo electrónico, hecha voluntariamente sobre un sistema de correo provisto por la compañía. El patrono tiene la potestad, dentro de sus poderes de dirección, de fiscalizar el uso que sus empleados hagan de las herramientas de trabajo que se ponen a su disposición, dentro de las cuales se encuentra el correo electrónico. En este sentido, el derecho a la intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones cede frente la potestad que tiene todo empresario a proteger sus medios organizativos patrimoniales y a dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores”. (Sentencia No. 797-2003, voto salvado)

10 Plá Rodríguez, Américo, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Documentos complementarios. Lima, Perú. Setiembre 2001, pág. 45.