

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO: METODOLOGÍA DEL JUICIO DE PONDERACIÓN EN EL DERECHO LABORAL

ELMER ARCE ORTÍZ⁽¹⁾

El interés de esta exposición es centrar los puntos críticos que presenta el juicio de proporcionalidad y que fomenta eventualmente el artículo 23 de la constitución. Cuando este artículo señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, a partir de eso se ha construido una base sobre todo jurisprudencial que pretende conciliar derechos constitucionales en conflicto a partir de casos concretos. Y es que el mandato de hacer efectivos estos derechos pasa por evitar que cuando existen conflictos entre ellos, uno tenga prioridad sobre el otro. La solución del conflicto debe privilegiar la convivencia de ambos. Mucho desarrollo legislativo no tenemos en el punto de vista del conflicto de derechos, sin embargo, este desarrollo jurisprudencial ha seguido algunos pasos que intentaré sistematizar a lo largo de la exposición.

Quisiera extraer algunas líneas conductoras respecto del principio de proporcionalidad que desde el punto de vista laboral tiene sus complicaciones. Este es un tema poco explorado. Ya desde el ámbito constitucional se ha llegado a establecer hasta una metodología del razonamiento a partir de los pasos idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero en el ámbito laboral han habido situaciones que hacen un poco más compleja esta solución del conflicto, esta superación del conflicto pero además creo que porque en el Derecho Laboral estamos

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

en medio de una relación jurídica que modaliza los propios derechos fundamentales, o sea cuando el trabajador ingresa a la empresa no es que deje fuera de la empresa su carácter de ciudadano, sino ingresa con ese carácter a la misma y eventualmente los derechos fundamentales deberíamos entenderlos en esa perspectiva.

I. IDEAS GENERALES

Yo quiero, antes de empezar, planteando algunas cosas generales. En primer lugar, el derecho de hoy día no es solamente un derecho de reglas. Quizá a lo mejor hasta los años 70, o hasta los años 80, la fórmula sagrada que tenía el Derecho para poder darle nombre de norma jurídica eran precisamente las reglas jurídicas y casi todos los manuales de esa época se centran en la regla como un mandato de todo o nada. Además, hay grandes diferencias entre las reglas y los principios, mientras las reglas vendrían a ser mandatos de todo o nada, digamos de por ejemplo la jornada de trabajo máxima son 8 horas o 48 horas semanales (esa es una regla y si yo estoy en 6 estaré dentro de la regla porque estoy debajo del máximo y si yo estoy en 10 estaré fuera de la regla). Las reglas son mandatos del legislador pero claramente especificados y donde definitivamente el comportamiento de los sujetos está dentro o queda fuera. ¿Dónde viene el cambio? Hay un caso paradigmático que es justamente el de que a los alumnos de jurídica lo explicábamos como Elmer el bueno y Elmer el malo, porque Elmer en un caso que se da en Estados Unidos es precisamente un nieto que recibe una herencia por testamento de su abuelo. Ya con la herencia, mata al abuelo y pide obviamente que se le reconozca heredero. Las normas civiles de esa época no tenían ninguna norma excepcional que pudiera contradecir la decisión testamentaria del testador o sea no había posibilidad de revocar el testamento en otras palabras, eso era lo que decía la ley pero Dworkin, quien es uno de los inspiradores en todo este tema del juego de los principios, nos señala que aun cuando el legislador haya cometido una omisión existe para este caso un principio general que nadie negarlo: “nadie se puede beneficiar de un acto que sea delictivo”. ¿Cómo podría heredar un tipo que ha matado a su abuelo para aplicar el testamento de manera más rápida? Entonces, se da una discusión dentro de la corte suprema norteamericana en el sentido de aplicar o la regla o de aplicar el principio, y a partir de ahí Dworkin, en un texto muy interesante llamado “Los derechos en serio”, replantea la formulación del Derecho y dice que el derecho como ordenamiento jurídico no solamente está conformado por reglas sino también está conformado por principios. Ahora bien, la diferencia entre los principios de las reglas está en que las reglas tienen este carácter de mandatos definitivos, de todo o nada, mientras los principios son

mandatos de optimización o sea son fórmulas de sustentación de comportamientos, de argumentación de comportamientos, con lo cual por ejemplo si hemos dicho que la jornada máxima sería una regla, el principio sería el derecho a la intimidad o la libertad de expresión. ¿Alguien me podría decir cómo se define específicamente la libertad de expresión? Todos tenemos una idea general y por eso hay una abstracción, por lo que estos principios van a tener carácter concreto cuando los ponga a tras luz en un caso específico. Entonces cuando se discute si el principio general y abstracto se aplica en un caso concreto, en ese momento vamos a saber cómo regularía el principio en una situación determinada y la libertad de expresión podría ser aplicada de manera amplia o en otros casos podría ser aplicada de manera concreta en función de con qué principio esté entrando en conflicto. En principio, y esta es otra diferencia, si yo tengo un conflicto de reglas, o sea una antinomia, la resolución de este conflicto se realiza a través de criterios también de jerarquía, especialidad o temporalidad. Es decir, una regla desaparece o por lo menos se inaplica al caso. No obstante, en la antinomia de principios no desaparece ningún principio, se aplican los dos, pero hay que matizarlos, hay que consensuarlos, hay que tratar de aplicar los dos al mismo tiempo porque los dos son normas jurídicas con efecto regulador. En conclusión, el Derecho hoy día se forma de normas y las normas son reglas y son principios, lo ha dicho ya el tribunal constitucional en multitud de sentencias y creo que ese es el punto de partida general de esta exposición.

