



UNIVERSIDAD DE BURGOS

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

**DERECHOS DE PERSONALIDAD EN LAS
RELACIONES LABORALES Y DAÑO MORAL**

PAULO CÉSAR DO AMARAL DE PAULI

DIRECTOR: DR. JESÚS LAHERA FORTEZA

CODIRECTORA: DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

2014

PAULO CÉSAR DO AMARAL DE PAULI

**DERECHOS DE PERSONALIDAD EN LAS
RELACIONES LABORALES Y DAÑO MORAL**

DIRECTOR: Dr. D. JESÚS LAHERA FORTEZA

CODIRECTORA: Dra. Dña. NURIA BELLOSO MARTÍN

Agradecimientos

A mi mujer Celina y a mi hijo Walter que, apoyándome, en silencio soportaron mis ausencias.

A mi Codirectora de Tesis, la profesora Doctora Nuria Beloso Martin, maestra y amiga, por el apoyo que siempre me ha brindado.

Al profesor Doctor Emiliano González Diez, por su humanidad y su dedicación académica.

Al profesor Doctor Juan Castillo Vegas, que gentilmente aceptó la responsabilidad de ser mi tutor.

A todos los profesores del Programa de Doctorado que se transformaron en amigos, en especial a Abdón Pedrajas Moreno, por sus sugerencias.

A mi Director de Tesis, Doctor Jesús Lahera Forteza por su orientación.

A los amigos de la Residencia Universitaria San Agustín, mi casa, mi refugio en Burgos.

A todos los colegas de Doctorado, en especial a Clóvis, Augusto y Denise, compañeros de ideales, de libros, de vinos e puros, por la eterna amistad.

Todo habría sido más difícil sin el apoyo que recibí inicialmente de la Universidad de Vale do Rio dos Sinos UNISINOS- y, más tarde por el apoyo de mi nueva academia, Centro Universitario La Salle.

A la Universidad de Burgos, por recibirme y creer en mí.

Muchas gracias.

Mi pensamiento resumido en Credo:

Creo en el primado del trabajo sobre el capital.

Creo en la eficacia del trabajo como única fuente de enriquecimiento de las naciones.

Creo en el espíritu comunitario de la empresa que admite el florecimiento de relaciones de colaboración amigable y de auxilio recíproco.

Creo que sólo se puede alcanzar la justicia social si todos aceptan llevarla a la práctica en conjunto.

Creo que la competencia sin límites nunca podrá generar un sistema económico justo.

Creo que los intereses individuales y de las empresas particulares deben subordinarse al interés general, al bien común de la nación y de la humanidad.

Creo que lo económico y lo político deben subordinarse al engrandecimiento de la criatura humana.

Creo en la dignidad del trabajador, en su capacidad de pensar y actuar libremente, de conocer y amar.

Creo en la posibilidad de la armonía de los contrarios.

Creo que la paz es obra de la justicia social.

Orlando Teixeira da Costa

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	19
1. DERECHOS FUNDAMENTALES	21
1.1 CONSIDERACIONES INICIALES	21
1.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	37
1.2.1 El Principio de la Dignidad Humana.....	46
1.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	55
1.4 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	56
1.4.1 Derecho a la vida	59
1.4.2 Protección de la integridad moral	65
1.4.3 Derecho al respeto	72
1.4.4 Derecho a la libertad	73
1.4.5 Derecho a la identidad	74
1.4.5.1 Protección del nombre.....	75
CAPÍTULO II	79
2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	81
2.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	102
2.1.1 Derecho a la intimidad	102
2.1.1.1 Intimidad y vida privada.....	110
2.1.1.2 Variables en cuanto a las denominaciones.....	114
2.1.1.3 Concepto de intimidad	118
2.1.1.4 Intimidad y vida privada X La teoría alemana de las esferas.....	120
2.1.1.5 Diferencia con relación a otros derechos de personalidad	124
2.1.1.6 Intimidad en el ámbito internacional.....	128
2.1.1.7 Intimidad y el derecho de personalidad	132
2.1.2 Derecho a la imagen	136

2.1.3 Derecho a la privacidad	149
2.1.4 Derecho al honor	160
CAPÍTULO III	169
3. EL PODER DIRECTIVO DEL EMPRESARIO.....	171
3.1 LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EMPLEADOR Y EMPLEADO	179
3.2 LIBERTAD DE EMPRESA QUE CONLLEVA LA PROPIEDAD	184
3.3 EL PODER DIRECTIVO	192
3.4 FUNCIONES DIRECTIVAS	206
3.5 TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN DEL PODER DIRECTIVO.....	208
3.6 JUS VARIANDI.....	222
3.7 LÍMITES DEL PODER DE DIRECCIÓN	225
3.8 RESPONSABILIDADES DEL EMPLEADOR	231
CAPÍTULO IV	241
4. LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO	243
4.1 COLISIÓN DE DERECHOS EN LA RELACIÓN LABORAL.....	245
4.1.1 La posición de algunos autores sobre el tema.....	263
4.2 INSTRUMENTOS DE CONTROL EMPRESARIAL	274
4.3 POLÍTICAS RECOMENDADAS PARA LA UTILIZACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO EN EL AMBIENTE DE TRABAJO.....	276
4.4 VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD DEL TRABAJADOR....	280
4.5 PROYECCIONES EN EL CONTRATO DE TRABAJO	292
4.5.1 Proporcionalidad entre la falta y la punición	294
4.5.2 Negociación habitual	298
CAPÍTULO V	305
5. DAÑO MORAL.....	307
5.1 LA ETIMOLOGÍA DE LAS PALABRAS DAÑO Y MORAL	307
5.2 CONCEPTUALIZACIÓN Y ESTUDIOS HISTÓRICOS	309
5.3 LOS REQUISITOS DEL DAÑO	330
5.4 FUNDAMENTOS DE LA REPARABILIDAD DEL DAÑO MORAL	337
5.5 TEORÍAS	340
5.6 RESPONSABLES POR EL DAÑO Y LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.....	348

5.7 LA ACUMULACIÓN DE LOS DAÑOS MORAL Y PATRIMONIAL Y LOS MODOS DE REPARACIÓN	352
5.8 DAÑO MORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO	354
5.9 ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIDA DEL DAÑO MORAL EN EL ÁREA CÍVIL	367
5.10 LA CUESTIÓN ACERCA DE LA TARIFACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.....	377
5.11 FIJACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA JUSTICIA DEL TRABAJO	396
5.12 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL EMPLEADOR	404
5.12.1 Sanción in natura	408
5.12.2 Sanción pecuniaria	409
5.12.3 La doble función de la indemnización	411
5.13 LA DETERMINACIÓN DEL <i>QUANTUM</i> DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES	413
5.14 COMPETENCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO PARA JUZGAR EL DAÑO MORAL DERIVADO DEL VÍNCULO LABORAL	415
 CAPÍTULO VI.....	 425
 6. EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS.....	 427
6.1 CONCEPTO.....	427
6.2 DENOMINACIÓN UTILIZADA EN OTROS PAÍSES Y SU HISTORIA.....	434
6.3 CONTEXTOS ACERCA DE LA APARICIÓN Y RECRUDECIMIENTO DEL ACOSO	437
6.4 LOS SUJETOS DEL ACOSO MORAL.....	440
6.5 LAS CONDUCTAS PRACTICADAS FRECUENTEMENTE POR LOS ACOSADORES	443
6.6 EFECTOS SOBRE LA SALUD FÍSICA Y MENTAL DEL ACOSADO	447
6.6.1 Tipificación como enfermedad profesional.....	449
6.6.2 Nexo causal.....	452
6.7 DERECHOS Y DEBERES DERIVADOS DEL CONTRATO DE TRABAJO	454
6.8 INVALIDEZ DE LOS ACTOS PRACTICADOS Y LA RECISIÓN INDIRECTA.....	458
6.9 NUEVAS CONNOTACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	461
6.9.1 Efectos económicos y sociales	469
6.10 EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.....	471
6.10.1 Formas de manifestación del acoso moral	479
6.10.2 Fases de la humillación en el trabajo.....	481
6.10.3 Acoso sexual	485

6.10.4 Causa y Efecto.....	493
6.10.5 Riesgos financieros de las empresas	495
6.10.6 Acoso moral: el “ <i>iter criminis</i> ”	502
CONCLUSIONES.....	507
BIBLIOGRAFIA.....	537

INTRODUCCIÓN

El ser humano es el elemento central dentro del Derecho a la vez que el ordenamiento jurídico está destinado a regular la conducta del hombre. Por consiguiente, todas las normas jurídicas tienen como objetivo la conducta del ser humano. La condición humana se ha constituido como centro y referencia para los valores que informan el Derecho.

La Revolución Industrial, iniciada en Europa a finales del siglo XVIII y caracterizada por el paso de la manufactura a la industria mecánica, constituye un marco de referencia para las modificaciones que se produjeron en la sociedad moderna al engendrar una amplia modificación en los métodos y en las relaciones de trabajo. Dio lugar a un proceso histórico de radical transformación económica y social.

El modelo económico introducido con la revolución industrial desencadenó tanto la aparición del proletariado como el inicio del proceso de degradación del medio ambiente natural y humano, en una escala sin precedentes. Para la nueva clase social que nacía, esa degradación ambiental significaba una sujeción a enfermedades y accidentes laborales, entre otros.

Del principio de la dignidad de la persona humana, núcleo de los derechos fundamentales, deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad del trabajador, en el que hay que incluir el desarrollo profesional, lo que exige condiciones dignas de trabajo y observancia de los derechos fundamentales, frecuentemente violados en las relaciones de trabajo.

El Derecho Laboral sigue enfrentándose con dificultades, por lo que dedicó especial atención al papel del hombre y a su trabajo con relación a las normas jurídicas. En este sentido, la orientación se ha dirigido a defender que el trabajo humano no puede ser confundido con una simple mercancía y que la dignidad del trabajador es un bien jurídico que debe de defenderse y preservarse. La doctrina, que se formó a partir de los primeros movimientos reivindicatorios de los trabajadores al buscar mejores condiciones de vida, trabajo y remuneración, ha sido modernamente cuestionada.

Frente a los actuales planteamientos de cuño económico, político e ideológico, entre otros, es necesario verificar si no podría darse más espacio a la dimensión humana en el Derecho Laboral. En esta Tesis Doctoral pretendemos reavivar la cuestión del papel que desempeña el ser humano en la regulación de las relaciones laborales, cuya doctrina se encuentra adormecida hoy en día. La relación entre el hombre y el mundo exterior sigue siendo la propiedad, impidiendo en cierto modo que el Derecho actúe como regulador de las desigualdades.

El Derecho Laboral puede verse bajo el prisma de la dignidad del ser humano. En su origen está la reacción a que el trabajo humano pueda ser tratado jurídicamente como una mera mercadería. Ello se debe a la lenta evolución en la historia de la humanidad con su evolución histórica y consiguientes modelos económicos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; todas están dotadas de razón y de conciencia y deben actuar, unas en relación a otras, con espíritu de fraternidad. En su artículo primero, el texto eleva los principios de libertad, de igualdad y de fraternidad a dominio universal.

La universalidad caracteriza la condición de persona, entendida como requisito único para la titularidad de los derechos, considerando al ser humano como un ser esencialmente moral, dotado de unicidad

existencial y dignidad. La indivisibilidad ampara una visión integral de los derechos, de forma que los derechos humanos componen una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada, no habiendo por tanto clases de derechos.

Los derechos humanos constituyen la expresión de lo que se ha ido adquiriendo mediante las luchas sociales a lo largo de la historia, para transformarse en una opción jurídica indeclinable, puesto que representan valores construidos por la sociedad. Cuando son positivados, es decir, incorporados por el ordenamiento jurídico, adquieren el estatus de derechos fundamentales.

Brasil, como ejemplo de los países democráticos, reconoce el valor de los derechos humanos y, con el objetivo de dar eficacia plena a esas normas, las incorporó gradualmente al Derecho Positivo, especialmente en la Constitución de 1988, en la cual consta un capítulo referente a los derechos y a las garantías individuales.

Desde el nacimiento del Derecho del Trabajo, el mundo del trabajo ha pasado por sucesivos cambios. Si se realiza un examen de los mismos hay que hacerlo con prudencia puesto que es preciso considerar las circunstancias sociales y económicas que influyen sobre esta rama del Derecho en el curso histórico y que implican las relaciones entre capital y trabajo.

Son derechos fundamentales que derivan del contexto histórico de la sociedad. Su evolución doctrinal se divide en dimensiones de derechos fundamentales, especialmente de primera, segunda y tercera dimensión, pudiendo afirmar que los especialistas en la materia ya están construyendo la cuarta y la quinta dimensiones. Son derechos que poseen una eficacia vertical y horizontal dado que vinculan su observancia tanto al Estado como a los particulares.

En este sentido, cuando se habla de universalidad e indivisibilidad, significa que no hay concreción de la libertad, igualdad y dignidad de forma separada, a los que hay que sumar la fraternidad, entendida como una forma de comportamiento activo entre los hombres.

Por lo tanto, no se puede garantizar el derecho fundamental del trabajo sin asegurar los derechos de libertad, igualdad y fraternidad. De lo contrario, se corre el riesgo de presentar un discurso meramente formal o, incluso, vacío de valores humanísticos. La garantía de estos derechos se hace principalmente mediante la protección de la dignidad de la persona humana, calidad intrínseca de la persona humana, tanto en el ámbito individual como en el ámbito de la comunidad.

Por tanto, existe una conexión íntima e interdependiente entre la promoción de la dignidad de la persona humana y la concreción de los derechos humanos y fundamentales. Esta es la temática central a la que pretendemos hilvanar la cuestión del acoso moral en el trabajo, entendido como un fenómeno que degrada el entorno laboral y conlleva daños a la salud y a la dignidad del trabajador. Se trata de una lucha en el ámbito laboral que agrega el abuso de poder y la manipulación perversa.

El abuso y la manipulación son, sin lugar a dudas, fruto de un conjunto de factores tales como la globalización económica predatoria, que tiene como raíz la producción y el lucro, y la actual organización del trabajo, especialmente marcado por la competencia exacerbada y por la opresión de los trabajadores mediante el miedo y de la amenaza.

Salarios miserables, precarización del trabajo, jornadas dilatadas, descansos suprimidos o reducidos, males que afectan a millones de trabajadores, claman por una redefinición urgente del papel de los derechos humanos en las relaciones laborales. Quien trabaja no puede convertirse en una mera masa ajustable a las exigencias de la industria, del comercio, de las empresas de servicio y del capital financiero.

La amplitud pública de los intereses implicados en esta relación viene llamando la atención de los órganos internacionales como, por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se han dedicado al estudio y a la investigación del tema.

Las consecuencias generadas por el acoso moral no repercuten sólo en el trabajador en cuanto víctima de este proceso de violencia. Los daños son graves y se reflejan en la esfera de terceros, en la empresa y en toda la sociedad, por lo que deben considerarse como un problema social.

Los efectos no recaen sólo sobre el trabajador en cuanto víctima, sino también sobre la empresa porque la práctica del acoso moral en el trabajo degrada el entorno laboral. Todo sucede en detrimento de aquello que es protegido y establecido constitucionalmente como un derecho fundamental, un entorno equilibrado, capaz de generar bienestar y salud para el trabajador.

La falta de respeto al derecho fundamental a un entorno de trabajo saludable y seguro, provoca repercusiones en la sociedad, puesto que es la propia sociedad la que financia los gastos de la seguridad social. Sobre todo recaen en la sociedad, en última instancia, los costes derivados de las bajas de la seguridad social por incapacidad, temporal y definitiva.

La relevancia de esta investigación reside, por lo tanto, en identificar y detallar los vínculos existentes entre el acoso moral en el trabajo y los derechos humanos y fundamentales en sus tres dimensiones: libertad, igualdad y fraternidad.

Los Derechos Humanos siguen ocupando un papel central en los debates actuales. En las diversas esferas del conocimiento humano, especialmente la Filosofía, la Política y el propio Derecho, son frecuentes

los planteamientos y las reflexiones sobre los mismos, y siguen formulándose orientaciones y concepciones que llevan a la conclusión de que el tema es esencialmente complejo.

Por otro lado, la creciente inquietud e insatisfacción producidas por la ruptura con el paradigma de la Modernidad, la insuficiencia de los cuadros teóricos para quienes manejen las rápidas y profundas alteraciones de las estructuras sociales, el planteamiento de los valores heredados, la crisis del Estado-Nación y de la propia democracia y los increíbles avances tecnológicos, todo ello inmerso en el marco de la globalización, hace que los derechos humanos sufran el impacto de tales transformaciones y se abran nuevos desafíos para quienes reflexionen sobre esta temática, en sus más variados enfoques.

Alain Supiot¹, relator general de la Comisión de las Comunidades Europeas que ha estudiado las “transformaciones del trabajo y el futuro del derecho del trabajo en Europa”, señala que la crisis de los años 70’ que afectó al desempleo y al impulso del trabajo precario, se pensaba que sería pasajera. Sin embargo, pasado un cuarto de siglo, continúa lo que lleva a sostener que vivimos bajo la égide de crisis: crisis del petróleo, crisis económica, crisis del empleo, crisis del Estado, crisis social, en una especie de túnel, que conduce a permitir “sacrificios necesarios” para posibilitar el “restablecimiento de los grandes equilibrios económicos” y, finalmente, recompensarse los esfuerzos de todos, lo que evidencia el carácter artificial de la operación entre lo económico y lo social.