Personalmente tengo una particular cercanía con el tema, ya que este fue uno de mis temas de investigación casi al salir de la universidad. Mi tesis sobre la nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales justamente llegaba al punto de enfrentar en muchos casos derechos en específico o sea no los derechos laborales propiamente dicho sino derechos del ciudadano trabajador cuando el empleador quería ejercer su poder sancionador frente al despido. Cuando el empleador despide y por el otro lado el trabajador dice: Un momento yo tengo también derecho a la libertad religiosa o yo tengo derecho a la intimidad o yo tengo derecho al honor. En ese momento, la salida fue decir se supera con una ponderación de intereses pero nada más, hoy en día ya el tema ha ido tomando más concreción, tenemos más sentencias y de las muchas formas que hay de solucionar los conflictos. El Tribunal Constitucional me parece que preponderantemente ha optado por el test de proporcionalidad, el juicio de proporcionalidad, que como les decía tiene estos tres niveles idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, a mí el test me parece la verdad un poco subjetivo. Aun cuando Alexi en su Teoría de la Argumentación Jurídica trata justamente de reducir el margen de subjetividad y de establecer parámetros objetivos porque ya se decía que la interpretación de las reglas era muy subjetiva, estos parámetros de

idoneidad, necesidad sobre todo desde un punto de vista fáctico no pueden desaparecer la subjetividad del intérprete, la subjetividad del intérprete siempre va a estar presente tanto en las reglas como en los principios, lo que habría que hacer es ser los más rigurosos posibles para crear criterios objetivos, crear en cada caso de interpretación y poder lograr matizaciones de los conflictos de derechos fundamentales en cada caso concreto y para eso he traído una batería de casos que creo que nos va a dar un panorama general de cómo se están presentando estas situaciones y qué respuestas podemos tener a ello.

En tercer lugar, venimos de una etapa, desde hace algún tiempo, de monarquía o de organización monárquica en la empresa, donde lo que dice la empresa o los intereses que proyecta la empresa, en principio, oscurecerían la aplicación de los derechos fundamentales. A esto se le denomina como el principio de neutralidad que sustenta el enfoque contractualista, claro está que si los derechos fundamentales en realidad no podrían ser ejercidos por el trabajador, siempre que el empleador los alegue como parte de su libertad de empresa o como parte de algún derecho que se deduzca del contrato de trabajo o de la propia organización empresarial, los derechos constitucionales tendrían un valor muy devaluado. No es casualidad, por eso, que hayan habido dos enfoques muy claros en este sentido desde la doctrina, el primero es un enfoque contractualista o sea si tú pactaste en el contrato un objeto determinado, un objeto contractual, no hay forma de que tú luego reduzcas tu objeto contractual en función de los derechos fundamentales; es más el objeto del contrato se proyecta no solamente en lo que yo pacté, porque yo podría decir por ejemplo: “el objeto de mi contrato va a ser ser vigilante, pero claro ese es el objeto que luego se viene a complementar con deberes adicionales del trabajador”. Precisamente, creo que eso es lo que hace muy distinta la ponderación en el marco constitucional que en el marco laboral, porque mi objeto contractual lo voy a tener que modalizar además con el deber de diligencia, con la buena fe y con el deber de obediencia.

De esta manera, el trabajador no podría poner límites a lo ya pactado o a las órdenes que le dé el empresario desde este enfoque contractualista. Lo que tú pactaste es lo que tienes que respetar, porque sino eventualmente el contrato no tendría pues ningún sentido y esto se respalda en la llamada libertad contractual.

El segundo, es el enfoque organicista para los que no les es suficiente el enfoque contractual van un poco más allá y dicen que lo que podemos pedir al trabajador no es solamente lo pactado en el contrato, sino es la propia organización. De este modo, para la organización empresarial el interés de querer acumular capital es el que marca la pauta de la relación de trabajo. Si yo tengo que tomar determinadas decisiones para multiplicar mi capital empresarial, las tengo que tomar.

En esta línea, el derecho fundamental no puede ser un límite, con lo cual con este enfoque organicista yo podría prácticamente exigirle lo que subjetivamente a mí como empleador me parezca que pueda redundar en un beneficio para mi empresa. Si se lo exijo al trabajador y el trabajador tendrá que cumplirlo, porque está dentro de mi marco organizativo.

Los derechos fundamentales en el marco de estos dos enfoques serían neutros o sea “no juegan”, lo que juega son los pactos y lo que juega es el interés de la entidad empresarial. Los derechos fundamentales no tienen ningún sentido y por ejemplo hay aquí algunos casos: al futbolista que por ejemplo le señalan que tiene que seguir una dieta, claro la alimentación de una persona normalmente está fuera del ámbito del contrato o sea sería extralaboral, pero para un futbolista que quiere asegurar un cierto rendimiento en un marco de actuar diligente se le puede exigir que coma determinado tipo de alimentos o, es más, lo pueden tener en una concentración y darle esos alimentos. Entonces, la naturaleza del propio contrato del futbolista por el deber de diligencia extendido llevaría a que el empleador pueda diseñar las pautas de su alimentación.

Otro ejemplo, el periodista de televisión que le obligan a cortarse el cabello y también la barba, desde la perspectiva de choque de derechos fundamentales podríamos señalar que ellos pueden leer las noticias con una apariencia o con otra. ¿Puede hacer un comentario periodístico sin necesidad de cortarse el cabello y sin necesidad de cortarse la barba? Sí, pero el problema es que la apariencia en televisión puede tener un criterio de conveniencia empresarial; entonces, no perdamos de vista los dos enfoques, uno es el contrato y otro es la propia organización. Quizá la propia organización a mí me puede exigir determinados comportamientos, sin embargo, las organizaciones empresariales a veces tienen una identidad especial (como el caso de los empleadores ideológicos) que condiciona mucho la relación de trabajo y sustentan un mayor poder empresarial.

Siguiendo esta línea, ¿deberíamos asumir que todo lo que está pactado y todo lo que está planteado en la organización empresarial tiene que pasar por encima de los derechos fundamentales? Yo creo que no y aquí es donde viene un poco la discusión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales que viene desde la década de los 80 y que han sido los tribunales constitucionales los que principalmente han tratado de llevar el tema hacia ese lado, pero aun cuando digamos que los derechos fundamentales van a tener una vigencia en la relación laboral y que nuestra constitución nos obliga además a que ninguna relación laboral va a dejar de lado los derechos fundamentales, sí creo lo que hace complejo la perspectiva laboral es que no podemos desechar los enfoques contractualistas y organicistas empresariales. El poder de dirección no está solamente planteado

en la cláusula del objeto del contrato, de mi contrato, o sea no es que yo firme un contrato y es que digo el objeto de mi contrato va a ser la docencia, está bien pero claro ya el ejecutar ese objeto lleva a aceptar que hay otras obligaciones adicionales como podrían ser estas situaciones de diligencia, la puntualidad, como podrían ser las cautelas necesarias como para poder cumplir esta actividad y la buena fe. Entonces claro, hasta donde el trabajador puede resistirse cuando lo que le están mandando está dentro del poder de dirección, a lo mejor si ustedes quieren no dentro de la cláusula del objeto, pero sí desde el deber de diligencia o desde la buena fe, por ejemplo contrato un vigilante yo en el contrato no le tengo que poner que no juegue con su arma y que si está en un grifo no le tengo que poner que no fume o sea se entiende que hay ciertos niveles de obligaciones laborales que siguen anudadas a la obligación central y que el contrato mismo va a establecer. De este modo, creo que quedaría claro que el contrato modaliza y la identidad de la empresa también. Personalmente, el enfoque organicista lo reduciría a la identidad empresarial, por ejemplo si es que a mí me dijeran que tengo que poner cámaras en una determinada oficina, si estamos hablando por ejemplo de una sala cuna y el nivel de seguridad que le tengo que dar a estos niños impone poner estas cámaras de video vigilancia, en buena hora. Sin embargo, yo tengo que sustentar en algún valor de importancia la extensión del poder de dirección a partir de un punto de vista orgánico empresarial por parte de la empresa. Ello desecha de entrada cualquier posibilidad subjetivista o de capricho del empleador. Simplemente no puede decir que es porque le va a rendir más frutos económicos. Por ejemplo, en España se dio un caso de un carnicero de un supermercado al que se dedica todos los días a cortar carne y de pronto el empleador le dice “a ver vamos a hacer una demostración pública y quiero que lo hagas tú”, el trabajador se niega y automáticamente presenta un recurso diciendo que se está violando su derecho a la intimidad. En la resolución judicial, definitivamente le reconocen su derecho a la intimidad, o sea el empleador está entrando en la parte más íntima de la vida de ese trabajador, y el fundamento del empleador solo se centra en su conveniencia empresarial. La decisión empresarial sería violatoria del derecho fundamental.

Ahora cambiemos la manera de enfocarlo, no veamos la contraposición con el derecho fundamental, sino la licitud del poder de dirección a partir del objeto contractual y de la identidad empresarial. Ese poder de dirección cuando el empleador llega y le dice tú estás cortando carne todos los días, pero a partir de mañana vas a venir y vas a hacer una demostración al público, a mí me parecería una modificación sustancial del contrato. O sea, yo lo contraté para que cumpla esta labor de cortar carne, pero no lo contraté para que haga una demostración al público y no lo contraté para que firme una propaganda para el supermercado. Habría que analizar si la orden que le dieron fue una orden lícita o fue una orden

ilícita, vuelvo a repetir mi posición personal sería que el contrato tiene un margen de modificaciones no sustanciales donde el empleador puede básicamente ejecutar lo que está marcado en el contrato, pero no se puede salir del contrato. Si me salgo del contrato, aunque sea un poquito, ya estoy ante una modificación sustancial y las modificaciones sustanciales yo las tengo que ir evaluando en cada caso concreto. Lo que pasa es que aquí en el Perú la diferencia entre modificación no sustancial y sustancial es una diferencia que casi no ha sido planteada por la Corte Suprema y por la mayoría de la doctrina, es decir, se permite modificar todo lo que yo quiera hasta el acto de hostilidad. Eso en otros lados, sería un contrasentido, porque, por ejemplo, en la normativa española el empleador solo puede hacer modificaciones no sustanciales, si transgrede un poco el contrato pactado automáticamente se hablaría de una modificación sustancial y tiene que seguir un procedimiento especial para realizar dicha modificación. Si el poder de dirección es lícito, sí hay conflicto con los derechos fundamentales del trabajador. Si el poder de dirección es ilícito, simplemente no hay conflicto.

Otro caso es el contrato de modelaje y en una de las cláusulas señala que “no puede subir más de 3 kilos”, la modelo tiene por su lado el derecho a la intimidad y a no ser discriminada. Pongámonos en un supuesto, la cláusula del contrato está planteada, su objeto es la de servir como modelo, pero en una de las cláusulas adicionales como si fuera parte de un deber de diligencia el empleador dice no deberías pasar de 3 kilos. Esta última cláusula es curiosa porque habría que ver en principio si el contrato abarca también el derecho a la imagen de la modelo, pero si fuera solamente por cumplir el objeto de su contrato o sea modelar, tendríamos que entrar a hacer un análisis de que tan lícita es esa cláusula del contrato en función de si el empleador puede llegar hasta ese punto o no puede llegar. El empleador podría alegar incumplimiento del deber de diligencia por subir 3 kilos. Desde mi punto de vista, parecería que no aunque sea una modelo, por lo que la cláusula sería ilícita y, de esta manera, no hay conflicto con los derechos fundamentales. Una cláusula así podría ser abusiva. Pero, si alguien me dice es que sí hay un deber de diligencia que debería cumplir esta persona y llegamos a la conclusión de que el poder de dirección es lícito, volvemos a plantear el conflicto con el derecho a la intimidad y el de no ser discriminada. Con lo cual, aquí tendríamos que aplicar probablemente el test de proporcionalidad, tengo dos derechos en pugna, la libertad de empresa porque se está privando del contrato y tengo el derecho a la intimidad y no discriminación por el otro lado.