El objetivo de la presente investigación es cotejar los diversos aspectos característicos del trabajador así como sus derechos de personalidad. También se pretende abordar los aspectos empresariales, dando especial relevancia al poder directivo del empleador y sus límites frente a las nuevas tecnologías, a través de un análisis de los problemas

¹ SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1996.

derivados de su uso en el entorno laboral, indicando cuales podrían ser las medidas preventivas aplicables a las partes y teniendo como finalidad la de preservar los bienes jurídicamente tutelados.

El objetivo de la presente Tesis Doctoral no es presentar formulaciones definitivas y acabadas para la solución de los conflictos apuntados sino proporcionar una base constitucional para aproximarnos a una materia que, por regla general, no ha tenido la relevancia que merece en el ámbito brasileño y latinoamericano del Derecho Laboral en contraste con el ámbito español y europeo donde existen numerosos análisis sobre la cuestión.

En el Capítulo primero partiremos de los derechos fundamentales, concretamente, de su concepto, características y la constitucionalización de estos derechos. Destacaremos la consagrada teoría alemana 'Drittwirkung de Grundrecht', que sostiene la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, mediante la cual, las garantías consagradas en el Texto Constitucional, además de regular las relaciones entre el Estado y los particulares, también sirven de orientación para las relaciones entre los particulares. El contrato de trabajo, por su propia naturaleza, implica el conflicto entre la autonomía privada, representada por el derecho de propiedad del empleador, y el derecho fundamental de los trabajadores a la imagen, a la dignidad y a la igualdad, entre otros. Los derechos de ambas partes deben ser ponderados, de forma que se encuentre una solución para el caso concreto en cuestión. También nos ocuparemos de la relación existente entre esos derechos fundamentales.

En el Capítulo segundo abordaremos la presentación de los derechos de la personalidad, ocupándonos de su concepto y contenido, su diferencia de otros derechos de la personalidad, sus límites, la intimidad en el ámbito internacional, la intimidad y el derecho de la personalidad, sus características y clasificación. Abordaremos, también, el derecho a la imagen, a la intimidad y al honor.

En el Capítulo tercero analizaremos el poder directivo del empresario, haciendo especial énfasis en la dignidad del trabajo, el fundamento constitucional de los derechos de personalidad, el contrato de trabajo, el poder directivo del empleador, la asunción de los riesgos de la actividad económica y el poder de comando del empleador. Profundizaremos en un análisis comparativo de los elementos definidores del empleado y del empleador, prestando atención a la personalidad del empleado y a la despersonalización del empleador, a la distribución del poder directivo en el ámbito de la empresa, al control y a la dirección. También se abordarán las limitaciones al poder directivo y se relacionarán los casos de violación de los derechos de personalidad del trabajador y las consecuencias con relación al contrato de trabajo.

Sin duda alguna, es en el ámbito de las relaciones laborales donde los derechos fundamentales resultan más vulnerables a la lesiones, ya que el empleado renuncia a una parte considerable de sus libertades en la medida en que es afectado por el poder directivo empresarial.

En el Capítulo cuarto abordaremos los derechos de la personalidad en el contrato de trabajo, presentando la fórmula para resolver el conflicto cuando existe una colisión de derechos del trabajador y del empleador. Se destacan, en este capítulo, los instrumentos de control empresarial, las políticas recomendadas para la utilización del correo electrónico en el ambiente del trabajo y sus proyecciones en el contrato de trabajo.

En el Capítulo quinto se analizará el daño moral. En un primer momento examinaremos las cuestiones relativas a la evolución histórica, etimología, concepto y requisitos, además de la aproximación relativa a las teorías y los fundamentos de la reparación por el daño moral, establecidos por la Constitución de Brasil y el Código Civil español. Al final del capítulo analizaremos el daño moral y su reparación en el ámbito del Derecho Laboral, y los criterios con respecto a la fijación de la indemnización.

El Capítulo sexto abordaremos el acoso moral en las relaciones de trabajo bajo el enfoque de la violación a los derechos de la personalidad, en especial el de la dignidad de la persona humana, así como el daño moral que deriva de esta violencia.

Destacaremos las prácticas impropias e ilegales adoptadas por las empresas en su relación de poder con los empleados que configuran el acoso moral organizacional, además de establecer las distinciones relativas a los tipos o a las formas de acoso moral y al síndrome de Burnout.

Se pondrá de manifiesto el carácter abusivo y violador de la dignidad del empleado por parte del empleador. Se cuestiona, obviamente, la validez y la legalidad de tales prácticas diseñadas por el empleador en lo que se refiere al respeto y a la inviolabilidad de los derechos básicos del empleado, sobre la base de la protección de la dignidad humana.

Evaluadas y delimitadas las nociones de acoso moral y sus implicaciones, destacaremos también la importancia y la necesidad de proteger el principio de la integridad de la persona humana por encima de cualquier interés de la empresa o del empleador. Se trata, por lo tanto, de poner freno en esta búsqueda agresiva de los resultados que hace que el empleador presione excesivamente al empleado con el fin de alcanzar las metas establecidas por la empresa, en una flagrante falta de respeto a los límites del poder laboral.

Esta es la temática central, marco en el que se analizará de forma pormenorizada la cuestión del acoso moral en el trabajo, entendido como fenómeno que degrada el entorno laboral y conlleva daños a la salud y a la dignidad del trabajador.

Un tema de gran relevancia y objeto de discusión en la actualidad se refiere a la imperiosa y latente necesidad de la existencia de un entorno laboral sano y seguro. Por otra parte y, con una relevancia similar, se analizarán los accidentes en el trabajo y las enfermedades profesionales, que son cada vez más frecuentes en todo el mundo, debido al trabajo que se desarrolla a un ritmo frenético y sin la debida y necesaria protección.

Brasil, lamentablemente, figura entre los países que tienen el record mundial de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Esto obedece principalmente a la inercia y a la conducta pasiva de los empleadores que, por regla general, no proporcionan un ambiente seguro y saludable para sus empleados.

La salud y la seguridad en el entorno laboral constituyen un derecho fundamental de todo trabajador. Toda la colectividad tiene derecho a un medio ambiente equilibrado y a una sana calidad de vida, incluido el entorno laboral.

El acoso moral en las relaciones de empleo es un tipo de violencia psíquica en el trabajo. Se caracteriza como un proceso de repetidos ataques psicológicos al acosado, mediante actos diversos que van desde los aparentemente inocentes a los ostensivamente humillantes, que afectan la psique del empleado y provocan una degradación psicológica en sus condiciones de trabajo.

El acoso moral en las relaciones laborales es una afrenta múltiple a los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente al derecho sanitario del trabajo y al principio de la no discriminación.

Terminaremos con unas conclusiones en las que expondremos nuestras consideraciones, fruto de la investigación realizada.

CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 CONSIDERACIONES INICIALES

Antes de entrar en el examen específico de la relación entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad y todas las premisas necesarias para presentar adecuadamente la propuesta, conviene detenerse en la contextualización de los mencionados derechos y de su moderna clasificación. La presente investigación se propone, en un primer momento, demostrar de modo general la seriedad y la exhaustividad del catálogo de los Derechos Fundamentales para, en un segundo momento, analizarlos en su especificidad.

Desde 1776, con la Independencia Americana, se comenzó a hablar de los derechos protegidos jurídicamente. La primera noción de Constitución fue considerada sólo como una carta organizadora de los poderes estatales. Este planteamiento fue posteriormente modificado mediante la inclusión de los Derechos Fundamentales en las Constituciones modernas.

Por lo tanto, la ampliación y la transformación de estos derechos en el curso histórico, hace que sea difícil elaborar un concepto conciso. Además, aumenta esta dificultad por el hecho de que comúnmente se adopten tales derechos como sinónimos de otros como, por ejemplo, los de los Derechos Humanos.

Silva² apunta que la expresión Derechos Fundamentales del Hombre es la expresión más adecuada porque:

[...] además de referirse a los principios que resumen la concepción del mundo e informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico, se reserva para designar, *en el nivel del derecho positivo*, aquellas prerrogativas e instituciones que aquel concreta en garantías de una convivencia digna, libre e igual de todas las personas. En el calificativo fundamentales se halla la indicación de que se trata de situaciones jurídicas sin las cuales la persona humana no se realiza, no convive y, a veces, incluso no sobrevive; fundamentales *del hombre* en el sentido de que a todos, por igual, deben ser no sólo formalmente reconocidos, sino también concreta y materialmente realizados. Del hombre, no como el macho de la especie, sino en el sentido de *persona humana*. Derechos fundamentales del hombre significa derechos fundamentales de la *persona humana*, o derechos fundamentales. [La cursiva es nuestra].

La expresión Derechos Fundamentales engloba varios preceptos de suma importancia, dentro del ordenamiento jurídico contemporáneo, lo que conduce al análisis de los principios, especialmente el de la dignidad humana, como fundamento básico del Estado Democrático de Derecho.

Igualmente, Gonet Branco³ apunta que:

Los derechos fundamentales asumen una posición de definitivo realce en la sociedad cuando se invierte la tradicional relación entre Estado e individuo y se reconoce que el individuo tiene, primero, derechos y, después, deberes ante el Estado, y que éste tiene, con relación al individuo, primero deberes y, después, derechos.

En este contexto, los citados derechos comienzan gradualmente a ocupar un lugar privilegiado dentro del ordenamiento jurídico y,

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178.

³ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais". En: FERREIRA MENDES, Gilmara; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Jurídica, 2002, p.107.

principalmente, “el poder del Estado es limitado en su ejercicio”⁴ por ellos, por lo que hoy en día son considerados como parámetro de verificación del grado de democracia de una sociedad; es decir, la separación de poderes y los Derechos Fundamentales están intrínsecamente vinculados.

Por tanto, cuando hablamos de derechos fundamentales podemos constatar la utilización de diversas denominaciones que son empleadas como sinónimas por la doctrina, tales como los derechos humanos, los derechos del hombre y las libertades públicas, entre otras⁵. No hay uniformidad ni consenso acerca de cuál sería la denominación más correcta que se debería de utilizar, puesto que todas las expresiones son cuestionadas por los estudiosos, básicamente bajo la argumentación de que no traducen exactamente lo que representan.

Las expresiones “derechos del hombre” y “derechos humanos” pretenden denominar los derechos relativos a la condición del individuo en cuanto ser humano; es decir, aquellos derechos válidos en todos los lugares y en todos los tiempos; tienen como base el derecho natural, por el cual no precisarían ser creados por el orden jurídico, sino sólo declarados por el Estado. Son cuestionados por el hecho de excluir otros tipos de derecho, como los derechos sociales y los derechos económicos. A ello hay que sumar el argumento de que, en la actualidad, la tendencia es cada vez mayor puesto que no se utiliza debidamente la expresión

⁴ PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, p.64.

⁵ Uno de los principales especialistas en derechos humanos, el Profesor Antonio Enrique Pérez Luño, ha puesto de manifiesto las dificultades de la delimitación conceptual de los derechos y la ambigüedad de la expresión “derechos humanos” y cómo diferenciarlos de otros conceptos afines: derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, derechos individuales, libertades públicas y otras. La propuesta de definición derechos humanos de Pérez Luño es: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003, p.48).

“hombre” para indicar la persona, así como que no hay derecho que no sea humano; es decir, sólo el ser humano podría ser titular de derecho. Ello deriva por el hecho de que no se contempla adecuadamente el derecho de protección de los animales y del medio ambiente que, sin embargo, cada vez son más extendidos en la actualidad. La denominación “libertades públicas”⁶ no resultaría adecuada dada la idea de contraposición a las libertades privadas, además de que sólo se las relacionaría con los derechos individuales; es decir, los que exigen una prestación negativa del Estado, no obligando los que requieren una efectiva actividad estatal, como los derechos colectivos. También se cuestiona la expresión “derechos fundamentales” dado que resulta ser muy relativa, puesto que su noción estaría vinculada a los factores políticos, económicos y culturales⁷.

La distinción entre las expresiones que más frecuentemente utiliza la mayoría de la doctrina ha sido adecuadamente formulada por Gomes Canotilho. Para este autor portugués, los derechos del hombre, en una dimensión iusnaturalista-universalista, son derechos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos. Asimismo, según apunta este autor, los derechos fundamentales serían los derechos del hombre limitados en el tiempo y en el espacio, garantizados jurídica y constitucionalmente. En relación a las libertades, las presenta como esferas que tienen una función defensiva, limitadoras de la intromisión por parte del Estado en los derechos subjetivos del Individuo⁸.

Dado que debemos optar por una conceptualización uniforme, sin olvidar la relevancia de las demás denominaciones utilizadas, en esta

⁶ Libertades públicas serían poderes de autodeterminación consagrados por el Derecho Positivo. Lo que torna una libertad pública (cualquier que sea su objeto) es la intervención del poder a través de la consagración del Derecho Positivo: asegura, protege, regula. Es el concepto de RIVERO, Jean *apud* SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p.43.

⁷ Posición adoptada por SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, p. 42.

⁸ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. “Princípios do Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais do Trabalhador”. *Revista LTr*, São Paulo, v.67, n.8, ago. 2003.

investigación nos decantamos por la de “derechos fundamentales”. Traduce la acepción más completa puesto que designa el nivel de derecho sin el cual la persona humana no se realiza.

Utilizando el término “derechos fundamentales”, la Constitución Federal de Brasil acoge diversos derechos, tales como los individuales, los colectivos y los sociales. La definición de los derechos fundamentales puede ser analizada bajo dos formas: en el plano material corresponden a los derechos básicos que el individuo, indistintamente, posee en el ámbito del propio Estado; en el aspecto formal son considerados fundamentales cuando el Derecho vigente en un país así los califica, es decir, estableciendo garantías como forma de realización de estos derechos para que sean respetados por todos.

Se pueden conceptualizar los derechos fundamentales como las situaciones jurídicas (objetivas y subjetivas) definidas en el Derecho positivo, en favor de la dignidad, igualdad y libertad de la persona humana. Serían los derechos que nacen y se fundamentan en el principio de la soberanía popular⁹.

Los derechos fundamentales, como sostiene Hesse¹⁰, pueden clasificarse en dos sentidos: *lato* y estricto. En sentido estricto, los derechos fundamentales serían aquellos que el Derecho vigente califica como tales; en sentido lato, crear y mantener los presupuestos elementales de una vida en la libertad y en la dignidad humana es el fin que anhelan conseguir los derechos fundamentales.

Otra clasificación de los derechos fundamentales apuntada por la doctrina es aquella que caracteriza los derechos fundamentales bajo dos aspectos: uno formal y otro material. Desde el aspecto formal serían

⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 2005, p.164.

¹⁰ HESSE, Konrad (*Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*) apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997-1998, p.514.

aquellos derechos o garantías indicadas y especificadas en el instrumento Constitucional; es decir, aquellos derechos que recibieron en la Constitución el más elevado grado de garantía o de seguridad, o inmutables o, por lo menos, de difícil cambio. Según el criterio material, los derechos fundamentales sufrirían variaciones conforme a la ideología, la modalidad de Estado y la especie de valores y principios que la Constitución consagra¹¹.

Según la concepción del Estado Burgués de Derecho, derechos fundamentales serían sólo aquellos que pueden ser tenidos como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorga, con apoyo en sus leyes, pero que reconoce y protege como preexistentes al propio¹².

De esa manera, los derechos fundamentales tienen básicamente la función de defensa y protección, puesto que tienen como objetivo, jurídicamente, el de limitar el poder estatal, prohibiendo la interferencia en el plano individual de los ciudadanos (prestación negativa) y, al mismo tiempo, exigen una actividad estatal efectiva para la protección de estos derechos. Esta protección presenta una vertiente social, como, por ejemplo, el derecho de obtener educación y seguridad del Estado, posibilita la defensa del derecho contra terceros en casos de violación a través del poder represivo estatal, y pretende la no discriminación, intentando que el Estado trate a sus ciudadanos como iguales ante la ley. Toda esa protección se justifica por el hecho de que la realización plena de los derechos depende de la garantía del Estado para el individuo con necesidades mínimas, como alimentación, vestuario, vivienda y trabajo, y que pueda recurrir a los procedimientos legales cuando se vea despojado o cuando no tenga garantizados tales derechos.

¹¹ Clasificación de Carl Schmitt.

¹² Definición de Carl Schmitt *apud* SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, 2000, p.49.

En la relación de empleo, los derechos fundamentales presentan la función de garantizar el mínimo necesario para que el trabajador tenga una vida digna, capaz de ejercer el trabajo con preservación de la integridad física y moral, tanto en el ambiente de trabajo como ante la sociedad. La dificultad de conceptualización es totalmente comprensible, dado que la expresión “derechos fundamentales” deriva de un proceso histórico e implica una gama de derechos y protección en su complejidad.

Además, conviene destacar que el reputado Robert Alexy¹³ subraya la similitud, en este contexto, entre la norma de Derecho Fundamental y el concepto de Derecho Fundamental, aunque existan peculiaridades que les distinguen. Por eso, según ese autor:

Es aconsejable manejar el concepto de norma de derecho fundamental como un concepto que pueda ser más amplio que el derecho fundamental. [...]

Las normas de derecho fundamental son normas. Por lo tanto, el concepto de norma de derecho fundamental comparte todos los problemas del concepto de norma¹⁴.

En su opinión, por lo tanto, las normas de Derecho Fundamental son aquéllas que derivan del texto de la Ley Fundamental. Es decir, según el citado autor¹⁵, se generan dos problemas:

El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental¹⁶.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.47.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 1993, p.62-63.

¹⁶ Ibidem.

De esta manera, es cierto que en la conformación de su eficacia son normas constitucionales por estar insertadas en el texto de una Constitución o también, por el hecho de que son fruto de una declaración del poder constituyente, siendo entonces, obviamente, derechos que brotan y se fundamentan en el principio de la soberanía popular¹⁷.

En este sentido, conviene citar a Gomes Canotilho¹⁸ sobre el mencionado principio:

Sólo el principio de la soberanía popular según el cual “todo poder viene del pueblo” asegura y garantiza el derecho a la igual participación en la formación democrática de la voluntad popular. Así, el principio de la soberanía popular concretado según procedimientos jurídicamente regulados sirve de “unión” entre el “Estado de Derecho” y el “Estado Democrático” posibilitando la comprensión de la moderna fórmula Estado de Derecho Democrático.

La eficacia y la aplicabilidad de las normas, que definen los Derechos Fundamentales, “dependen mucho de su enunciado, ya que se trata de un tema que está en función del Derecho Positivo”¹⁹.

Expuestas las consideraciones iniciales, conviene profundizar en esta problemática trayendo a la luz la cuestión de la pretendida posibilidad de extensión de los Derechos Fundamentales a la persona jurídica de Derecho Público, teniendo en cuenta, sobretudo, la polémica de los mencionados derechos que propiamente pertenecen a la esfera del Poder Público.

También en este caso no podemos dar una respuesta negativa de forma absoluta, “incluso con respecto a algunos desarrollos de los derechos fundamentales desde el punto de vista de su dimensión

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 2005, p.180.

¹⁸ *Ibidem*, p.94.

¹⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

objetiva”, puesto que se ha extendido a las entidades estatales el disfrute de los “derechos de tipo procesal”²⁰.

A este respecto, Gomes Canotilho²¹ apunta que las personas en cuestión pueden pleitear tal extensión ante el Poder Público, siempre que no “estén en posición de poder o de prominencia”.

Con respecto a la contextualización de los Derechos Fundamentales, conviene subrayar la constatación de las generaciones de estos derechos o, como prefiere apuntar sabiamente Wolfgang Sarlet, las dimensiones de los Derechos Fundamentales, precisamente porque no se sobreponen unas a las otras sino que las complementan. Para el propósito al que está destinado este trabajo, hemos optado por la designación de las dimensiones de los citados derechos.

Parece igualmente importante la designación histórica relacionada con su aparición, puesto que es bajo la óptica de esta caracterización de donde derivan numerosas consecuencias de estos derechos y, a partir de ahí, adquieren unas peculiaridades históricas vinculadas con el contexto social de la época.

Según Leite Sampaio²²:

En 1979, el francés Karel Vasak presentó, por primera vez, en el Instituto Internacional de Derechos del Hombre en Estrasburgo, una clasificación basada en las fases de reconocimiento de los derechos humanos, dividida por él mismo en tres generaciones, conforme a la marca predominante de los eventos históricos y de las inspiraciones axiológicas que le dieron identidad: la primera, surgida con las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, valoraba la libertad; la segunda, derivada de los movimientos sociales demócratas y de la Revolución Rusa, daba énfasis a la igualdad y, finalmente, la tercera generación que se nutre de las duras

²⁰ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2002, p.166.

²¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Op. cit.*, 2003, p.386.

²² LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.259.

experiencias vividas por la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial y de la ola de descolonización que la siguió, reflejará valores de fraternidad.

El reconocimiento de los Derechos Fundamentales fue, y continúa siendo, un proceso lento y gradual, que desembocará en la aparición de nuevas generaciones, además de las ya citadas.

Así, los Derechos de Primera Dimensión derivaron “de las luchas entre la burguesía y el Estado Absolutista” cuando, de manera innovadora, se crearon condiciones para la institución formal de estos derechos. El lema de la Revolución Francesa, del siglo XVIII (igualdad, libertad y fraternidad), “además de expresar en tres principios todo el contenido posible de los derechos fundamentales, profetizó la cronología histórica de su reconocimiento”²³.

Asimismo, tales derechos surgen a lo largo de los siglos XVIII y XIX, reflejando el pensamiento filosófico de la época, basados, principalmente, en el derecho de libertad. Recibieron influencias del iusnaturalismo, del racionalismo iluminista, del contractualismo y del liberalismo, entre otros. Se refieren, por tanto, “a los derechos y libertades de carácter individual: derecho a la vida, a una nacionalidad, a la libertad de movimiento, libertad religiosa, libertad política, libertad de opinión, el derecho de asilo, a la prohibición de tortura o tratamiento cruel”²⁴.

Recuerda Lafer²⁵ que:

Los derechos humanos de la Declaración de Virgínia y de la Declaración Francesa de 1789 son, en este sentido, derechos humanos de primera generación, que se basan en una clara demarcación entre Estado y no-Estado, fundamentada en el contractualismo de inspiración individualista. Son vistos como derechos inherentes al

²³ GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2009, p.132.

²⁴ GORCZEVSKI, Clovis. *Op. cit.*, 2009, p.132.

²⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.126-127.

individuo y considerados como derechos naturales, ya que preceden el contrato social. Por eso, son derechos individuales: (I) en cuanto al modo de ejercicio – es individualmente que se afirma [...]; (II) en cuanto al sujeto pasivo del derecho – puesto que el titular del derecho individual puede afirmarlo con relación a todos los demás individuos, ya que estos tienen como límite el reconocimiento del derecho del otro.

En ese momento histórico, derivan precisamente de la interacción entre gobernantes y gobernados, reafirmando una posición de Derecho Individual ante el poder soberano absolutista vivido en la época. También se reconocieron como tales los Derechos Civiles y Políticos, precisamente por las conquistas anteriormente señaladas.

Los Derechos Civiles son aquéllos que, “mediante garantías mínimas de integridad física y moral, así como de corrección procesal en las relaciones judicantes entre los individuos y el Estado, aseguran una esfera de autonomía individual” de manera que permiten “el desarrollo de la personalidad de cada uno”. O también, “son derechos propios de los individuos y ejercidos, en su gran mayoría, individualmente, aunque algunos solamente permiten el ejercicio colectivo”. Los Derechos Políticos, a su vez, son los de naturaleza democrática, poseyendo como un elemento de guía el derecho a votar y ser votado, “al lado de los cuales se reúnen otras prerrogativas que derivan de aquel estatus”²⁶.

Esta visión acaba invirtiendo la óptica por la cual se concebía el poder político, puesto que la separación entre el Estado y la sociedad se traducía en la garantía de libertad individual. En este sentido, por lo tanto, el “Estado debía reducir al mínimo su acción, para que la sociedad pudiera desarrollarse de forma bastante armoniosa”²⁷. Hay un predominio claro del Poder Legislativo con relación a los otros Poderes.

²⁶ LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Op. cit.*, 2004, p.260.

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p.28.

Dentro este paradigma, además, los Derechos Fundamentales fueron idealizados como derechos públicos subjetivos de primera dimensión, exigibles sólo ante el Estado²⁸. Por tanto, en el ámbito del Derecho Público, los citados derechos acabaron diseñándose como límites a la actuación de los gobernantes, a favor de la libertad de los individuos, mientras en el plano privado el principio fundamental era el de la autonomía de la voluntad.

En este contexto, a pesar de los progresos realizados por el Estado Liberal, después de la Revolución Industrial surgió una nueva clase, tal como la del proletariado, que clamó por nuevas demandas. Por tanto, se puso de manifiesto la necesidad de rediseñar el Estado y sus funciones ante la existencia de dos clases en conflicto, burguesía y proletariado.

En ese contexto se produce una ampliación de los derechos políticos, con la consecuente democratización política. Surgió entonces, a comienzos del siglo XX, el llamado Estado de Bienestar Social, junto con la consagración constitucional de una gama de derechos que exigen prestaciones del Estado, a fin de garantizar unas mínimas condiciones de vida para la población. Estos derechos se incorporaron a partir de la Constitución mejicana de 1917 y de la Constitución de Weimar de 1919. Durante ese período, además de preocuparse por la libertad del individuo, el Estado empezó a preocuparse, también, del bienestar del ciudadano.

Así, los Derechos de segunda dimensión, con respecto a la titularidad individual conquistada por aquéllos primeros, fueron portadores de un carácter colectivo, vinculándose al segundo primado de la Revolución Francesa, como es el principio de la igualdad, del cual no pueden ser desmembrados, puesto que en él poseen su amparo y

²⁸ Se puede decir, también, que los derechos de primera dimensión son los derechos de libertad, donde no hay la intervención del Estado (derechos negativos).

encuentran su justificación. “Son derechos de crédito del individuo con relación a la colectividad”²⁹.

Conforme apunta Leite Sampaio³⁰:

Tales derechos derivan de la superación del individualismo posesivo y del darwinismo social, resultado de las transformaciones económicas y sociales que se han producido en el siglo XIX e inicio del siglo XX, especialmente por la crisis de las relaciones sociales derivadas de los modos liberales de producción, acelerada por las nuevas formas traídas por la Revolución Industrial; y de la consecuente organización del movimiento de la clase trabajadora bajo la catálisis de las ideas marxistas que llevó a la Revolución Rusa y su propuesta de una sociedad comunista planetaria.

Además, es en el Estado de Bienestar Social donde se produce la positivación de los derechos sociales, económicos y culturales; es decir, de los derechos característicos de la segunda dimensión. Estos derechos imponen al Estado el cumplimiento de las prestaciones positivas, donde el Estado debe intervenir en la economía y proporcionar condiciones materiales para su concreción. El énfasis de estos derechos consiste, por tanto, en la base social. Y, de ese modo, los derechos en cuestión sólo pueden disfrutarse con el auxilio del Estado. En este sentido Gorczewski señala que³¹:

Son derechos que exigen del Estado una participación, una acción. Aunque aquí los derechos no se consideren ya individualmente, sino en su carácter social, que tiene como objetivo el de asegurar a la sociedad mejores condiciones de vida, el titular de estos derechos continúa siendo el hombre en su individualidad.

Aunque tales derechos posean una naturaleza social, las propias personas titulares de estos derechos lo son también de los derechos de primera dimensión. Además, en este contexto, conviene destacar que se han vertido muchas críticas con respecto a esta categoría de derechos.

²⁹ LAFFER, Celso. *Op. cit.*, 1988, p.127.

³⁰ LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Op. cit.*, 2004, p.261.

³¹ GORCZEWSKI, Clovis. *Op. cit.*, 2009, p.75.

Sin embargo, no podemos ahora extendernos en el análisis de las mismas, para no perder la línea de esta investigación.

Los derechos de tercera dimensión son los designados como “derechos de los pueblos”, de “cooperación”, de “fraternidad” e incluso como “derechos humanos morales y espirituales”, que surgieron “como respuesta a la dominación cultural y como reacción al alarmante grado de explotación ya no de la clase trabajadora de los países industrializados sino de las naciones en desarrollo por parte de los países desarrollados”, y en el marco de extrema injusticia del entorno de estas naciones³².

La aparición de los derechos de tercera dimensión se produjo al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando hubo una proliferación de derechos que no encajaban en ninguna de las dimensiones anteriores, ocasionando la creación de una nueva categoría de derechos que poseen como peculiaridad el carácter universal, es decir, de aplicabilidad genérica a todas las personas y, por eso, se corresponden con el tercer principio de la Revolución Francesa, la fraternidad.

Bolzan de Morais³³ apunta que los derechos mencionados no están destinados a la garantía o a la seguridad individual contra ciertos actos, como eran los de primera dimensión, ni a la seguridad colectiva positiva, característica de los derechos de segunda dimensión, sino que van más allá y tienen como destinatario la propia especie humana.

Hay autores que apuntan la existencia de una cuarta dimensión de Derechos Fundamentales. Son seguidores de esta propuesta autores como Bonavides y Bobbio. Surgen de los nuevos contextos plurales, derivados de la globalización. Son aquellos derechos que se refieren a la biotecnología, a la bioética y a la ingeniería genética y tratan cuestiones

³² LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Op. cit.*, 2004, p.293.

³³ BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Do Direito Social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.281.

ético-jurídicas relativas al inicio, al desarrollo, a la conservación y al fin de la vida humana.

En una posición peculiar, Bonavides³⁴ enumera los derechos relacionados con la democracia, el derecho a la información, el pluralismo, la realización de los derechos humanos, como pertenecientes a esa categoría. Sostiene que:

[...], la democracia, [...], es a esta altura de la civilización política un derecho del género humano, derecho de cuarta generación, derecho cuya universalidad, en sentido estricto, deriva de su naturaleza principal, y como principio entra la misma de forma constitutiva en el ordenamiento republicano, precisamente como el caput del Art. 1º, en que el constituyente califica por democrático nuestro Estado de Derecho. A partir, pues, de esta formulación conceptual, positivada en la Carta Magna, podemos decir que la democracia es rigurosamente lo más valioso de los derechos fundamentales.

Por tanto, la democracia desempeña un papel de suma importancia dentro de la realidad actual, puesto que sin ella no hay consenso y el propio pluralismo acabaría por no alcanzar su propósito. La democracia, como veremos más adelante en el análisis del Estado Democrático de Derecho, no es sólo una forma de gobierno, sino también un principio constitucional de la más elevada importancia.

Por último, hay quien se aventura a conceptualizar una quinta dimensión de Derechos Fundamentales, incluyendo en este rol los derechos concernientes a la cibernética, a las redes informáticas, al comercio electrónico, en fin, todos los derechos relativos a la era digital.

Oliveira Júnior³⁵ es uno de sus seguidores. En sus palabras, tales derechos “son aquellos que surgen con la llamada realidad virtual, que

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.191.

comprenden el gran desarrollo de la cibernética en la actualidad, implicando la caída de fronteras y el acuerdo de conflictos entre países con realidades diferentes”.

Por lo tanto, todas estas dimensiones de Derechos Fundamentales corresponden, en mayor o menor grado, aunque relativamente, a la noción de Estado. Y, sin duda, habrá nuevos derechos o, al revés, como señala Faria³⁶, en el sentido de que la tendencia es que haya una fuga o una relativización de estos derechos en la medida en que sus valores básicos “– libertades públicas, igualdad sustantiva, reconocimiento y afirmación de los intereses pos-materiales – chocan frontalmente con los imperativos categóricos de la economía globalizada, especialmente la acumulación ilimitada y sin frenos”.

En este sentido, por las características enunciadas, propias de cada una de las categorías, observamos lo intensa que es la tarea de conceptualizar las citadas dimensiones. Incluso porque es perfectamente posible – y no resulta extraño – que un mismo derecho se agregue a más de una dimensión. Eventuales desencuentros o contradicciones son comprensibles porque el derecho no es algo inmutable y se encuentra en permanente evolución. Cabe la posibilidad de encontrar un mismo derecho clasificado de diferente manera entre los autores.

En este contexto, vamos a analizar una de las características elementales de las constituciones democráticas actuales, como es la de la presencia de los principios con supremacía constitucional.

³⁶ FARIA, José Eduardo. “Prefácio”. En: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.8.

1.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los principios son las reglas informadoras de todo un sistema de normas, las directrices básicas del ordenamiento constitucional brasileño. Contiene los más importantes valores que informan la elaboración de la Constitución. Poseen normatividad, es decir, poseen un efecto vinculante y se constituyen en reglas jurídicas efectivas.

Las normas jurídicas pueden comprender numerosas distinciones teóricas, de las cuales la más importante es, sin duda, la distinción entre los principios y las reglas, y es lo que la presente investigación seguirá como línea de trabajo. Sin embargo, su distinción no siempre se presenta de forma cristalina, puesto que no es único el criterio para tal diferenciación. Por ello, hay que distinguirlos recurriendo a las concepciones más clásicas ya que, como hemos afirmado, la distinción es fundamental para comprender en sus justos términos la propuesta principal, en la que profundizaremos más adelante.

Partimos de la clasificación propuesta por Alexy³⁷; en su concepción reside la llave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los Derechos Fundamentales. “Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico”.

Sin esa distinción, podría haber el riesgo, a veces, de cometer graves injusticias ya que con ella se consigue la mejor especificación del caso concreto, por medio de una cristalización de los problemas fácticos. Se constituye en un elemento básico de todos los derechos, sean civiles, sociales, políticos y/o culturales. Además, como afirma el propio Alexy, la citada distinción se constituye en el “marco de una teoría normativo-

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traducción de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81.

material de los derechos fundamentales” y, sin duda, el punto de partida para la solución acerca de los límites de la racionalidad, en el ámbito de estos mismos derechos.

Así, se parte del presupuesto de que ambos –principios y reglas – son especies del género normas, porque los dos se restringen a decir lo que “deben ser” y pueden formularse en el ámbito de los mandatos, permisos y prohibiciones. Por tanto, la citada distinción es una diferenciación entre dos tipos de normas.

Conviene mencionar que existen tres corrientes con respecto a la citada diferenciación. La primera se refiere simplemente de la distinción ahora propuesta, como es la de que las normas conllevan dos designaciones: principios y reglas; la segunda es apoyada por quien considera la citada distinción pero como restringida sólo a la diferencia de grado y tiene como defensores a los que sostienen que el grado de generalidad se constituye en el criterio básico; la tercera defiende que, además del criterio de diferenciación de generalidad, existe un criterio cualitativo.

Sin embargo, la presente investigación no se afiliará a ninguna de estas corrientes, prefiriendo profundizar en la ideología de Alexy que, en nuestra opinión, además de ser la más completa, está presentada de manera muy didáctica. Por lo tanto, se impone la necesidad de un análisis de los criterios que sostiene Alexy, junto a la distinción de principios y reglas, a fin de que no se convierta en redundante.