A mí me da la impresión, de que en el Derecho Laboral el tema de la proporcionalidad se complica precisamente porque el poder de dirección, que se sustenta en la libertad de empresa, se basa o se fundamenta en el contrato y normalmente las obligaciones que emanan de un contrato son bastante amplias, tanto es

así que debe ser uno de los pocos derechos sancionadores cuya tipicidad es bastante relajada o sea, por ejemplo, en el artículo 25 de la ley de productividad y competitividad laboral en el inciso A se refiere al deber de diligencia como el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que quebrantan la buena fe laboral. Claro esa no es una conducta típica, es un cajón de sastre donde juega el deber de diligencia. Una conducta típica se presenta en el Derecho Penal o sea comportamientos concretos así que el derecho sancionador laboral es un poco sui generis en ese ámbito y claro. El efecto es que genera una discusión y un debate de hasta dónde llega el poder de dirección con licitud y dónde eventualmente puede transformarse en un poder de dirección ilícito.

II. ALCANCES DEL PODER DE DIRECCIÓN. DEL OBJETO Y DE LA IDENTIDAD DE LA EMPRESA

Con esta primera aproximación, plantearía a lo mejor entrar en la perspectiva de ir definiendo este poder de dirección que quizás ha sido poco abordado desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal. Pero, “¿qué es lo que marca la pauta de lo que el trabajador está obligado a respetar como orden empresarial?”. Yo diría: el objeto del contrato. Claramente, si yo contrato a alguien como vigilante de un edificio, es obvio que no es un mensajero ni es un jardinero, yo tendría que sumarle al objeto del contrato estas funciones para que las condiciones funcionales del contrato estén clarísimas. Si en el contrato pongo que es vigilante, jardinero y mensajero lo será, pero si en el contrato yo señalo vigilante y después le quiero imputar responsabilidades por obligaciones que no le competen como puede ser la de mensajería eso estaría fuera del ámbito el contrato y no podría exigírselas.

De otra parte, ¿qué cosa es el deber de diligencia?. El deber de diligencia es la atención, la motivación, los cuidados, las cautelas que pone el trabajador para prestar sus servicios, con lo cual el tema queda también muy abstracto. El legislador entre las faltas graves de nuestra ley ha dispuesto algunas que se considerarían dentro del deber de diligencia, por ejemplo la puntualidad, por ejemplo la responsabilidad, hay diligencias que son especializadas y otras no especializadas. Ejemplo que mide una diligencia no especializada es la puntualidad, luego si yo me dedico a realizar un servicio que sea especializado profesional, me va a exigir una diligencia también profesional (no equivocar cálculos matemáticos para un contador). De este modo, el contrato de trabajo le va a dar al empleador, basado en su libertad de empresa, un margen de acción bastante amplio, incluso como les

decía exigiéndole al trabajador comportamientos que no están explícitamente reconocidos en el contrato y que luego el trabajador no puede decir no está obligado.

Alguien puede decir que no se cumplió el principio de tipicidad y, por ende, no hay infracción. Sin embargo, por supuesto que habría infracción. Si el deber de diligencia juega en el actuar de un sujeto promedio. Es más, normativamente lo tenemos reconocido en el artículo 25 como deber de diligencia cualitativo en el inciso A y como deber de diligencia cuantitativo en el inciso B. Yo también medir la diligencia del trabajador no solamente en función de a ver como realizas tu labor (si la haces bien o mal), sino cuánto produces. También es una forma cuantitativa de marcar la diligencia, pues si yo hago 10 pantalones el deber de diligencia más o menos significará que sobre esa base me podrá exigir el empleador. Ahora, si yo hago 3, claramente estoy incumpliendo mi deber de diligencia cuantitativo.

Por otro lado, yo tengo también el deber de buena fe. El deber de buena fe la misma Corte Suprema en reiteradas ocasiones ha señalado que es un deber de lealtad y esto supone aceptar una visión anacrónica. El deber de buena fe, que resalta Blancas en su texto sobre la relación de trabajo y los derechos fundamentales, debería dirigirse hacia comportamientos que yo pueda evaluarlos de manera objetiva. Por eso, si yo digo que el deber de buena fe es un deber de lealtad, imaginense ustedes hacia donde se puede exigir al trabajador: me voy de mi trabajo 10 minutos antes, claro me fui de mi trabajo 10 minutos antes, incumplo la jornada, ¿para el empleador eso quiebra la buena fe? Para un empleador sensible, sí. Pero un empleador a lo mejor menos sensible esperará un comportamiento más grave. El problema es que si terminamos llegando a consideraciones subjetivas o sea la lealtad, no hay cosa más subjetiva que eso, cada quien sabrá cuán leal puede ser a su empleador. Sin embargo, en otras legislaciones el deber de buena fe se ha dirigido por el lado de los comportamientos en los cuales el contrato de trabajo no conseguiría su fin económico. Entonces, yo tengo que comportarme de buena fe o yo me comporto de buena fe cuando ayudo al empleador a que gane el dinero que está proyectando ganar. En otras palabras, actúo de buena fe cuando ayudo para que los fines del contrato se cumplan y el fin del contrato es la utilidad patrimonial que va a sacar el empleador. Guardar, por ejemplo, secreto de la información, no dañar las instalaciones de la empresa, la no competencia desleal, etc. Por ejemplo, podría entrar hasta en una lógica de si hoy en día los empleadores buscan determinados trabajadores por ejemplo artistas o futbolistas que tengan determinada imagen favorable para su fin empresarial, ¿hasta dónde yo puedo cambiar mi imagen y eso generarle un perjuicio de tipo económico también al empleador? Acabamos de escuchar la noticia sobre Neymar, el Barcelona le dice “no te cambies los peinados tanto como te los cambiabas en Brasil” y claro la pregunta es ¿Neymar es dueño de su imagen o no es dueño de su imagen? ¿el poder