Según Alexy³⁸, el punto fundamental para la distinción en examen es que los principios son normas que determinan que algo se ha realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas que se presentan. Los principios son “*mandatos de optimización*”

³⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p.86.

– en un concepto amplio de mandato, es decir, abarcando también permisos y prohibiciones. El autor sostiene, también, que el ámbito de las posibilidades normativas de optimización del principio se queda en la dependencia de principios y reglas que le son opuestos.

Según Alexy³⁹, las reglas, a su vez, son normas que únicamente pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, se hace exactamente aquello que determina, ni más ni menos. Luego, las Reglas contienen determinaciones en el ámbito fáctico y jurídico, no siendo posible un grado de indeterminación en su cumplimiento; o valen y son aplicadas, o no valen y son apartadas. Eso es, Alexy, justifica el hecho que la diferenciación puede ser cualitativa y no de grado.

Después de subrayar la complejidad de la materia, Gomes Canotilho⁴⁰ enumera unos criterios que pueden utilizarse para la distinción entre principios y reglas:

- a) Grado de abstracción: los principios son normas con un grado de abstracción relativamente elevado; de modo diverso, las reglas poseen una abstracción relativamente reducida.
- b) Grado de determinación en la aplicación del caso concreto: los principios, por ser vagos e indeterminados, carecen de mediaciones concretizadoras (¿del legislador? ¿del juez?), mientras las reglas son susceptibles de aplicación directa.
- c) Carácter de fundamento en el sistema de fuentes de derecho: los principios son normas de naturaleza o con un papel fundamental en el ordenamiento jurídico debido a su posición jerárquica en el sistema de las fuentes (Ej.: principios constitucionales) o a su importancia estructurante dentro del sistema jurídico (Ej.: principio del Estado de Derecho).
- d) 'Proximidad' de la idea de derecho: los principios son 'standards' jurídicamente vinculantes radicados en las exigencias de 'justicia' (Dworkin) o en la 'idea de derecho' (Larenz); las reglas pueden ser normas vinculantes con un contenido meramente funcional.

³⁹ Ibidem, p.87.

⁴⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Op. cit.*, 2003, p.1.086-1.087.

f) Naturaleza normogenética: los principios son fundamento de reglas, es decir, son normas que están en la base o constituyen la *ratio* de reglas jurídicas, desempeñando, por eso, una función normogenética fundamentante”.

De tal función enunciativa podemos extraer que hay una diferencia cualitativa entre ellos, lo que viene al encuentro de la teoría de Alexy. De esta manera, los principios son como la base que sostienen las estructuras de las normas, o mejor, los principios son normas que contienen un grado más elevado de generalidad, mientras las normas son poseedoras de un nivel inferior.

En este sentido se ha pronunciado Heck⁴¹:

Según el modelo de las reglas, las normas jurídicas tienen únicamente la característica de reglas, es decir, valen o no valen. Toda vez que su tipo se produce, su consecuencia jurídica debe ser aceptada. Reglas son normas que exigen que algo sea hecho dentro de las condiciones fácticas y jurídicas dadas. Son mandamientos definitivos.

A su vez, Gonet Branco⁴² clasifica los principios como “determinaciones para que un determinado bien jurídico sea satisfecho y protegido en la mayor medida que las circunstancias permitan”, y las reglas como la prohibición o permiso de algo en términos determinantes.

Por otra parte, la controversia no se ha cerrado Hay un tema que ha atraído la atención de los estudiosos, es decir, la colisión de los Derechos Fundamentales, ya que el asunto está íntimamente relacionado con la diferenciación realizada, porque se encuentra estrechamente vinculada a la estructura de las normas.

⁴¹ HECK, Luiz Afonso. “O modelo das regras e o modelo dos princípios em colisão de direitos fundamentais”. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Ulbra: Síntese*, Canoas, RS, v.1, n.1, p.118, 2000.

⁴² GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2002, p.181.

En diversas ocasiones los profesionales del derecho nos vemos obligados a enfrentarnos a situaciones que generan un enorme conflicto, planteando soluciones contrarias entre sí; se trata, como hemos visto, lo que Dworkin llama “*hard cases*” donde dos o más principios o reglas fundamentales entran en colisión. Son los casos en los que no habría una única respuesta correcta, es decir, no existe un único criterio de solución y, como máximo podemos obtener de un precedente alguna indicación de solución, pero con el tiempo, al analizar otro caso concreto, podría el mismo derecho no prevalecer sobre el otro, por fuerza del juicio de ponderación, asentado en el principio de proporcionalidad, que expresa su respaldo, incluso en nuestra Constitución. Según Gonet Branco⁴³:

El juicio de ponderación que debe ejercerse se asienta en el principio de la proporcionalidad, que exige que el sacrificio de un derecho sea necesario para la solución del problema y que sea proporcional en sentido estricto, es decir, que el *onus* impuesto al sacrificado no sobreleve el beneficio que se pretende obtener con la solución.

Por lo tanto, el núcleo esencial debe siempre preservarse, debiéndose comprimir al mínimo los derechos en causa, lo que puede ser realizado tanto por el juez, en la aplicación del caso concreto, como por el legislador, en el momento en que determina en qué condiciones un derecho podrá prevalecer sobre el otro.

Para Gomes Canotilho⁴⁴, por medio del principio en cuestión “el juez trata de valorar caso por caso las dimensiones del comportamiento de lo razonable teniendo en cuenta la situación de hecho y la regla del precedente”.

Gonet Branco⁴⁵ advierte que “puede haber tanto un choque de derechos fundamentales de titulares diferentes, como un conflicto entre

⁴³ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2002, p.181.

⁴⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Op. cit.*, 2003, p. 260.

⁴⁵ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2002, p.187.

un derecho fundamental y otro valor consagrado en la Constitución". Para Alexy⁴⁶, el conflicto de reglas puede ser resuelto de dos modos: o se introduce una cláusula de excepción dentro de la regla, que elimina el conflicto, o se declara por lo menos una regla como inválida. En este último tipo de conflicto la solución también se da de dos formas: la ley posterior revoca la anterior o la ley especial prima sobre la ley general.

Heck⁴⁷ sostiene:

[...] Las normas jurídicas tienen solamente la característica de principios, es decir, la pregunta sobre su validez depende de la ponderación. Los principios son normas que piden que algo sea hecho dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas en una medida tan amplia como sea posible. Son mandatos de optimización.

Así, dos principios pueden chocar, puesto que poseen pesos diferentes comparables sólo en el caso concreto; en consecuencia, los conflictos de reglas se resuelven en el plano de la validez, sólo cuando una es válida. En la colisión de principios, el hecho se resuelve con la ponderación.

Los criterios de solución empleados cuando hay colisión de Derechos Fundamentales están vinculados a la concepción de las normas de los mismos derechos. El medio ofrecido por el modelo de los principios para la solución de los citados conflictos consiste, siempre, en la ponderación, primero porque la validez es conferida a todos los Derechos Fundamentales y, después, porque en el caso concreto no es esta calidad el criterio de solución sino el peso del Derecho Fundamental, verificado a través del principio de proporcionalidad, analizado en el caso concreto.

En definitiva, la relación entre principios y reglas, así como el principio de dignidad de la persona humana son elementos básicos en la construcción de nuestra investigación.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p.88.

⁴⁷ HECK, Luiz Afonso. *Op. cit.*, 2000, p.119.

Con la evolución de las relaciones económicas, políticas y sociales, que implica la aparición del llamado neoconstitucionalismo⁴⁸ o positivismo, se verificó que no sólo el Estado tiene el deber de proteger y promover la realización de los derechos fundamentales sino que también incumbe a los particulares entre sí.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, también llamada eficacia de los derechos fundamentales entre terceros o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, deriva del reconocimiento de que las desigualdades no se sitúan sólo en la relación entre el Estado y los particulares, sino también entre los propios particulares.

En el campo de las relaciones de trabajo subordinado, sobre todo en las relaciones laborales, existe un amplio espacio para la adopción de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. A modo de ejemplo, se destaca el derecho de los empleados a la indemnización por daños morales y materiales derivados del acoso moral o sexual. En ese caso, la lesión a un derecho fundamental (y de la personalidad) es perpetrada por el empleador, siendo responsabilidad de éste y no del Estado el deber de reparar los daños morales y materiales sufridos por el trabajador.

La consagrada teoría alemana de la *Drittwirkung des Grundrecht* predica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, por medio de la cual estas garantías esenciales consagradas en el Texto Constitucional, además de servir para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, también sirven de orientación para las relaciones constituidas entre los particulares.

⁴⁸ Sobre el neoconstitucionalismo y el papel que desempeñan los principios, *vid.* BELLOSO MARTÍN, Nuria, "El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad". *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v.59, n.1, 2014, p.145-178.

Las normas constitucionales se extienden a todo el ordenamiento, incluyendo contextos que antes no se habían imaginado, especialmente en el campo del Derecho Privado, generando la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales y anunciando el fenómeno de la constitucionalización del Derecho. El fundamento para esta aplicación inmediata está en el Art. 5º, § 1º, de la Constitución Federal de 1988, por el cual “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”.

Estos derechos de naturaleza fundamental, que se concatenan sistemáticamente con los grandes principios constitucionales, como el principio de la dignidad humana, valor mayor que configura todo ordenamiento jurídico, incluido el laboral, son indispensables. En este sentido, destaca Luigi Ferrajoli⁴⁹:

Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía.

Las relaciones privadas, especialmente las relacionadas con el trabajo humano, pueden dar lugar a diversas situaciones en que hay posibilidad de violación de los derechos fundamentales.

Como ejemplo de aplicación de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales se pueden citar las cláusulas contractuales que prohíben la filiación sindical del trabajador, o incluso las que prohíben el embarazo de la trabajadora del servicio doméstico durante el contrato.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción española: Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Es inherente al contrato de empleo la subordinación jurídica del empleado. Muchas veces, el empleador abusa de su derecho de dirección de la prestación de los servicios e impone condiciones de trabajo que representan una ofensa a los derechos fundamentales del trabajador. Según Barroso⁵⁰:

La necesidad de aplicación horizontal de los derechos fundamentales es directamente proporcional a la desigualdad de las partes involucradas en el conflicto. Cuanto mayor sea la disparidad entre los sujetos, mayor debe ser la intervención estatal en favor de la parte considerada más desprotegida.

Las necesidades financieras del trabajador acaban por comprometer su autonomía de negociación de las cláusulas contractuales. La experiencia histórica demostró que hay una sujeción de la parte más débil, en este caso, el trabajador. De este modo, el Derecho del Trabajo tiene por principio tratar los desiguales de forma desigual, imponiendo beneficios en favor del empleado, como forma de equilibrar la relación jurídica.

El contrato de trabajo se materializa en una relación jurídica privada en la que se requiere una mayor aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales, ante la desigualdad de hecho entre el empleado y el empleador. Por consiguiente, la Constitución Federal de 1988 establece garantías en favor del empleado. Entre ellas, se destacan los principios de la dignidad de la persona humana (Art. 1º, III), valorización del trabajo humano (Arts. 1º, IV, y 170, caput), como también el papel de los derechos previstos en el Art. 7º, caput e incisos.

Toda la legislación laboral infraconstitucional prevé también discriminaciones positivas para los trabajadores. Como ejemplos tenemos la limitación de modificaciones contractuales que afectan al empleado (Art. 468 de la CLT) y la inviolabilidad salarial (Art. 462 de la CLT).

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

La teoría de la aplicabilidad horizontal de los derechos fundamentales es de suma importancia para las diversas Ramas del Derecho, especialmente para el Derecho del Trabajo, que implica derechos sociales de segunda generación.

El contrato de trabajo, por su propia naturaleza, implica el conflicto entre la autonomía privada, representada por el derecho de propiedad del empleador, y el derecho fundamental de los trabajadores a la imagen, a la dignidad y a la igualdad, entre otros.

Los derechos de ambas partes deben ser ponderados, de forma que se encuentre una solución para el caso específico examinado.

La cuestión central es: ¿cómo resolver este conflicto de derechos, el poder de control de las empresas frente a los derechos fundamentales de los trabajadores protegidos por la Constitución? En el Capítulo 4, sección 4.1, en el que nos ocuparemos de la colisión de los derechos fundamentales, destacaremos con mayor detalle las formas de solución de los conflictos.

1.2.1 El Principio de la Dignidad Humana

Antes de entrar en el análisis de del presente apartado, es preciso hacer algunas breves consideraciones sobre la conceptualización de democracia. No tenemos la pretensión de desarrollar la amplia evolución de la materia sino que nos limitaremos a abordar sólo unas líneas generales que permitan la contextualización del tema para, seguidamente, adentrarnos en el Principio de la Dignidad Humana como uno de los cinco fundamentos del Estado Democrático brasileño.

Las primeras instituciones democráticas de que se tiene noticia aparecieron en Grecia Antigua, en el siglo VI A.c. La base de toda la democracia griega era la soberanía popular activa. En la época, ya existía

un control del poder político, algo correspondiente al actual *checks and balances*; las aportaciones del sistema jurídico Romano en este ámbito⁵¹ son también memorables.

Dando un salto en el tiempo, en el siglo XVIII podemos destacar dos grandes hitos; a saber, la Revolución Francesa y la Independencia Americana, donde la democracia emerge como una limitación de los poderes gubernamentales, a diferencia de la concepción romana, inicialmente propuesta⁵².

Para Bresser Pereira⁵³:

La afirmación de los derechos civiles – de los derechos a la libertad y a la propiedad – se produce en los países desarrollados en el siglo XIX, pero entonces aún no se podía hablar de democracia, sino más bien de liberalismo, ya que los derechos políticos de votar y ser votado eran limitados: ni las mujeres ni los pobres votaban. La “democracia” era masculina y censal. En efecto, la democracia es un fenómeno del siglo XX.

En este contexto, es evidente que la aparición de la democracia viene a cumplir con el objetivo de reforzar la protección de los Derechos Humanos, puesto que en la Conferencia de Viena, en 1993, la misma ya fue consagrada como la forma de Estado más favorable para su defensa.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la relevancia que ha tenido este instituto, vamos a presentar la definición y la contextualización de la democracia en los tiempos modernos.

Después de la tendencia centralizadora que tuvo que enfrentar el país en el período autoritario, se convirtió en un objetivo común democratizar la gobernabilidad, ya que la Constitución Federal de 1988

⁵¹ RUBIN ROSSATO, Elisiane. “A democracia no século XXI”. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.20, p.114, 2003.

⁵² Loc. cit.

⁵³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado”. En: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLAB, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999, p.80.

inauguró el comienzo de una nueva época caracterizada por la descentralización. El concepto de democracia ha evolucionado constantemente y, por supuesto, su gran reto en el siglo XXI no se condensa en conceptualarla, sino en concretarla mundialmente, teniendo en cuenta, especialmente, el fortalecimiento de la conciencia de los ciudadanos acerca de su papel en la sociedad.

Bobbio⁵⁴ considera la democracia como un conjunto de reglas (primarias y fundamentales) que establecen quien esté autorizado a tomar las decisiones colectivas y con qué procedimientos. Más adelante, el autor apunta que su regla fundamental es la regla de la mayoría, en lo que se refiere a las modalidades de decisiones. En este sentido, se puede afirmar de manera bastante sencilla que es el proceso de participación de los subordinados en la formación de la voluntad gubernativa. Su titular es el ciudadano, en cuanto miembro de una sociedad.

En esta misma línea, Bonavides⁵⁵ considera que:

No hay democracia sin participación. La participación debe incluir pues a las fuerzas sociales que vitalizan la democracia y fijarán el grado de eficacia y legitimidad en el contexto social de las relaciones de poder, así como la extensión y el alcance de este fenómeno político en una sociedad dividida en clases o en diferentes esferas y categorías de intereses.

Para Gesta Leal⁵⁶, el concepto de democracia está íntimamente ligado “a la figura del individuo/ciudadano y a las condiciones de posibilidad de su desarrollo económico, puesto que el papel del ciudadano es lo más elevado a lo que un individuo puede llegar”. Así,

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Traducción de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.18.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência – Por uma nova Hermenêutica – Por uma nova repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p.51.

⁵⁶ GESTA LEAL, Rogério. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.196.

siempre que el ciudadano esté participando en una decisión política, estaría ejerciendo su soberanía.

Bobbio, Matteucci y Pasquino⁵⁷ enumeran, acertadamente, las siguientes características de la democracia contemporánea:

1. el órgano político máximo, a quien se le encomienda la función legislativa, debe estar compuesto de miembros directa o indirectamente elegidos por el pueblo;
2. junto al supremo órgano legislativo deberá haber otras instituciones con dirigentes elegidos, como los órganos de la administración local o el jefe de Estado;
3. todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, de religión, de censo y de sexo, deben ser electores;
4. todos los electores deben tener igual voto;
5. todos los electores deben ser libres de votar según la propia convicción formada lo más libremente posible;
6. deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos en condición de tener alternativas reales;
7. tanto para las elecciones de los representantes como para las decisiones del órgano político supremo conviene el principio de la mayoría numérica, si bien pueden ser establecidas también varias formas de mayoría según criterios de oportunidad no definidos de forma permanente;
8. ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, de modo especial el derecho de convertirse en mayoría, en paridad de condiciones;
9. el órgano del Gobierno debe gozar de la confianza del Parlamento o del jefe del poder ejecutivo, a su vez elegido por el pueblo.

Las reglas anteriormente descritas contienen, básicamente, la previsión de cómo tomar decisiones y, en consecuencia, cómo las mismas pueden permanecer en la esfera democrática. El ideal sería que todas pudieran ser llevadas a la práctica, pero lo que se ve actualmente es que, a pesar de algunos avances, aún se está lejos de convivir con un Estado

⁵⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: EDUnB, 1992, p.326-327.

totalmente Democrático. En este contexto, Przeworski⁵⁸ afirma que en una democracia las personas controlan el gobierno a través de elecciones. Sin embargo, los ciudadanos no constituyen los únicos instrumentos de control del poder, como veremos más adelante.

Así, la democracia se caracteriza como la síntesis del ejercicio del poder político realizado por el pueblo, a través de los principios de igualdad y libertad, puesto que no puede existir desvinculada de los Derechos Fundamentales, porque para tener eficacia necesita de los mismos.

Ante los acontecimientos modernos, el Estado Democrático brasileño carece (como se viene destacando) no sólo de una implementación de los mecanismos puestos a disposición de los ciudadanos, sino también de una efectiva protección de todos ellos, como forma de concreción y protección del Principio de Dignidad Humana.

Conviene pues que nos detengamos en mostrar los mecanismos que aseguran a los ciudadanos el derecho a la participación popular.

El artículo 14 de la Constitución Federal de 1988 configura los instrumentos de participación popular como iniciadores del proceso legislativo. El artículo 29 del texto requiere la participación de los representantes de asociaciones populares en el proceso de organización de las ciudades, entre otros, los que se refieren a la participación de las asociaciones civiles.

A través de estos instrumentos fue posible la incorporación de los nuevos ideales culturales surgidos en la sociedad, implementando, al menos formalmente, la democracia participativa. La propuesta es la de que descentralización y democratización caminen conjuntamente, con el

⁵⁸ PRZEWORSKI, Adam. "O Estado e o Cidadão". En: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLAB, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999, p.337.

fin de garantizar la formulación de políticas públicas eficaces, que respondan satisfactoriamente a los anhelos de la población. En este sentido, afirman Gesta Leal y Reck⁵⁹:

La idea de Estado Democrático de Derecho, como hemos mencionado antes, está asociada, necesariamente, a la existencia de una Sociedad Democrática de Derecho, que de una cierta forma rescata la tesis de que el contenido del concepto de democracia aquí se asienta en la soberanía popular (poder emanado del pueblo) y en la participación popular, tanto en su forma directa como en la indirecta, configurando lo que podemos llamar principio participativo o, en otras palabras: democratizar la democracia a través de la participación significa, en términos generales, intensificar la optimización de las participaciones de los hombres en el proceso de decisión.

Y, más adelante, los autores sostienen que para alcanzar tal objetivo es preciso densificar la democracia, creando “oportunidades materiales de acceso de la población a la gestión pública de la comunidad” y “fórmulas prácticas de sensibilización y movilización de los individuos y de las corporaciones”⁶⁰.

Por lo tanto, no basta que se tengan leyes que salvaguarden los derechos de los ciudadanos si ellos mismos no actúan de forma consciente y participativa. Para la real aplicación de tales institutos, se hace necesario el desarrollo de una nueva concepción de ciudadanía, democrática y eficaz.

Como ya hemos indicado, los fundamentos de la República Federativa del Brasil están expuestos en el artículo 1 de la Constitución Federal y sirven como “mandatos-regla”, que admiten su aplicabilidad

⁵⁹ GESTA LEAL, Rogério; RECK, Janriê Rodrigues. “Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos”. En: GESTA LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p.968.

⁶⁰ Loc. cit.

inmediata. Nuestro estudio se centra ahora refiere al inciso III, que instituye la Dignidad de la Persona Humana como tal, cuestión a la que vamos a referirnos seguidamente. Por lo tanto, el principio de la Dignidad de la Persona Humana expresa el valor absoluto de la Constitución, que nunca cede con relación a los demás. Es un valor subordinante, es decir, se lo considera el mandato nuclear de la Constitución.

Para Wolfgang Sarlet⁶¹:

La dignidad, como calidad intrínseca de la persona humana, es irrenunciable e inalienable, constituyendo un elemento que califica el ser humano como tal y que no puede separarse del mismo, de tal modo que no se puede contemplar la posibilidad de que una determinada persona sea titular de una pretensión a la que le sea concedida la dignidad. Por tanto, es considerada como condición humana, facultando (y debiendo) ser reconocida, respetada, promovida y protegida, no pudiendo, sin embargo (en el sentido ahora empleado) ser creada, concedida o retirada, ya que existe en cada ser humano como algo que le es inherente.

El ordenamiento jurídico trabaja y orienta toda la interpretación del sistema con esta acepción de valor supremo. Y esto tiene su reflejo en el tratamiento de la cuestión de los niños y los jóvenes, sobre todo porque se trata de personas en fase de desarrollo y que necesitan que su dignidad sea respetada, por encima de todo.

Conviene recordar los conceptos de Silva⁶² acerca de la dignidad humana en este contexto:

Para definir mejor el objeto de la tutela constitucional, hay que considerar que la palabra dignidad es utilizada en diversos contextos con sentidos diversos. Hay *dignidad espiritual, dignidad intelectual, dignidad social y dignidad moral*. [...] Pero la dignidad de la persona humana, concebida por la Constitución como fundamento

⁶¹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁶² SILVA, José Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.212, p.89, abr.-jun. 1998.

del Estado Democrático de Derecho y, por tanto, como valor supremo de la democracia, es de otra naturaleza. De hecho, la palabra *dignidad* se emplea ya sea como una forma de comportarse, ya sea como un *atributo intrínseco de la persona humana*; en este último caso, como un valor de todo ser racional independientemente de su forma de comportarse. *Con este segundo significado es como la Constitución tutela la dignidad de la persona humana como fundamento del Estado Democrático de Derecho, de modo que ni siquiera un comportamiento indigno priva a la persona de los derechos fundamentales que le son inherentes, exceptuando la incidencia de las penas constitucionalmente autorizadas.* [La cursiva es nuestra].

Por lo tanto, resulta evidente la conexión entre el Estado Democrático de Derecho y los Principios Fundamentales, en la medida en que el primero es, necesariamente, un sistema normativo abierto, integrado por principios y reglas, como ya hemos señalado. No podemos extendernos más sobre este punto, máxime cuando parece clara la supremacía del valor de la dignidad humana en la Constitución brasileña.

La Constitución necesita ir actualizando su contenido, tarea en la que pueden ayudar los principios. Como los principios son el armazón del sistema jurídico, hemos optado por demostrar esta correlación mediante el Principio de Dignidad Humana ya que es a través de él o de su concreción como se demuestra la inviolabilidad de los derechos de la personalidad. Por lo tanto, este principio es uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, situándose en el vértice de la pirámide de valoración de la Constitución. Incluso si se lo compara con otros principios fundamentales del Estado Democrático, ocupará una posición de centralidad precisamente porque siempre atrae el contenido valorativo de los otros principios.

En este contexto Gomes Canotilho⁶³, apunta que:

⁶³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Op. cit.*, 2003, p.219.

La dignidad de la persona humana como base de la República significa, [...], el individuo como límite y fundamento del dominio político.

La dignidad de la persona humana expresa la apertura de la República a la idea de comunidad constitucional inclusiva pautada por el multiculturalismo mundivisional, religioso o filosófico.

Por lo tanto, siempre según el citado autor⁶⁴:

Como son un elemento constitutivo del Estado de Derecho, los derechos fundamentales constituyen un elemento básico para la realización del principio democrático. Más concretamente: los derechos fundamentales tienen una función democrática dado que el ejercicio democrático de poder: (1) significa la contribución de todos los ciudadanos [...] para su ejercicio [...]; (2) implica participación libre asentada en importantes garantías para la libertad de este ejercicio [...]; (3) devuelve la apertura del proceso político en el sentido de crear derechos sociales, económicos y culturales, constitutivos de una democracia económica, social y cultural.

Así, es evidente que el Estado Democrático de Derecho es consecuencia de las exigencias que el propio Constitucionalismo instauró en aras de la limitación del poder político. Y lo que se observa, en último análisis, de acuerdo con Wolfgang Sarlet⁶⁵, “es que donde no haya respeto por la vida y por la integridad física del ser humano, donde las condiciones mínimas para una existencia digna no son aseguradas”, donde no sólo la intimidad, sino también la propia identidad “son objeto de ingerencias indebidas, donde su igualdad no sea garantizada, así como donde no haya limitación del poder, no habrá espacio” para el Principio de Dignidad Humana, “y ésta no pasará de ser mero objeto de arbitrio e injusticias”.

⁶⁴ Ibidem, p.280.

⁶⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. *Op. cit.*, 2003, p.113.

1.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Todo el proceso histórico de las declaraciones de derechos sería inocuo si no hubiera medios de realización de estos derechos. Por lo tanto, después del reconocimiento y la declaración de los derechos fundamentales, a través de las diversas cartas y declaraciones, se comenzó a buscar la forma de asegurarlos y hacerlos susceptibles de realización. La solución se encontró a través de la normativización de los derechos. Así, el Estado trató de darles una máxima protección, incorporándolos en su texto constitucional⁶⁶. Se adoptaron los instrumentos jurídicos denominados garantías constitucionales, dirigidos a la eficacia de los derechos declarados en la medida en que después de fueran reconocidos fuese necesario positivarlos para garantizar su propia efectividad.

Por lo tanto, la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, y sus Enmiendas, intentaron limitar el poder del Estado a través de la separación de los poderes estatales y elaborando un numeroso catálogo de derechos humanos fundamentales. Las Constituciones Francesas de 1791 y 1793, respectivamente, establecieron nuevas formas de control estatal y regularon de forma más específica los derechos humanos fundamentales, consagrando la libertad, la igualdad, la propiedad, la presunción de inocencia, la amplia defensa y los derechos políticos, entre otros. Posteriormente, todavía en una perspectiva individualista, característica del siglo XIX, hay que destacar la Constitución Española de 1812, seguida de la Constitución Portuguesa de 1822 y de la Constitución Belga de 1831.

Con el advenimiento del siglo XX, las Cartas Constitucionales comenzaron a preocuparse por los derechos sociales que hasta entonces

⁶⁶ Sobre el proceso de positivación de los derechos fundamentales y su incorporación a los textos constitucionales, *vid.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, 2003, p.52-131.

no habían sido apenas objeto de atención, fruto del individualismo propio del Estado Liberal. Cabe destacar la regulación de los derechos sociales de la Constitución Mexicana, de 1917, y la regulación de la Constitución de Weimar, de 1919⁶⁷, así como en la Constitución española de la II República en 1931 inspirada en estos textos.

En relación a la normativización de los derechos en el ámbito nacional brasileño, cabe afirmar que todas las Constituciones brasileñas, excepto las dictatoriales como la de 1937, contemplaron declaraciones de los derechos del hombre. Incluso se ha llegado a afirmar que la Constitución del Imperio de 1824 fue la primera en el mundo en positivizar los derechos del hombre, dándoles concreción jurídica efectiva⁶⁸. De todas las Constituciones brasileñas, la Carta Magna de 1988 fue la que proporcionó la mejor sistematización de los derechos y garantías fundamentales, hasta el punto que inicia con el título “De los Principios Fundamentales”.

1.4 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Por regla general se ha venido considerando que los derechos de la personalidad se encuadran en la categoría de los derechos fundamentales. Por ello, conviene también analizarlos en el marco de la teoría de los derechos fundamentales. En una dimensión constitucional positiva de los derechos fundamentales se los configura como “derechos o libertades reconocidas en general a los hombres por razones de

⁶⁷ Al igual que se había contemplado en la Constitución Mexicana de 1917, en la Constitución de Weimar los derechos laborales y de la seguridad social fueron consagrados a nivel constitucional de derechos fundamentales (artículos 157 y siguientes.) Entre las numerosas conquistas de esta Carta, conviene destacar algunas: a) el artículo 162, que fue innovador, porque se anticipó en el tiempo al establecer padrones mínimos de regulación internacional del trabajo asalariado, teniendo en cuenta la creación, en la época aún incipiente, de un mercado internacional de trabajo; b) el artículo 163, que consagró el derecho al trabajo hasta entonces siempre negado por el sistema liberal-capitalista; c) en los artículos 165 y siguientes se instituyó la participación de los empleadores en la regulación estatal de la economía.

⁶⁸ Esta opinión es sustentada por SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 2005, p.156.

‘humanidad’”. Todo esto viene a confirmar el carácter *fundamental* de los derechos de la personalidad, que están presentes, taxativamente, en el artículo 5º de la Constitución de 1988 bajo el título “De los Derechos y Garantías Fundamentales”. No puede negarse la cualidad de fundamentales a todos los derechos que guardan relación con los aspectos inherentes de la persona humana, centro de referencia del orden constitucional.

Según Böckenförde⁶⁹, los derechos fundamentales actualmente se constituyen en “principios supremos del ordenamiento jurídico”, viniendo a transformar la estructura de las Constituciones y la posición y la función de la Justicia Constitucional. Esta acepción, aceptada a nivel global, ayudaría a confirmar la idea de que los derechos de cuarta generación son los relativos a la persona humana y, por ende, cabría incluir los derechos de la personalidad.

¿Hay un “derecho general de la personalidad”? o más bien, ¿existe una pluralidad de derechos de la personalidad? El jurista italiano Perlingieri⁷⁰ sostiene que la personalidad no es un derecho sino un valor – el valor fundamental del ordenamiento y, como tal, no puede ser fraccionado; debe ser analizado como problema unitario ya que la unidad del valor de la persona “no puede dividirse en tantos intereses o en tantos bienes dependiendo de las ocasiones”.

Las declaraciones de derechos estuvieron precedidas de varios hechos importantes⁷¹. No obstante, el valor que se da a la persona

⁶⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p.95.

⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.153 e ss.

⁷¹ El Código de Hamurabi, en el siglo. XVIII A.c., en Babilonia, a pesar de albergar las más violentas formas de castigos humanos como medio de castigo al transgresor de las normas de la época, reconocía algunos derechos como el derecho a la vida y el derecho a la propiedad. Asimismo, el Derecho Romano, a través de la Ley de las XII Tablas, influyó en la consagración de la libertad, de la propiedad y de la protección a los derechos del ciudadano.

humana encuentra su raíz en la doctrina cristiana, que concibe el hombre a imagen y semejanza de Dios. A Partir de la obra de San Agustín, el Cristianismo propagó el derecho natural como un derecho previo y superior al derecho de los hombres⁷². Un tanto contradictoriamente, la Iglesia consideraba el ser humano inferior al Estado y, aliándose al poder estatal, combatía toda forma de desacuerdo con respecto a las llamadas “verdades absolutas”.

Con la ascensión de la burguesía y la difusión de las ideas iluministas se empezó a creer en la existencia de derechos derivados de la propia naturaleza que no dependían de la autorización del Estado. Ya no era Dios el centro del universo sino el propio individuo. Estas ideas toman forma en el iusnaturalismo, que consagra la idea de igualdad y universalización del derecho, colocando al hombre como objeto de su doctrina. Los derechos individuales empiezan a ser considerados como derivados de la naturaleza humana, prohibiéndole al Estado que invada la esfera privada del individuo⁷³.

A partir de 1789, con la Revolución Francesa, surgieron diversos movimientos que pretendían garantizar derechos a los ciudadanos a costa del poder estatal. En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa, presentaba una concepción universal de los derechos del hombre, consagrando los principios de la libertad, de la igualdad, de la propiedad, de la legalidad y de las garantías individuales.

⁷² GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades: direitos individuais na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p.27.

⁷³ RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 221.

1.4.1 Derecho a la vida

El derecho a la vida es el derecho más elemental de todo ser humano ya que hace posible hablar de otros derechos. El derecho a la vida es esencial. Según Llaves⁷⁴:

Existe un conjunto de normas que pueden rastrearse en todas las legislaciones, si no de forma explícita, sí contenidas implícitamente y que son tan esenciales que no pueden concebirse separadas del propio concepto de civilización y de acatamiento a la persona humana. El respeto a la vida y a los demás derechos correlativos deriva de un deber absoluto, por su propia naturaleza, al que nadie puede desobedecer.

Cifuentes⁷⁵ prefiere denominarlo “el derecho de vivir”, del que a su vez el “derecho de nacer” es una de sus manifestaciones:

Hablar de un ‘derecho sobre la vida’ podría implicar la legitimidad del suicidio ya que denota un poder absoluto, como si la persona pudiera disponer sin límites sobre su vida. También se usó ‘derecho a la vida’ pero, como es innato, nos viene dado por el hecho del comienzo, no es apropiado dar a entender que se tiene un derecho a conseguir la vida. La vida se consigue u obtiene con automaticidad; es un acontecimiento natural. Hay otro aspecto. Se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacar; a la conservación de la vida y al disfrute de ella. El disfrute comporta, en el plano jurídico, la defensa.

Desde ese punto de vista usar la expresión ‘a la vida’ podría parecer correcto, pero no lo es, por clara e indicativa, ‘derecho de vivir’. Se ha pensado que este derecho, que se hace valer *erga omnes*, más que esencial es esencialísimo. El bien protegido por la norma es supremo, porque de él dependen todos los otros bienes. Yo diría, descartando distinciones o jerarquías, que se trata simplemente de un derecho personalísimo esencial, como lo son todos los personalísimos. La protección se efectúa en el plano constitucional, penal y civil, especialmente. Salvo alguna referencia obligada y

⁷⁴ CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*; Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1, p. 435.

⁷⁵ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2.ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p.180-182.

pasajera, me ceñiré al civil, porque en él se asienta por naturaleza propia todo derecho subjetivo privado.