de dirección puede llegar a esos extremos? Todo dependerá si el deber de buena fe se lo permite al poder de dirección. Es verdad, habrá que evaluar si a través de una contraprestación ha vendido o esta alquilando su imagen al club o si solamente ha firmado un contrato para jugar fútbol. Si solamente ha firmado un contrato para jugar fútbol, claro esa es la obligación específica que le corresponderá (jugar al fútbol) o alguien podrá decir que dentro del marco de la buena fe Neymar no debería cambiarse de peinado, pero si ha cobrado por una determinada imagen, probablemente por esta lógica de la buena fe contractual el club le podría decir tú me estás vendiendo tu imagen con lo cual yo tengo que tomar mis medidas y tu deberías actuar de buena fe o sea si un día cambias de peinado el otro día te pones otro peinado probablemente la gente no te va a identificar. Lo que quiero es que identifiquen que la lógica de la buena fe puede terminar limitando también este derecho. El objeto del contrato, la diligencia y la buena fe exigen del trabajador determinados comportamientos que entrarán muchas veces en conflicto con derechos fundamentales.

Hay una cosa adicional que es el poder de modificación del objeto y del contrato y aquí entra el tema del *ius variandi* no sustancial o sea hasta dónde un empleador puede dar una orden modificando condiciones sea de lugar, sea de tiempo y sea de funciones. Claro, lo más lógico para nosotros resulta que el empleador no puede cambiarle las funciones a un trabajador que ya pactó, pero dentro de determinados marcos el empleador puede querer ejecutar ese contrato y cuál va a ser su límite. No me estoy refiriendo solamente a funciones sino a lugar y a tiempo, hoy por ejemplo nuestra ley permite al empleador ampliar una jornada inferior a 48 horas y estirar la jornada hasta las 48 horas. Unilateralmente y solo con el pago de una retribución. Entonces, claro ahí el poder de dirección es casi mínimo, no tiene límites y ese es un tema con el que tenemos que jugar en la ponderación.

Hemos tratado o hemos intentado de ir definiendo hasta dónde puede llegar el poder de dirección, el que además se divide básicamente en tres poderes: El poder de organización de la relación laboral, el poder de control y el poder de sanción y en cada uno de estos poderes que ejerce el empleador o sea por ejemplo si yo quiero ejecutar una orden del objeto de mi contrato, organización, si yo quiero modificar sustancialmente el contrato, orden de organización, si yo quiero poner o quiero entrar al correo electrónico de mi trabajador o quiero poner cámaras de vigilancia estaremos en una lógica de control, de fiscalización de las labores y si yo quiero sancionar, sanciono dentro del marco contractual creo que esto también es sumamente importante.

Hace unos meses escuchaba una noticia que en Francia habían despedido a dos trabajadores porque los encontraron teniendo relaciones sexuales fuera de

la jornada laboral en el centro de trabajo, entonces claro alguien me puede decir “pero ese es un incumplimiento de un deber ético”. Sin embargo, el artículo 25 LPCL cuando habla de faltas graves me dice claramente que son incumplimientos del contrato de trabajo, yo tengo que buscar situaciones que hayan sido pactadas en el contrato de trabajo que se deriven del contrato de trabajo y no puedo utilizar otras consideraciones por muy graves que me parezcan para poder despedir a un trabajador. Entonces, estos trabajadores franceses no pudieron ser despedidos de manera justificada. Hasta hace poco repusieron también a un dirigente sindical que había convocado una huelga, pero cuando tuvo que llenar las actas de la convocatoria de la huelga había falsificado firmas, entonces lo despiden por ese hecho. El juez ha tenido que decir de repente lo pudieron despedir por un montón de cosas, pero no por algo imputable a su relación laboral o sea eso quizás es un delito pero no hay un incumplimiento grave y culpable del contrato. En estos casos, el contrato me define hasta dónde puede llegar el poder de dirección.

La identidad de la empresa también que era lo que comentábamos hace un rato. Identidad no puede ser igual que un fin abierto empresarial. O sea la identidad es algo que califica a la empresa, es algo que la hace especial por eso y en ese sentido la empresa puede exigir ciertos comportamientos de sus trabajadores aun cuando no estén dentro del ámbito contractual; comentaba el tema de los colegios religiosos, claro la identidad ideológica de esa empresa puede exigirle al trabajador determinados comportamientos que otra empresa no se lo podría exigir. Por ejemplo, yo podría decir en principio las cámaras de vigilancia no se pueden utilizar en los centros de trabajo pero si estoy en una industria de cortados de vidrio por un tema de seguridad y de responder rápido frente a una emergencia o a un accidente yo podría poner cámaras, ahora eso sí si el valor por el que estoy poniendo las cámaras es el control y la fiscalización, luego no podría utilizar, por ejemplo, las cámaras como un medio probatorio para decirle al trabajador estás incumpliendo tus obligaciones laborales.

III. EL PODER DE DIRECCIÓN Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Entonces, en esta lógica de poder de organización, poder de fiscalización y sanción hay varios casos que se van planteando y que me gustaría traerlos a colación para conversarlo.