Como apunta Bittar⁷⁶, el derecho a la vida ocupa una posición de primacía, como bien mayor en la esfera natural y también en la jurídica, precisamente porque todos los demás gravitan en torno al mismo como consecuencia de su existencia y son respetados. (Incluso, también aquellos otros derechos constituidos o adquiridos durante el curso de la vida, como el derecho a la honra, el derecho a la imagen y el derecho moral de autor, desafiando el vetusto axioma *mors omnia solvit*). Tal derecho se manifiesta desde la concepción, con la condición de que nazca un ser con vida, y permanece integrado en la persona hasta la muerte.

La relevancia de ese bien, en el ámbito jurídico, resulta patente. Basta ver el tratamiento que recibe en Constituciones que, como la brasileña, han proclamado como imperativo fundamental de la convivencia social la protección a la vida. Si inicialmente tenía un cuño individualista, al compás del avance de la doctrina ha ido irradiando su alcance hasta proyectarse la idea de dignidad en la propia calificación de la vida; baste observar los diversos programas asistenciales, bajo la responsabilidad del Estado – o de instituciones privadas – que han surgido en todo el mundo, como mecanismos de viabilidad de ese concepto.

Conviene partir de en qué consiste el derecho a la vida digna. Es preciso romper con la doctrina tradicional y entender la vida como un valor que demanda una actuación diferente del Estado para su plena realización⁷⁷. El Estado, para proteger la vida digna y situarla como centro

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

⁷⁷ Insistimos en la idea en la que hemos centrado toda la argumentación hasta aquí, como es la de que la vida humana es un valor. Sin embargo, al afirmar ese valor, se refuta que sea universal, absoluto o sagrado. Sería, tal vez, un valor *prima facie* que puede ser eludido, en algunos casos, por otros valores que se sobrepongan a él. Así,

de su protección, debe preocuparse por proporcionar las condiciones necesarias para que la vida de sus ciudadanos pueda realizarse plenamente. Para la consecución de este objetivo debe facilitar la realización de derechos que sean consubstanciales al derecho a la vida digna, tales como el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda y el derecho al empleo. El derecho a la vida no debe agotarse en el derecho a nacer, a mantenerse vivo y a luchar por dar continuidad a la vida. Por el contrario, se trata de crear posibilidades para que los ciudadanos realmente partan de una situación de igualdad que les permita que puedan aprovechar plenamente sus potenciales como persona humana. Cada individuo puede participar de este proceso de construcción de un derecho a la vida digna no sólo intentado impedir que el otro abdique de su propia vida o quite la vida ajena sino mediante un principio que está un tanto olvidado como es el de la solidaridad⁷⁸.

Bittar⁷⁹ incide en la relevancia del derecho a la integridad física, por el cual se protege la integridad del cuerpo y de la mente. Consiste en mantener la integridad física y la lucidez mental, oponiéndose a cualquier atentado que intente lesionarlas, como un derecho oponible a todos. Tal derecho acompaña el ser humano desde la concepción hasta la muerte,

como vamos a sostener a continuación, la indignidad o el dolor y el sufrimiento pueden sobreponerse al valor vida, por ejemplo, así como otros derechos fundamentales pueden hacerlo, cuando entran en conflicto con él. En cuanto al concepto de vida humana como valor *prima facie*, véase el artículo de CASAMIGLIA, Albert. "Sobre la eutanasia". *DOXA*, n. 14, 1993. Sobre las concepciones de la vida como un valor sagrado vid. DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1994. Cap. 3.

⁷⁸ En este momento, un lector crítico podría preguntarse sobre cómo compatibilizar el ideal de solidaridad, que presupone una ausencia de indiferencia con relación al ajeno, al diferente, con las posturas acerca de la relatividad del derecho a la vida. Ahora, creemos que estos valores no son excluyentes, ya que la inacción frente a determinados atentados a la vida no implica la no solidaridad para la persona humana, sino sólo la relativización de este derecho fundamental frente a otros derechos – tales como la libertad religiosa y la libertad de elección – o de la soberanía nacional, sin olvidar tampoco la cuestión concerniente a la titularidad del derecho a la vida. Se trata, en todo caso – y en ese se cree – de respetar diferencias, sean inherentes a la identidad personal (en el caso de la persona cuya opción religiosa no permite la transfusión de sangre) o a la identidad social (en el caso de las culturas africanas). El respeto a la diferencia – individual o social – que aquí se postula y no se agota en una idea vacía y extremada de tolerancia que redunde en la propia indiferencia.

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.76.

rebasando las barreras fisiológicas y ambientales para proteger tanto al recién nacido como al cuerpo sin vida (cadáver). Según el autor, el bien jurídico protegido es la integridad física e intelectual. Con este derecho se protegen las dotes naturales y las dotes las adquiridas por la persona, tanto físicas como mentales. Se condenan los atentados al físico, a la salud, y a la mente, rechazando, social y individualmente, lesiones causadas a la normalidad funcional del cuerpo humano, bajo las diversas perspectivas anatómica, fisiológica y mental.

Al ofrecer protección jurídica el Derecho pretende evitar a la persona el sufrimiento físico, el perjuicio a la salud o la perturbación de las facultades mentales, extendiéndose la sanción a los ámbitos penal y civil, a nivel universal, con mayor o menor amplitud en la tipificación. La integridad física es un bien reconocido en el ordenamiento constitucional, como uno de los presupuestos de la realización de los objetivos de la sociedad. En el texto de 1988 se ubica entre los derechos fundamentales, bajo formas que tienden a abolir excesos en el sistema represivo, con el repudio a la tortura, a las penas crueles y al trato inhumano o degradante (inciso III del artículo 5º). En el estatuto Penal y a la luz de los fines indicados, se tipifican figuras delictivas en las que existe daño o peligro a la salud corpórea o intelectual de la persona, dando lugar a varios delitos⁸⁰.

La valoración del daño a la integridad física mediante la lesión a la imagen o la honra de la persona, dependerá de la proporción en que el componente le sea esencial, principalmente para el ejercicio de su actividad (por ejemplo, el corte de cabello del artista que encuentra en el

⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.77. El delito central es el de las lesiones corporales, con acciones de agravio a la integridad corporal o a la salud de otros (Art. 129). Son exacerbadas las sanciones frente a la gravedad del resultado, como debilidad, deformidad, incapacidad para el trabajo y otras situaciones (§§ 1º y 2º), penalizando, también, la lesión seguida de muerte (§ 3º) y la lesión meramente culposa (§ 6º).

mismo su elemento identificador con el público, el vejatorio corte de barba contra el deseo del interesado, y otras posibilidades)⁸¹.

Bittar⁸² afirma que otro derecho que debe tomarse en consideración en la defensa de la personalidad humana es el que se le reconoce en cuanto cuerpo, en la medida en que es el instrumento por el cual la persona realiza su misión en el mundo fáctico. El cuerpo representa a la persona, la unión entre el elemento espiritual (alma) y el elemento material (cuerpo), y ejerce la función natural de permitirle la vida terrena: ello explica porque debe ser conservado en su integridad y protegido por el ordenamiento jurídico. En este derecho se integran las calificaciones propias de los derechos de la personalidad y se ve realzado por el carácter de derecho *ad vitam* de que se reviste, acompañando desde la formación a la extinción de la vida. Cabe configurarlo también como un derecho disponible pero bajo los límites impuestos por las connotaciones de orden público ya enunciadas.

La persona tiene el derecho de disponer de su propio cuerpo para las diferentes finalidades de la vida social normal, incluso para la satisfacción del placer ajeno, siempre que esas circunstancias no atenten contra la moral pública, lo que podría significar su inclusión en la esfera penal, pudiendo tener una calificación en alguno de los tipos penales (delitos contra las costumbres: artículos 213 y siguientes del Código Penal), en que se pone de manifiesto el rechazo a la explotación por otro. De ahí por que no sea delito la prostitución pero si la facilitación o el aprovechamiento por tercero.

⁸¹ Ibidem, p.81. Con relación a este derecho, junto a la represión penal, la sanción más eficaz se encuentra en el ámbito de la indemnización, con la que se realiza la acción de la jurisprudencia, que define los criterios seguros para la liquidación del daño, a la luz de las normas básicas del nuevo Código (arts. 949 y sucesivos).

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.83.

Bittar⁸³ presenta otro derecho físico de expresión, en función del desarrollo de las comunicaciones, que es el derecho a la voz, recientemente constitucionalizado. Se trata del derecho que incide sobre la emanación sonora natural de la persona, proveniente del aparato fonador y ejercitado en toda su evolución para adquirir, en la fase adulta, su conformación definitiva. El sonido, mediante tonalidades diferentes – a las que mediante técnicas adecuadas de entrenamiento, pueden ser mejoradas – acaba por adquirir contornos propios, susceptibles de individualizar la persona en el medio social.

El derecho a la voz presenta, entre sus características, la de la disponibilidad, ejerciendo el uso de la voz, por ejemplo, en el ámbito de la imagen, donde juega un papel cada vez más destacado dado el continuo progreso del sector de comunicaciones, incluida la publicidad. Actores y dobladores, con sus voces especiales, vienen siendo contratados para la traducción de películas, la adaptación de romances, la declamación de poemas y también de anuncios comerciales, en novelas, en teatro, en fin, en todos los medios posibles. Para esa utilización debe existir un contrato adecuado, de concesión o de permiso, que debe ajustarse a los principios y a los límites expuestos, quedando la circulación de la voz adscrita a los parámetros indicados, incluso en cuanto a la legislación especial sobre información⁸⁴.

Dantas⁸⁵ afirma que, en relación a la integridad corpórea, el Derecho Penal previene las lesiones leves o graves, y una serie de actos

⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.104.

⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993. El uso de la voz por parte de los artistas (actores, cantantes) profesionales en la interpretación de personajes o de músicas, o de dramas musicales, queda, a su vez, sujeto a la legislación de los derechos de autor, dentro de los derechos asociados (Ley en el 9.610, de 19.2.98, arts. 89 y segs.). Además, en cuanto a las creaciones expresadas por la voz, existe una ley propia que regula la profesión y el copyright de los organismos de radiodifusión (Ley 6.615, de 16/12/78, mantenida expresamente en vigor por el Art. 115 de la Ley de Propiedad Intelectual, Art. 17 cuyos contratos deben contener las disposiciones básicas previstas en la misma, Art. 12), que incluyen todas las categorías de titulares de derechos, entre los cuales se encuentran las de los actores de doblaje.

⁸⁵ DANTAS, I. (2001, p. 158) *apud* BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.106.

que pueden provocar la lesión del cuerpo o de la salud. El derecho a la integridad corpórea no debe ser interpretado en el sentido del cuerpo. El hombre no puede disponer de su integridad corpórea, no puede someterse a mutilaciones porque no dispone del cuerpo; tiene derecho a la integridad corpórea pero no del derecho al cuerpo.

Como advierte Diniz⁸⁶, por un lado se protege la integridad física, es decir, los derechos sobre el propio cuerpo vivo o muerto, defendiéndolo contra el poder de su disposición, salvo si se hace gratuitamente para fines científicos o terapéuticos y siempre que no lesione en vida al donador y no ofenda las buenas costumbres. Pero también se protege la inviolabilidad del cuerpo humano pues nadie puede ser obligado a someterse, con riesgo de vida, a tratamiento médico o intervención quirúrgica (artículo 15 del Código Civil). De ahí la importancia de la información detallada sobre su estado de salud y el tratamiento que deba seguirse para que pueda dar o no su consentimiento libre e informado. Si no puede dar su consentimiento, se deberá de recabar y solicitar a su representante legal o a alguno de sus familiares, para que tome una decisión sobre la terapia que se deberá de proporcionar al paciente.

1.4.2 Protección de la integridad moral

Los derechos a la integridad moral comprenden el derecho a la imagen y el derecho al recato. La imagen de una persona no puede ser expuesta sin su consentimiento salvo si así lo justifica su notoriedad, como consecuencia del cargo que desempeñe, las exigencias de la política o de justicia, finalidades científicas o cuando la reproducción de la

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V.2.

imagen haya sido tomada en lugares públicos o se trate de hechos de interés público⁸⁷.

Como apunta Salvo Venosa⁸⁸, la imagen de la persona es una de las principales proyecciones de su personalidad y atributo fundamental de los derechos denominados como personalísimos. El uso indebido de la imagen deriva de hecho en situaciones de perjuicio y punición. Sin embargo, en cada situación es preciso valorar si ha habido abuso en la divulgación de la imagen. En este sentido hay que interpretar la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro⁸⁹:

Es incuestionable el derecho de la persona, puesto que se refiere a la personalidad, al derecho de no revelar y divulgar la propia imagen, por fines lucrativos. Caso en el que la autora, en una calle pública, se vio envuelta en una escena embarazosa y que, además de solicitar y desautorizar que fuera reproducida en un programa de

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.127. El derecho en cuestión encuentra su base en las Constituciones de los países extranjeros civilizados, a partir de lo establecido en las Convenciones Internacionales. En la Carta de 1988 se halla contemplado expresamente dentro de los derechos fundamentales, en que se asegura la protección para las creaciones industriales (art. 5º, Inc. XXIX) para el desarrollo tecnológico y económico y se destaca, con respeto al derecho a la información, el sigilo imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado. A nivel ordinario, en los ámbitos penal, civil y administrativo, puede encontrarse reacciones a violaciones del derecho de difusión. En el ámbito penal están tipificados los delitos de: divulgación de secreto (art. 153), incluso documental; violación del secreto profesional (art. 154), así como acto de competencia desleal (art. 196, con la figura de la violación del secreto de fábrica o de negocio, Inc. X11) y actos contrarios a la administración pública (secreto funcional, art. 325, practicado por subordinado y violación de secreto de propuesta de competencia, art. 326). En el ámbito civil, en diversas áreas, puede haber sanción por prácticas contrarias al derecho en cuestión, como en la de la responsabilidad civil -en que la materia asume mayor dimensión- pero también en el ámbito de los derechos de autor (cuando en el "know-how" se incluye la forma literaria, artística o científica); en el ámbito de los derechos industriales (en el área específica de la competencia desleal y, en cuanto a técnicas de origen externo, las sanciones son fijadas con respecto a contratos de transferencia de tecnología). Se aplica, también, con respecto a los secretos industriales, la teoría del pre-uso, que garantiza la protección jurídica al titular que primero se haya valido de técnicas después de ser utilizadas por otros. Por último, en la línea de importancia del secreto, hay que apuntar la defensa desde su inviolabilidad hasta el ámbito procesal, en que el testigo goza del derecho a ser eximido siempre que su conocimiento del hecho derive de su profesión, o de oficio (CPP, art. 207, e CPC, art. 406, II).

⁸⁸ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. V. I.

⁸⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. Ação cautelar nº 987/2000-1U. Relator: Des. Jayro dos Santos Ferreira. Rio de Janeiro, 4 de abril de 2000.

televisión, la emisora emitió la grabación de todos modos y que, según alega la autora, les causó situaciones embarazosas y consecuencias negativas para el medio social en el que vive.

Según Salvo Venosa⁹⁰:

Hay aspectos objetivos y subjetivos en este campo que deben analizarse. La exposición de la desnudez es tolerada en nuestro país, por ejemplo, en un desfile carnavalesco, pero no lo será en otras situaciones. No hay abuso y no debe herir la susceptibilidad, por ejemplo, la divulgación de imagen de alguien por la prensa, con mera naturaleza periodística. Esa misma divulgación puede ser perjudicial, por ejemplo, si se trata de persona protegida por el programa de asistencia a víctimas y a testigos amenazados (Ley n° 9.807/99), pudiendo generar el derecho a la indemnización si el divulgador era consciente del hecho. Asimismo, es abusiva objetivamente la divulgación de imagen de la persona en su vida íntima, en el recóndito de su hogar.

Sin embargo, la divulgación de la imagen puede atender a interés de la administración de la Justicia y al mantenimiento del orden público. Siendo así, no puede rebelarse contra la divulgación de su imagen el individuo condenado criminalmente, pernicioso a la sociedad y que figure en los carteles de “se busca” o en programas televisivos⁹¹.

Para Bittar⁹², el derecho a la imagen presenta ciertas afinidades con otros derechos de orden personalísima. Así, para delimitar los respectivos contornos, conviene separar ese derecho de otros a los que se aproxima, en función de los diversos efectos que pueda implicar su calificación y de los conflictos que en la práctica se puedan producir. Así, la persona, en función de su forma plástica, tiene derecho a la imagen. Un derecho cercano al de autor (es decir, el derecho de interpretación) es

⁹⁰ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Op. cit.*, 2002, p.154-155.

⁹¹ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Op. cit.*, 2002, p.155. En cada caso de estas hipótesis, en cuanto a la indemnización, debe evaluarse si la divulgación afectó al honor, la buena fama o la respetabilidad de la persona implicada. Si la manifestación tuvo finalidades comerciales, se manifiesta directamente el deber de indemnizar. Sin embargo, no siempre la protección de la imagen de la persona y los derechos de la personalidad correlativos implicarán el deber de indemnizar.

⁹² BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.97.

cuando se caracteriza a la persona en la representación de un determinado personaje (como un actor o un humorista en cuanto vive un papel). Ambos no se confunden con el derecho de autor propiamente dicho, que incide sobre la obra intelectual, estética, de cuño literario, artístico o científico (como en la fotografía, en la pintura, en la cinematografía, en la obra publicitaria). En este sentido:

En la hipótesis de conflicto entre estos derechos, tienen superioridad los de personalidad – ya que orientados directamente hacia la propia persona – principio este afirmado en nuestra legislación, desde el Código Civil de 1916 (Art. 666, X) a la ley de derechos de autor (Art. 46, 1, c), y teniendo como ejemplo el derecho comparado (ley italiana de derechos de autor, Art. 96) (permitiendo al retratado que se oponga a la divulgación de la fotografía, con lo que se elude el correspondiente ejercicio de los derechos de autor).

En la divulgación de la imagen, se prohíbe cualquier acción que conlleve lesión al honor, a la reputación, al decoro (o la llamada 'imagen moral', o "conceptual"), a la intimidad y a otros valores de la persona (uso torpe), verificándose, en este caso, un atentado contra los aspectos correspondientes (y no violación del derecho de imagen, que será el medio para conseguir el fin pretendido).

No se permiten, por tanto, ninguna de las operaciones que dan lugar al sacrificio de estos valores, que recibirán una sanción según el bien violado y en función de los niveles posibles: como en la inserción de foto en revistas de sexo o de pornografía; en la ilustración de textos indecorosos; en la realización de montajes, de añadidos o de cortes en aspectos de la imagen; en deformaciones de la figura estampada, en fin, en todas las acciones contrarias a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, pudiendo referirse a un atentado material (truco fotográfico, con el cambio de caracteres) o intelectual (insinuación de ciertas poses de la persona en noticias o contexto tendencioso, en que se conjugan otras violaciones: al honor, al derecho de autor) (desnaturalización de la imagen y desnaturalización de la personalidad).

La prohibición se extiende a todos los usos de esta violación, realizados antes o después de fijar la imagen, no permitiéndose modificación, en cualquier medio o soporte posible (como películas, películas de video, videodisco), dentro de las infinitas posibilidades de reproducción y de representación compatibles (revistas, prensa, ordenador, televisión, teatro, cine). Además, en

este contexto, ha crecido paulatinamente el universo de utilizaciones posibles de imágenes, frente a la continua inclusión de nuevos mecanismos que la tecnología de comunicaciones va desarrollando (como el uso del ordenador como instrumento de reproducción; el uso de satélites y muchos otros).

La captura de imágenes se puede realizar en cualquier local público o privado, y en aquellos en los que hay una persona prominente o algún aspecto que la distinga, no se puede usar la imagen sin el consentimiento de la persona interesada, respetando las limitaciones que se le imponen.

Según Diniz⁹³, el derecho de interpretación –es decir, el de actor en una representación de cierto personaje – puede estar vinculado al derecho a la imagen, a la voz y al derecho de autor. El autor de obra intelectual puede divulgarla por presentación pública cuando la obra sea representada dramáticamente, ejecutada, exhibida, proyectada en cinta cinematográfica, transmitida por radiodifusión etc., y es en este ámbito donde se sitúa el contrato de representación y ejecución, de contenido complejo por referirse no solamente al desempeño personal, sino también a la actuación por medios mecánicos y electrónicos de los diferentes géneros de producción intelectual, susceptibles de comunicación audiovisual.

En la representación pública se transmiten imágenes para difundir la obra literaria, musical o artística, que deberá ser tutelada jurídicamente junto con los derechos de autor. Los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes son conexos a los de los escritores, pintores, compositores, escultores, etc.; por tanto, pueden impedir la utilización indebida de sus interpretaciones, así como de sus imágenes. Esta cobertura puede aplicarse también a la divulgación de escritos, grabaciones de voz u otras manifestaciones que la tecnología permite configurar ya que la protección de los derechos intelectuales son susceptibles de derecho a la indemnización, y más aún si se utilizan con fines comerciales.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2007.

La notoriedad lleva aparejada un precio social. Sin embargo, debe establecerse un límite en el cual se proteja la vida íntima de las personas que tengan una presencia pública o que tengan una relevancia social. En el derecho matrimonial, en ese mismo campo de la personalidad, el legislador tutela la protección de la intimidad del matrimonio, mediante el artículo 1.513: “Queda prohibido a cualquier persona, de derecho público o privado, interferir en la comunión de vida constituida por la familia”.

El derecho al honor protege el individuo contra intrusiones de otros en la esfera personalísima que le está reservada. El derecho al honor no es ilimitado sino que debe definirse en función de la naturaleza del caso y la condición de la persona. Tomando en consideración los ataques modernos, debe primar la preservación de la intimidad. No se puede permitir que la tecnología y los medios de comunicación interfieran en el derecho a la intimidad, derecho de estar sólo o solamente en la compañía de los que son próximos y queridos.

Como apunta Salvo Venosa⁹⁴:

Las fotos y las imágenes tomadas a escondidas, de las personas dentro de su hogar, en actividades esencialmente privadas, son un ejemplo de esta invasión de privacidad que debe ser frenada y puede generar el derecho a indemnización. La privacidad de cada uno no debería ser de interés para los demás. Tanto más será perjudicial para la actividad cuanto más prestigiosa y conocida socialmente sea la víctima; pero todos, independientemente de su nivel de proyección social o cultural, gozan de protección.

Bittar⁹⁵ presenta algunos casos de limitaciones al derecho de la intimidad, entre los que destacamos:

Deben de existir limitaciones para el derecho a la intimidad, en razón de intereses varios de la colectividad y por el desarrollo creciente de actividades estatales, que la doctrina apunta, es decir: exigencias de orden

⁹⁴ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Op. cit.*, 2002, p. 156.

⁹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.98-99.

histórico, científico, cultural o artístico: exigencias de naturaleza judicial o policial, incluso con el uso de aparatos tecnológicos de detección de hechos; exigencias de orden tributario o económico; exigencias de información, por la constitución de bancos, empresas, o centros, públicos o privados, de datos, de interés de negocio, y de agencias de divulgación comercial (de elementos de naturaleza patrimonial); exigencias de salud pública y de carácter médico-profesional y otras. Hay que tener presente, al respecto, la primacía del interés colectivo sobre el particular; cabe verificar, en cada caso, el alcance respectivo con el fin de no sacrificar indebidamente a la persona y, con ello, permitirle la reacción jurídica compatible.

En el orden de ideas citadas, la persona puede, por ejemplo, mediante orden legal de la autoridad competente (juez) ser objeto de vergüenza en su domicilio; puede ser capturado como un delincuente *in fraganti*, donde sea que esté prófugo; se puede perpetuar la persecución judicial, en el juicio propio, por las correspondientes acciones, por otra persona interesada y así sucesivamente. También es posible la divulgación de hechos extraordinarios que involucran a una persona, de interés científico, histórico, artístico, como por ejemplo, el descubrimiento de una sustancia, lo que afecta a los intereses de la colectividad; una premio; un hecho natural inusual; la redacción de la biografía de una persona famosa (respetando, siempre, los límites necesarios para la satisfacción del interés protegido: así, la noticia del hecho no debe afectar a otro componente de la intimidad no relacionado; por ejemplo, en la biografía no pueden aportarse narraciones de hechos reservados, ni permitir bajo ocultación la identificación de una persona con una interpuesta figura romanceada. En este orden de ideas, incluso en el desarrollo del proceso judicial, se deben mantener en secreto las cuestiones que afecten a aspectos de la intimidad personal, precisamente en función del debido respeto en cuestión, no permitiendo, por tanto, el acceso de extraños a los autos.

Según Dantas⁹⁶, la integridad moral constituye otro objeto de la personalidad protegido penal y civilmente. Civilmente siempre que la injuria, la honra y la buena fama tengan repercusión patrimonial.

⁹⁶ DANTAS, I. *apud* BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993.

1.4.3 Derecho al respeto

Conforme Bittar⁹⁷, el respeto es un factor preponderante de la personalidad moral que merece protección jurídica, en la conservación de la buena relación necesaria para la coexistencia en la sociedad. Integrante de la tabla básica de valores morales, procura preservar de posibles invasiones a la dignidad y al decoro de la persona.

Los conceptos que constituyen el núcleo del derecho, dejando a un lado el de la honra, son: la dignidad, el sentimiento de valor moral, u honorabilidad (que repele el epíteto descalificador en cuanto a la salud moral de la persona), y el decoro, sentimiento o conciencia de la propia respetabilidad (que repugna el atributivo despreciativo, de orden psíquico o físico) (con los epítetos de ‘canalla’, ‘animal’, en el primer caso, e ‘ignorante’, ‘burro’, en el segundo). En consonancia con el derecho en causa, la persona debe abstenerse de pronunciar palabras, gestos, sonidos o mímicas que puedan ofender a otro en su pudor, a fin de no crear conflictos en las relaciones que la paz social prescribe. Constituye pues una violación a ese derecho la atribución genérica de calificativos deprimentes o que constriñen, reprobados por el ordenamiento jurídico en favor de la tranquilidad social.

Conforme apunta Bittar⁹⁸:

En otras palabras, se produce la manifestación de la opinión personal despectiva hacia otros, con palabras o gestos ultrajantes, bastando que la persona herida, si no es golpeada directamente, pueda darse cuenta de la acción ilícita (basta, por tanto, la percepción para la caracterización de la falta de respeto). El atentado también puede vulnerar el honor objetivo del herido, pero este hecho no es esencial para la configuración de la ofensa (nombre genérico dado a los atentados).

⁹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2003.

⁹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.140.

El bien jurídico protegido es el concepto personal (complejo valorativo individual), comprendiendo la dignidad (sentimiento de las propias cualidades morales) y el decoro (conciencia de la propia respetabilidad social). La ofensa se dirige directamente a la persona (el ser en su círculo personal), reflejándose sólo en el ofendido, que sufre disminución persona, constreñimiento o depresión (con las consecuencias propias).

La ofensa, que se basa en el principio ético de respeto que cada uno debe tener hacia su semejante, ocupa por lo tanto la posición particular dentro del conjunto protector del honor, para volver a su fase personal o subjetiva (dado que es indiferente su reflejo en la sociedad para su implementación).

El principio del respeto es uno de los elementos del sistema jurídico general; se apoya en la ley natural. Implica la condena a cualquier agresión moral sobre los demás, pudiendo producirse la injuria por diversos medios, incluso mediante carta difamatoria (Art. 140), de las que son excepciones, entre otras, la presentada en los tribunales, así como la crítica literaria, artística o científica, salvo que se realice con el propósito de herir la moral de los demás. En el ámbito civil, en diversas modalidades se enfrenta a menudo con el principio de las relaciones conyugales; familiares, la sucesión; y los negocios (que impone la suavidad de los particulares en su interacción).

Junto a los instrumentos normales de reacción de la teoría en cuestión, hay medidas específicas en el plan civil, como la de la separación conyugal; de divorcio; de desheredar; de exclusión de la herencia; de ruina de las empresas; separación de relación societaria y otras, en que la injuria se encuentra en el centro de la motivación correspondiente⁹⁹.

1.4.4 Derecho a la libertad

Como expone Dantas¹⁰⁰, otro derecho de la personalidad es el derecho a la libertad. Si la libertad del hombre es la facultad de hacer lo que su voluntad pide, no siempre está condicionada por lo que la norma

⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.149.

¹⁰⁰ DANTAS, I. *apud* BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p.151-152.

jurídica establece. Hay ciertos casos en que el hombre actúa libremente pero respetando los mandatos jurídicos; otras veces, no. Su libertad se explica en aquella esfera que se llama 'la esfera da licitud'. Son cosas lícitas, no son ordenadas por la ley y la libertad toma varios nombres, según el sentido en que se emplee: libertad de pensamiento, libertad de comunicación, libertad de ir y venir, libertad de petición, que es la libertad de pedir lo que se quisiera, libertad de trabajo, libertad de practicar cualesquiera actos jurídicos tales como contrato, casamiento, testamento etc., libertad sexual.

Para el autor, la libertad sexual es entendida en el sentido de que cada uno dispone de su sexo y puede hacer lo que quiera con tal de que en esa actividad no comprometa la libertad sexual de otro. La corrupción de menores, por ejemplo, es un acto que viola la libertad sexual, no la del corruptor sino la libertad sexual del corrupto; por eso el desfloramiento con engaño, fraude o seducción viola la libertad sexual de aquél que es seducido, engañado o inducido por el fraude y su naturaleza es un crimen de libertad sexual. Todos pueden disponer de la libertad sexual, pudiendo escoger matrimonio o celibato.

1.4.5 Derecho a la identidad

Bittar¹⁰¹ trata del derecho a la identidad y afirma que constituye el núcleo de la relación entre el individuo y la sociedad en general. El nombre y otras señales identificadores de la persona son los elementos básicos de asociación de que dispone el público en general para sus relaciones normales en los diversos núcleos posibles: familiar, sucesorio, de negocio, comercial y otros.

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993.

Cumple, además, dos funciones esenciales: la de permitir la individualización de la persona y la de evitar confusión con otra. Posibilita que la persona sea inmediatamente recordada, incluso en su ausencia y en largas distancias. Siendo así, la imagen y la voz también cumplen, al igual que otros caracteres personales, el objetivo propuesto, en un ámbito más restrictivo, exigiendo la previa fijación y mayor esfuerzo asociativo; pero en cualquier caso, ponen de manifiesto la estrecha vinculación de los derechos de la personalidad ya explicados.

Son elementos de identificación y facilitan la localización de la persona, en si o en la familia, posibilitando la percepción de su estado o de su condición, tanto personal cuanto patrimonial. De la misma forma, en el mundo de los negocios aseguran la inmediata individualización de la empresa ante sus consumidores y el público en general.

1.4.5.1 Protección del nombre

La identidad surge en el contexto social como forma de individualización de la persona humana y como forma de seguridad de los negocios y de la convivencia familiar y social; interesando no sólo a la persona sino también al Estado y a terceros. Como apunta Gonçalves¹⁰², los principales elementos de individualización de la persona humana natural son: el nombre (elemento de identificación en la sociedad), el estado (indica la posición de la persona en la familia y en la sociedad política) y el domicilio (su sede jurídica).

El nombre es la identificación de la persona natural, siendo exigido en su interés y en el de la sociedad. Las normas relativas al nombre son de orden público. El registro constituye la prueba del nombre, que posee

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Parte geral. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.120.

como fuente la Ley. El nombre se compone de nombre patronímico y prenombre.

La naturaleza del derecho al nombre es explicada por tres teorías: 1ª la de la propiedad; 2ª, la del estado; 3ª, la del atributo de la personalidad. La primera teoría está abandonada pues el derecho de propiedad es totalmente patrimonial, en cuanto el derecho al nombre es extrapatrimonial. Nadie puede alienar el nombre, o abandonarlo, o renunciar al mismo. No comprende el *jus abutendi*, que es una de las facultades elementales del dominio¹⁰³.

Los adeptos de la teoría del Estado creen que el nombre es un hecho protegido por el orden jurídico. El nombre sería una señal distintiva y exterior al Estado, de modo que toda cuestión que le afecta es una cuestión de Estado. Tal explicación no satisface, teniendo en cuenta que existe la posibilidad de mudanza del nombre.

A nivel personal, el nombre está formado por el patronímico, el apellido de la familia o incluso, el apellido (lo que significa que es el núcleo al cual pertenece el individuo); el primer nombre (el nombre propiamente dicho de la persona); el seudónimo (nombre ficticio convencional, en virtud del cual la persona oculta su identidad para fines artísticos, literarios, políticos, deportivos); y el apodo (o, en el lenguaje común, el nombre dado por un tercero, que incluye algún aspecto o faceta

¹⁰³ En este sentido, Bittar (*op. cit.*, 1993, p.136) afirma que entre las características del nombre civil, al igual que las características comunes de los derechos de la personalidad, cabe destacar: la inestimabilidad (no se puede evaluar económicamente, no es negociable); obligatoriedad (uso necesario e incluso contra la voluntad del titular); irrenunciabilidad (no puede ser eliminada por parte del titular); oponibilidad a terceros y a la familia (frente a un trazo vinculativo, que permite al interesado exigir el respeto de la familia y también por parte de los extraños). Se permiten algunas modulaciones de estos elementos, en particular con respecto a la posibilidad de elección y de los cambios en su tenor literal (por ejemplo, la mujer casada; el hijo; la persona con nombre exótico), ya que el matrimonio, la adopción, la relación concubina y la sentencia en la acción propia (como la de rectificación o de agregación de nombre) ejerce una influencia decisiva en la materia (de esta manera, la mujer puede adoptar el nombre de su marido; la concubina puede solicitar la adopción del patronímico del compañero; el hijo adoptivo puede tener el nombre de los adoptantes).

especial de ser). También están protegidos los títulos de identificación y honoríficos (como los títulos académicos, profesionales y de nobleza) y los signos figurativos (como el sello con las iniciales de la persona, y el escudo con los símbolos y los colores de la familia). También añadiría el nombre artístico (adoptado en el ámbito de las artes, según la composición) que, por su expresión, también merece una protección especial, reconocida en la jurisprudencia (como en RT 600/69).

Así, el derecho al nombre alcanza el uso en todas las circunstancias, en actos privados o públicos, con la exclusividad por parte del titular (que impone la abstención a terceros de usarlo). En el uso diario puede presentarse en su forma completa o abreviadamente, para efecto de firma. Con respecto a accesorios y frente a la respectiva naturaleza, se acepta la negociación bajo ciertas condiciones (como en cuanto al pseudónimo); la donación y la transmisión por muerte también son posibles en ese campo.

Una cuestión que ha provocado discusiones en la práctica es la relativa a la homonimia. El interesado puede adoptar medidas tendentes a la eliminación cuando le resulte perjudicial la preservación del nombre (coincidencia con persona de mala fama, por lo que se acogería a la modificación del propio). Son comunes también conflictos que implican el nombre del interesado y que acaban afectando a otros derechos de la personalidad (como en la confusión derivada de adopción de nombre de persona en novela de ficción, en los atentados a la honra, en la conexión con el uso indebido de la imagen).