1. Poder de organización

Por ejemplo, una mujer embarazada que trabaja de secretaria en una municipalidad y que a los 7 meses de embarazo es trasladada al sótano para que no

atienda al público. El poder de dirección en ese caso será ilícito, aunque desde el punto de vista contractual no está modificando el lugar, porque es el mismo centro de trabajo, no está cambiando funciones porque va a seguir desempeñando sus funciones de secretaria y no le está cambiando su jornada. El contrato sigue siendo prácticamente el mismo y el problema es que cuando entra en conflicto este poder lícito con la no discriminación por su embarazo, ahí sí comienza ya la discusión; ¿hasta dónde puede llegar el poder de dirección?, ¿hasta dónde no puede llegar el empleador? Primero que nada y cualquier orden laboral que quiera luchar contra el exceso de poder de dirección tendría que empezar por imponer el principio de causalidad o sea la motivación de la orden, la motivación de la pauta que da el empleador. De esta manera, por ejemplo, cuál podría ser la motivación para que el empleador haya hecho ese cambio de lugar de la trabajadora que además no sería un cambio sustancial sino sería no sustancial (es decir, perfectamente posible). Habría que ver qué es lo que dice el empleador y cuando él da la motivación, automáticamente ver si esa motivación es objetiva y razonable para que pase el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto de la discriminación. Si, por ejemplo, él dijera que el problema es que esta mujer embarazada tenía un mal trato con las personas que llegaban a la municipalidad y que por eso la cambió, habría que sobre esa base, sobre ese objetivo, hacer un análisis de que si la medida es idónea en realidad, si no hay otra medida menos lesiva para la no discriminación y creo que la podría ver perfectamente y si es que estimamos que pasamos estos dos peldaños, establecer el razonamiento de proporcionalidad en sentido estricto. Como se ve, cada caso concreto nos va ir llevando a determinar claro si la ponderación que estoy haciendo es justa o no es justa porque dependerá de la motivación que dé el empleador en ese caso.

Otro caso, el empleador decide que sus trabajadores dedicados a absolver consultas a clientes porten un fotocheck con su nombre y su estado civil. En este caso, tenemos que analizar que hay un derecho fundamental a la intimidad. Lo primero que tendríamos que evaluar es lo siguiente: ¿es verdad que el trabajador se ha comprometido a absolver consultas? Si fuera este su objeto contractual podría ser lícito, ese es su objeto contractual. De allí a aceptar que el empleador pase a exigirle que establezcan cuál va a ser su estado civil es un exceso. A lo mejor, en algunos servicios podría darse el caso, pero en un caso normal, por ejemplo, si estuviéramos hablando de la universidad o si estuviéramos hablando de una municipalidad no habría razón para que el poder de dirección se extienda con licitud hasta ese punto (exigir que en su fotocheck aparezca el estado civil del trabajador). De esta forma, para mí no habría conflicto porque el poder de dirección sería ilícito y para que haya un conflicto necesitaríamos una licitud del poder de dirección que entra en conflicto con el otro derecho.

Otro caso. Médico de EsSalud que durante años no fue programado para trabajar los días sábados. Este es un tema que lo vio también nuestro Tribunal Constitucional. Sus jefes conocían la pertenencia a la iglesia adventista. Y luego de respetar sus días sábados EsSalud lo programa justamente un sábado. Desde mi punto de vista, la decisión empresarial entra en conflicto con la libertad de conciencia y de religión. La sentencia es interesante, porque el Tribunal Constitucional no entra a hacer un análisis de si efectivamente este señor entró a EsSalud con un horario o con una jornada especificada y si el cambio al sábado fue una modificación sustancial o no, o si simplemente este supuesto era de un horario flexible e itinerante donde yo como EsSalud podría trasladar al trabajador y cambiarle su horario rotativamente o de la manera que yo especifique. No analiza el supuesto de hecho como para calificar si estamos ante una modificación no sustancial o sustancial. Si fuera flexible y el empleador puede hacerlo como por ejemplo, los centros móviles o itinerantes, el poder de dirección sería lícito y podría entrar en conflicto con la libertad de conciencia y de religión, por ejemplo en ese caso si aceptamos que el poder de dirección puede ser lícito porque precisamente es un contrato él se comprometió a que podría rotar. Entraríamos a hacer un análisis nuevamente del test de proporcionalidad, la ponderación. Tomar una medida de que este trabajador tenga que ir a trabajar los sábados sería idóneo para cumplir el objetivo de que todos deban rotar, seguramente sí, pero ¿es necesario? ¿o sea hemos evaluado si algún otro trabajador le interesa por ejemplo ir a trabajar los sábados y que permitiría que se adapte ya el horario y no se le perjudique a este trabajador?, entonces nuevamente todo va a depender de que si el poder de dirección lo consideramos lícito o si lo consideramos ilícito desde lo que hemos venido comentando.

2. Poder de control

Hemos hablado del poder de organización, ahora vamos a ver lo que ocurre en el poder de control o de fiscalización.

En una sala cuna se instalan cámaras de vigilancia para saber en cada momento qué pasa con los niños por un tema de seguridad *versus* a un derecho a la intimidad que puedan tener los trabajadores al momento de desarrollar su prestación. En principio, las cámaras no están evaluando la prestación de las obligaciones de trabajo que están pactadas en el contrato, porque lo que me están diciendo es que las cámaras van a servir para darle seguridad a los niños. Aquí, desde mi punto de vista, sí sería aceptable que se pongan las cámaras porque parte del núcleo de la identidad de esta empresa es cuidar niños y le tienen que dar seguridad a los niños y a los padres, entonces no sería descabellado que se pongan ciertas cámaras de seguridad que permitan evaluar este tema de seguridad. Ahora, si nuevamente utilizo esas cámaras de seguridad para evaluar las propias labores del trabajador

me parecería que entran ya a la esfera de la intimidad, salvo que les avisen y que les digan con anticipación que van a haber estas cámaras evaluando tus obligaciones laborales. Volvemos al tema ¿en todos los casos el empleador debe poner cámaras para poder vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores? Yo creo que no, que en determinados casos cuando hay necesidades específicas, podríamos aceptarlo, pero nuevamente entramos en un juicio de razonabilidad por ejemplo en un banco yo podría poner cámaras justamente en el lugar donde están los cajeros. Claro, la seguridad que quiere tener el banco de que estas personas realicen sus obligaciones laborales de manera diligente es mayor a que si fuera por ejemplo un profesor universitario que tiene su oficina y que le quieran poner una cámara dentro de la misma. En principio, no habría una motivación ni una razón específica para poderlo hacer. El Dr. Blancas dice que si vamos a aceptar que por ejemplo se van a poner cámaras para fiscalizar el cumplimiento de las labores de estos trabajadores, en buena hora es una decisión que se está tomando, pero hay ciertos espacios que tendrán que salir de esa lógica, por ejemplo los baños no podrían contener cámaras porque la lógica de la cámara tendría que ser precisamente las obligaciones laborales. También habría que por ejemplo apagar las cámaras en los horarios de refrigerios o si hay una sala en donde ellos toman sus alimentos, no podría haber una cámara de vigilancia porque eventualmente tenemos que cumplir con la idoneidad y con la necesidad. La idoneidad supone preguntarnos si la decisión del empleador de poner la cámara que ya está afectando un derecho de intimidad va a ser idónea para cumplir el objetivo que se está poniendo y si ese objetivo tiene una razón de ser de importancia, de relevancia. De modo que si no existe este objetivo idóneo ahí sí la decisión empresarial sería ilícita.

Otro caso. El Tribunal Constitucional por ejemplo también lo vio. Un trabajador tiene una cuenta de correo personal y su empleador ingresa a este correo desde la computadora de la empresa. Este tema también ha sido bastante discutido y parece muy razonable que si es una cuenta personal del trabajador, el empleador solamente puede entrar a ella con mandato judicial. Sin embargo, qué pasa si el empleador quiere poner dispositivos para enterarse cuántas horas está trabajando el trabajador y cuántas horas está viendo su correo electrónico, sinceramente habría que ir viendo cada caso por caso, pero por ejemplo si queremos ir desarrollando un poco la idea, hoy día hay dispositivos que permitirían al empleador ver cuántas veces está entrando a páginas de correo electrónico sin necesidad de que el empleador se entere de su contenido, o sea que marque la lógica de cuánto tiempo, porque eso sí está dentro del marco empresarial. El empleador puede saber si su trabajador está o no trabajando, pues lo fiscaliza y parte de la fiscalización puede estar en una lógica de este tipo, pero no en todos los casos

va a haber un conflicto con el secreto de las comunicaciones. Imaginemos, ¿qué pasaría si el correo electrónico es un correo que lo está dando mi empleador (correo del trabajo)?, claro ahí me lo está dando para que trabaje y si yo utilizo ese correo para cuestiones personales definitivamente yo soy el que estoy disponiendo de mi derecho a la intimidad y, además, estaría disponiendo de mi secreto de las comunicaciones, entonces si es el correo de la empresa, ¿puede el empleador entrar a evaluar ese correo? En principio, entendemos que debería haber solamente correos propios del trabajo y que esa lógica le permitiría al empleador ingresar, nuevamente aun cuando sea la cuenta ¿el empleador tendría que entrar a ver los correos que está mandando este trabajador? Personalmente, creo que no porque no sería idóneo para cumplir su objetivo de fiscalizar las obligaciones laborales o sea qué le suma o qué le resta el hecho de que entre al correo del trabajador.

3. Poder sancionador

Y para terminar esta parte, un trabajador que atiende al público cliente se convierte en cristiano por lo que lleva una cruz de oro bastante grande en el pecho, el empleador le pide tres veces que se la quite y al no hacer caso lo despiden. Estos son los casos que ahora también se están dando, por ejemplo, en Europa con la migración de musulmanes o de otras religiones que cuando llegan firman los contratos y luego dicen “profeso tal o cual religión que me impide cumplir esta decisión empresarial”. ¿Hasta dónde las creencias o libertades religiosas pueden terminar condicionando la misma organización de empresa? O sea imagínense ustedes que el día de mañana llegue una ola de trabajadores que profesan una religión distinta y desbaratan toda la organización empresarial misma. Los empleadores no podrían imponer ni siquiera los uniformes, más aún si hay servicios que sí necesitan ser uniformados o sea imaginemos los mozos de un restaurante. Los trabajadores de banco que van con terno con corbata y que sería muy difícil pensar que por una lógica de creencias religiosas podamos ponerle un límite al empleador, claro aquí habría que ver hasta dónde una persona que se aparece con una cruz de oro grande en el pecho, tiene también derecho a la imagen y un derecho a la apariencia exterior y a su libertad religiosa. En principio, no afectaría sus obligaciones contractuales porque él seguiría atendiendo al público seguramente de la misma manera. Los contextos ahí ayudarían también a hacer el juicio ponderación en función de lo que hay o sea no es lo mismo que de repente se vaya a un país musulmán y que tienen otra concepción y que de repente puedan haber problemas del público contra este trabajador. Lo más probable es que en un país como el nuestro nos podrá parecer un poco fuera de lo común, excéntrico, pero nadie tendría una reacción por ejemplo violenta contra esta persona. De otra parte, habría que ver si la empresa tiene una identidad determinada también como para

poder exigir que esta persona se quite la cruz, porque si es una empresa ideológica también podría decirnos “te quitas la cruz porque mi identidad nuclear en este caso te exigiría como parte del poder de dirección esa situación”. Entonces, claro, nuevamente entramos en una lógica de discusión y de condiciones muy concretas o sea sería muy difícil dar una respuesta de la ponderación en abstracto. Yo no podría decir en este caso siempre el empleador está en lo correcto porque lo despidió. Podrían haber casos en que no esté en lo correcto y podrían haber casos en que pueda estar dentro de lo correcto, porque el empleador está también salvaguardando la libertad de empresa y otros valores empresariales.

4. Buena reputación empresarial y derechos fundamentales del trabajador

Entonces poder de organización, poder de control y poder sancionador se concentran en una lógica en donde los límites en los que termina el poder de dirección lícito y donde empieza el derecho fundamental del trabajador son muy movibles, muy flexibles y donde va a pesar mucho la situación del caso por caso. Es decir, de cuándo el poder de dirección va a ser ilícito y, por lo tanto, ya no entra en conflicto con el derecho fundamental.

Hasta ahora nos hemos centrado en los supuestos donde el poder de dirección nace de la libertad de empresa porque nace del contrato o nace de la identidad de la empresa, pero que pasa, por ejemplo, en casos donde ya no invoco el poder de dirección o la libertad de empresa sino la buena reputación de la empresa o el derecho al honor de la empresa. Estas ya son situaciones extralaborales pero que también juegan en una lógica de poner límites a los derechos de los trabajadores:

- a) El honor en términos generales es según Pérez Rollo una imagen ética o espiritual que uno tiene de sí mismo. Muy diferente del derecho a imagen o apariencia que más sería un tema físico.
- b) La buena reputación es la imagen ética o espiritual que los demás tienen de uno. O sea, mientras el honor es un tema interno, personal, la buena reputación vendría sobre la visión que tienen desde fuera de la persona.

Es evidente que las personas jurídicas no pueden tener derecho al honor porque no tienen conciencia ni moralidad, pero las personas jurídicas sí podrían tener buena reputación. Eso ha sido ya también bastante zanjado en la jurisprudencia de que el honor, la imagen son derechos más de la persona natural y la buena reputación es un derecho de las personas físicas y también de las personas jurídicas.

De esta forma, entonces por ejemplo un trabajador insulta al empleador y le acusa de pagar coimas a funcionarios del Ministerio, aquí juega la lógica del poder de sanción que tiene el empresario y entra en conflicto con la libertad de expresión que pueda tener el trabajador. Como ciudadano, habrá que ver si eso fue hecho en un medio de amplia difusión: la radio, la televisión; si fue por escrito o fue verbal, pero lo que sí debe quedar claro que todo tono vejatorio e insultante hacia la figura del empleador o sea como persona natural no puede estar protegido por la libertad de expresión. Es más estaríamos frente a una falta grave. Hagamos una distinción, cuando el trabajador en uso de su libertad de expresión se dirige contra el empleador, persona natural, o se dirige contra la empresa; son dos cosas distintas, el empleador si tendrá honor y si es que eventualmente hay un tono ofensivo, definitivamente eso ya lo ha zanjado el legislador en su test de ponderación y ha dicho esto es una falta grave y la gravedad la voy a analizar en cada caso concreto o sea un insulto entre comillas podría ser muy grave en una determinada situación y menos grave en otra. Pérez Rollo dice también que, por ejemplo, los hechos que sean verdaderos y no tienen ánimo de injuriar al empleador, en principio no tendrían porqué entrar en un ámbito ilícito de la libertad de expresión. Si yo no insulto a mi empleador pero digo que hay cosas que está haciendo mal, eso en principio estaría protegido dentro del ámbito de la libertad de expresión y hay un ánimo de informar no hay un ánimo de querer perjudicar al empleador; un segundo caso, un dirigente sindical acude a un programa radial para denunciar la represalias empresariales contra su persona, los malos manejos económicos, el incumplimiento de resoluciones administrativas y judiciales, este también es un caso del Tribunal Constitucional y se contrapone la libertad de expresión nuevamente. Aquí yo ya no estoy dirigiéndome al empleador como persona física, no lo estoy ofendiendo, no le estoy diciendo nada, sino me estoy dirigiendo contra la empresa y la empresa puede tener una buena reputación, pero nuevamente aquí para analizar la buena reputación de una organización empresarial creo que deberíamos acudir a este tema de la identidad o sea qué es importante para la empresa, no es que cualquier cosa pueda ya causarle una afectación a su buena reputación. Por ejemplo, si es un club de fútbol y uno de los trabajadores eventualmente denuncia que los futbolistas se van todos los días de “parranda” y que también los dirigentes lo hacen, claro un club de fútbol tiene una imagen que proteger hacia la sociedad, una reputación hacia la sociedad de vida saludable, con lo cual la afectación que le podría estar causando pueda ser mayor a que si fuera otro tipo de actividad.

Otro caso, una empresa de cuidados personales de venta de artículos de belleza podría decirle a su trabajador que tienes que expresarte de esta manera, tienes que expresarte de esta otra manera o tu cuidado personal tiene que ser acorde

a los productos (no se pueden vender productos de belleza sin respetar por el vendedor normas mínimas de pulcritud). Estos comportamientos los pide el empleador como parte del núcleo de identidad de la empresa.

Otro caso para ir terminando. Un futbolista sale a dar declaraciones radiales y televisivas a favor del Movadef. Se dio un caso en España que un futbolista después de un partido sale a dar declaraciones, era un catalán que declaraba a favor de la independencia catalana. Aquí, por ejemplo, nuevamente nos plantamos el tema. Son actividades extracontractuales o sea aquí nadie puede pensar que está ejecutando su contrato y que lo está ejecutando mal o bien, y menos habría que preguntarse hasta dónde llega el poder de dirección. El poder de dirección llega hasta el objeto del contrato no puede llegar a estas actividades extralaborales, pero claro hay algo que se le denomina también buena reputación del club y libertad de expresión; ahora habrá que analizar que tanto puede afectar o lesionar la buena reputación del club. Por ejemplo, habría que tomar en cuenta si las declaraciones fueron hechas con uniforme o sin uniforme porque luego si se sacó el uniforme y se fue a una plaza a hacer las declaraciones no tendría por qué enjuiciarse una actividad que ya está ejerciendo fuera del ámbito, pero si claro lo hace con el uniforme y hace estas declaraciones puede tener una connotación que agravia la buena reputación. Otro criterio objetivo para hacer la comparación sería la notoriedad del futbolista o sea no es lo mismo que sea un futbolista sin mayor notoriedad a que sea Messi. En realidad, la notoriedad hace que por ejemplo Messi así esté con ropa de calle todo el mundo va a saber que es un jugador del Barcelona y que, en efecto, eso puede agraviar y que además la imagen de Messi con el Barcelona están muy arraigadas. Con lo cual, habría que ver cada caso en concreto hasta dónde puede llegar un tema de ese calibre.