En definitiva, la existencia de los derechos fundamentales fue paulatinamente conquistada por el hombre, derivando de una serie de preceptos de orden ideológico y del propio antagonismo de la historia de la humanidad.

Seguidamente, vamos a ocuparnos de la caracterización de los derechos de la personalidad.

CAPÍTULO II

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad tienen una especial relevancia entre los diversos derechos elencados entre los derechos fundamentales. Su característica principal es radica en que su esencia se dirige a la satisfacción de las necesidades de las personas. De ahí su relación tan directa con el principio de dignidad humana, como veremos más adelante.

Para una exposición más ordenada del tema iniciaremos con una descripción histórica para seguir con su concepto, clasificación y ubicación tanto en las constituciones brasileñas como en el Código Civil.

Con el ánimo de ubicar históricamente la evolución de la sociedad y facilitar el estudio de la persona humana (natural), conviene recordar que desde los tiempos más remotos el ser humano ha intentado vivir de forma digna y en igualdad con sus semejantes: Sin embargo la sociedad receptora no siempre ha sido consciente de la necesidad de protección y valorización de la persona humana, ya que en las civilizaciones antiguas no existía ningún concepto relativo a los derechos de personalidad ni tampoco se conceptuaba la persona como se hace hoy en día.

La sociedad se organizaba de forma primitiva, sin jerarquía política y sin opresión social, y todos disfrutaban de los mismos bienes al no existir una apropiación privada. Sin embargo, desde el momento en que tiene lugar la aparición de la propiedad privada, surgió también una forma social de subordinación y opresión en la medida en que el titular de la

propiedad empezó a imponer su dominio y a dominar a todos los que se relacionaban con la cosa privada¹⁰⁴.

Por lo tanto, los antiguos Códigos Civiles trataban sólo de regular las relaciones que tuvieran una repercusión patrimonial. Como consecuencia natural de los fundamentos ideológicos del Derecho Privado liberal, todo lo que escapaba de la órbita patrimonial no interesaba al Derecho Privado.

Para la filosofía griega, el individuo no era más que un mero animal político o social que, por su pertenencia al Estado, poseía un íntimo vínculo con el cosmos y con la naturaleza. En este sentido, algunos autores afirman que la construcción de la idea de persona y la consecuente tutela de la personalidad tuvieron su inicio en la Antigua Grecia, con la concepción del *hybris*, que significa exceso e injusticia, por justificar una sanción penal. El Derecho Romano también tutelaba la personalidad a través de la *actio injuriarum*, que era concedida por el pretor a la víctima del delito de injuria. Este delito consistía, *lato sensu*, en un acto contrario al derecho y *stricto sensu*, en agresión física, ultraje y difamación. Por su parte, la Constitución inglesa de 1215 reconoció los derechos básicos de la persona como por ejemplo, la libertad.

En la Roma Antigua el individuo no era considerado sujeto de derechos ya que el sujeto por excelencia era el padre de familia, capaz de detentar la propiedad, realizar negocios y proteger la unidad productiva familiar¹⁰⁵. El término persona deriva de las máscaras utilizadas por los actores en las tragedias, y empezó a designar el sujeto de derecho en las relaciones jurídicas; tal accesorio era comúnmente usado por los actores en sus representaciones teatrales para dar eco a la voz y propagar el sonido claramente a la platea. Esta máscara evocaba siempre el papel

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.150.

¹⁰⁵ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.60.

desempeñado por el actor y, curiosamente, tuvo su sentido transformado, convirtiéndose en expresión de la actuación de cada individuo en el contexto jurídico¹⁰⁶.

En la Edad Media, con la influencia del Cristianismo, hubo una gran discusión conceptual con respecto a la identidad de Jesús Cristo. Los doctos de la Iglesia Católica recurrieron a los conceptos estoicos de *hypóstasis* y *prósopon* para presentar la naturaleza humana y divina de Cristo. La filosofía estoica apuntaba a la noción de unidad moral del ser humano y afirmaba la dignidad eminente del hombre puesto que, siendo el hombre hijo del Creador del Universo, detentaba derechos innatos. Estos estudios fueron el punto de partida para la elaboración del concepto de persona de Boecio, en el inicio del siglo IV¹⁰⁷.

A partir de la influencia del pensamiento de Boecio en el pensamiento medieval, surgió la clásica definición de que la persona es un ser compuesto de sustancia espiritual y corporal; es decir, comenzó a ser considerada la sustancia del individuo, impulsando la elaboración del principio de igualdad esencial de todo ser humano, formando así el núcleo del concepto universal de derechos humanos¹⁰⁸. En efecto, de aquí que parte el actual concepto de que “el objeto de los derechos de personalidad es en realidad ‘los modos de ser físicos o morales de la persona’; es decir, los bienes más esenciales del ser humano¹⁰⁹”.

A partir de la filosofía de Kant, entramos en otra fase en la elaboración del concepto de persona ya que señalaba que cada ser humano en su individualidad es insustituible. Además, todo hombre posee

¹⁰⁶ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.61.

¹⁰⁷ KONDER COMPARATO, Fábio. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.18.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ PEREIRA DE FARIAS, Edílson. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: SAFe (Sergio Antonio Fabris editor), 1996, p.107.

dignidad y no un precio. La dignidad era resultado de que, por la voluntad racional, al mismo tiempo en que la persona se somete a las leyes también es fuente de esas mismas leyes¹¹⁰.

Kant sostenía una oposición ética entre cosas y personas, teniendo como presupuesto la no cosificación del ser humano; ello le llevó a condenar varias prácticas que atentaban contra la dignidad humana. La esclavitud es uno de los mayores ejemplos de esta transgresión y perduró durante siglos, habiendo sido abolida sólo en el siglo XX, como es notorio.

El pensamiento Kantiano venía a preconizar una nueva etapa de conceptualización de la persona, sustentada en valores y fundamentos éticos. El ser humano comenzó a ser visto como el único ser capaz de dirigir su vida en función de preferencias de valoración a la vez que es racional y posee voluntad propia. Es en esta fase cuando los derechos humanos se convirtieron en los valores más importantes de la convivencia humana en la sociedad¹¹¹.

Posteriormente, con el pensamiento existencialista del siglo XX, se dio inicio a la última etapa en la elaboración del concepto de persona. Se afirmaba que cada individuo poseía una identidad inconfundible y singular; es decir, la unicidad de la persona humana, siguiendo a Konder Comparato¹¹²:

Reaccionando contra la creciente despersonalización del hombre en el mundo contemporáneo, como reflejo de la mecanización y burocratización de la vida en sociedad, la reflexión filosófica de la primera mitad del siglo XX acentuó el carácter único y, por eso incluso, inigualable e irreplicable de la personalidad individual. Confirmando la visión de la filosofía estoica, se reconoció que la esencia de la personalidad humana no se confunde con la función o el papel que cada cual ejerce en la vida. La persona no es un personaje. La llamada calificación personal (estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio)

¹¹⁰ KONDER COMPARATO, Fábio. *Op. cit.*, 2001.

¹¹¹ *Ibidem*, p.26.

¹¹² *Idem*, p.26-27.

es una mera exterioridad, que nada apunta de la esencia propia del individuo. Cada cual posee una identidad singular, inconfundible con la del otro cualquiera. Por eso, nadie puede experimentar, existencialmente, la vida o muerte de otros: son realidades únicas e insustituibles.

Además de afirmar la unicidad de la persona humana, el pensamiento filosófico presente en esta etapa contemporánea de conceptualización pone de manifiesto a la persona como un ser en continua transformación, a la vez que la personalidad se va encuadrando mediante los valores, creencias y prejuicios que la sociedad va sumando a lo largo de su evolución. Por ello, el ser humano es inacabado, incompleto y evolutivo¹¹³.

Sin embargo, es en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando empiezan a mencionarse los derechos de la personalidad, ya que con el fin de la Segunda Guerra Mundial las personas comenzaron a tener conciencia de la importancia de la dignidad humana ante las agresiones sufridas de los gobiernos autoritarios de la época. Concretamente, en su artículo 12 establece que “nadie será sujeto a interferencias en su vida privada, en su familia, en su hogar o su correspondencia, ni ataques a su honor y reputación. Todo hombre tiene derecho a la protección de la ley contra interferencias o ataques”. En términos similares, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1996, “prohíbe las ingerencias ilegales, no sólo las arbitrarias, implicando, así, el poder político en la reserva de la intimidad”¹¹⁴.

No haremos mención aquí a las formas protectoras de los derechos de personalidad en Brasil, puesto que este tema constituye uno de los puntos concretos que veremos más adelante. Sabemos que la delimitación de tales derechos es reciente y que, en un primer momento, sólo tenían eficacia en el plano privado, y sólo más tarde pasaron al

¹¹³ KONDER COMPARATO, Fábio. *Op. cit.*, 2001, p.29.

¹¹⁴ STOFFEL, Roque. *A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000, p.14.

ámbito constitucional. Pero es en este último nivel donde adquieren un estatus e importancia, como veremos más adelante.

La aparición de los derechos de personalidad tuvo su fase inicial de forma muy confusa; no siempre eran acogidos en el Derecho Civil y en el Derecho Constitucional, y sólo con este último se llegó a comprender la urgencia de proteger los derechos de la persona humana.

Las transformaciones ideológicas y los avances de la sociedad contribuyen a la evolución del sujeto e impulsan la búsqueda por la igualdad y la dignidad de la persona. Con relación a los derechos de la personalidad, se puede decir que reciben diferentes sesgos, como veremos adelante en su clasificación, teniendo en cuenta que las ideologías humanas están en constante evolución y la habitual quiebra de paradigmas renueva e innova los valores sociales.

Conviene destacar la tutela de los derechos de La personalidad en las épocas a las que nos hemos referido anteriormente. Stolze Gagliano y Pamplona Filho¹¹⁵ destacan tres momentos históricos fundamentales para el desarrollo de la teoría de estos derechos:

- a) La aparición del Cristianismo, en que se resalta la idea de dignidad del hombre como hijo de Dios, reconociendo la existencia de vínculo interior y superior, por encima de las circunstancias políticas que determinaban en Roma los requisitos para el concepto de persona (*status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*).
- b) La Escuela del Derecho Natural, que asentó la concepción de derechos innatos al ser humano, correspondientes a su propia naturaleza, y unidos a ella de forma absoluta y preexistente al reconocimiento estatal.
- c) La filosofía iluminista, que realzó la valorización del individuo con respecto al Estado.

¹¹⁵ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1, p.148.

En el mismo sentido, antes de tratar específicamente la conceptualización y las características de los derechos de personalidad, es preciso delimitar la concepción de la persona natural de hoy en día.

Como hemos indicado, la evolución social conlleva un constante perfeccionamiento y la ruptura de paradigmas que contribuyen a la afirmación de derechos que valoran y dignifican a la persona humana. Curiosamente, de un accesorio romano-arcaico surgió el término que hoy es sinónimo de ser humano; así, en el campo de la Filosofía Jurídica, el término 'persona' se consagra como el ser humano dotado de racionalidad, que realiza un fin moral que trasciende la esfera material, mientras en el campo jurídico persona es el sujeto de derecho, o el sujeto de una relación jurídica. En opinión de Diniz¹¹⁶, el término persona designa el ente físico o colectivo susceptible de derechos y obligaciones; es decir, persona es sinónimo de sujeto de derecho o sujeto de la relación jurídica. La expresión *persona natural* remite, por tanto, al ser humano en cuanto persona, individualizada y dotada de personalidad, sujeto de relaciones jurídicas y tutelada por el ordenamiento jurídico. Para que un ser humano pueda ser reconocido como persona deberá adquirir una serie de derechos y contraer obligaciones para constituir su personalidad.

La persona representa el contenido fundamental de la norma jurídica; el derecho se orienta a la persona y se configura como un valor que debe ser tutelado en todas sus formas de expresión, en su interés moral y material en el desarrollo de su personalidad¹¹⁷. Así, el derecho a la vida es un derecho superior con relación a todos los demás y, por eso, abordaremos los dictámenes relativos al inicio de la personalidad.

En un sentido jurídico, la personalidad es el elemento estable y permanente de la conducta de una persona, de su manera de ser habitual

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V.1: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2001, p.97.

¹¹⁷ ROMERO BELTRÃO, Sílvio. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p.19-21.

y sirve para distinguirla de otro ser humano¹¹⁸. Personalidad y derechos de la personalidad son conceptos que no pueden separarse puesto que para entender el significado de este se debe tener una idea clara del primero.

Cabe destacar el concepto de Alves Lage y Lopes¹¹⁹ acerca de la personalidad:

La personalidad es, sin embargo, una cualidad jurídica abstracta que se amolda en la extensión de su ejercicio y en la posibilidad de su tránsito a través de las diversas esferas de intereses jurídicamente tutelados. Por su composición, se formaron grupos de incidencia que se polarizan en las acciones por medio de cada uno con los cuales interactúan y/o se relacionan con situaciones concretas con otros sujetos, con la comunidad, grupos, etc.

Concretamente, con respecto a los derechos de personalidad, Stolze Gagliano y Pamplona Filho¹²⁰ apuntan: “Se conceptúan los derechos de la personalidad como aquellos que tienen por objeto los atributos físicos, psíquicos y morales de la persona en sí y en sus proyecciones sociales”. De la misma forma, Crevillen Sánchez¹²¹ aclara que:

Podríamos definirlos diciendo que son derechos inherentes a la persona, reconocidos constitucionalmente, indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles y cuya lesión lleva consigo la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios tanto materiales como de índole moral.

La personalidad guarda intrínseca relación con el principio de dignidad humana ya que con respecto a este principio se puede decir que

¹¹⁸ PINTO FERREIRA (Enciclopédia Saraiva do Direito) apud SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p.60.

¹¹⁹ ALVES LAGE, Émerson José; LOPES, Mônica Sette. *Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p.30.

¹²⁰ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2003, p.144.

¹²¹ CREVILLEN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Madrid: Actualidad, 1995, p.25.

la persona es el “bien supremo del orden jurídico, su fundamento y su fin”¹²². Son “un conjunto de bienes que son tan propios del individuo que llegan a confundirse con él mismo y constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto”¹²³.

Podemos enumerar algunas denominaciones utilizadas por la doctrina para identificar los derechos de personalidad como por ejemplo, derechos esenciales de la persona, derechos subjetivos esenciales, derechos a la personalidad, derechos esenciales, derechos fundamentales de la persona, derechos sobre la propia persona, derechos individuales, derechos personales y derechos personalísimos.

Aquí, siguiendo con la filosofía Kantiana, cabe entender la personalidad como algo indisociable de la persona humana. De sus componentes podemos enumerar elementos físicos, psíquicos y morales. Para preservar los mencionados elementos, el legislador consagró la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho. La Carta Magna de 1988, en el inciso III del artículo 1^o establece como principio general de Derecho. Todo orden jurídico se orienta al principio de dignidad de la persona humana puesto que se traduce en un espacio de la integridad física y moral del individuo sin el cual la persona no se desarrolla. Por lo tanto, es indispensable la existencia de los derechos considerados esenciales para la preservación del principio de dignidad de la persona humana, entre los cuales se encuentran los llamados derechos de personalidad¹²⁴.

Conviene destacar algunas corrientes que encuadran los derechos de personalidad. Para la concepción iusnaturalista, estos derechos serían los que racionalmente pertenecen al hombre por su mera condición humana; es decir, los derechos innatos al ser humano. Por lo tanto,

¹²² ROMERO BELTRÃO, Silvio. *Op. cit.*, 2005, p.23.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ A la preservación de la dignidad de la persona humana corresponde el fin específico de la tutela de los derechos de personalidad.

existirían independientemente de la ley, siendo suficiente con que el Estado los reconociera. Según el enfoque positivista, serían los derechos responsables de la existencia de la persona, consistiendo en lo mínimo necesario para su desarrollo. Para estos autores, la persona sólo existiría en la medida en que le son conferidos deberes y derechos.

Oponiéndose a la acepción de generalidad, presenta el sentido de individualidad, particularidad y singularidad, expresando el concepto de una relación abstracta de la existencia, es decir, del propio ego concreto de la persona natural. Es la cualidad de la persona. Entendida en este sentido, la personalidad no puede ser más que una, porque sólo una es la individualidad que deriva de ella.

Conviene recordar que los derechos de la personalidad se consideran derechos subjetivos privados no patrimoniales. De hecho, tienen el objetivo de proteger a la persona ante todos los demás particulares, siendo oponibles *erga omnes*. Por eso, los valores que comprenden la personalidad humana son reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En opinión de Mascaro do Nascimento¹²⁵, los derechos de personalidad son prerrogativas de toda persona humana por su propia condición, relativos a sus atributos esenciales en sus proyecciones. Son derechos absolutos, implican el deber general de abstención para su defensa y salvaguarda, son indisponibles, intrasmisibles, irrenunciables y de difícil estimación pecuniaria.

Dado que abarcan varios atributos del ser humano existe una gama de conceptos de derechos de la personalidad. En relación al tema objeto de la presente investigación conviene comprender qué son los derechos

¹²⁵ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. "Princípios do Direito do Trabalho e direitos fundamentais do trabalhador". *Revista LTr*, São Paulo, v.67, n.8, ago. 2003.

destinados a proteger los valores principales del individuo, sin los cuales no se puede comprender la dignidad de la persona humana.

Jurídicamente, la personalidad está comprendida en este mismo concepto, caracterizando o individualizando la persona o la entidad física o jurídica, con tendencia a ser sujeto activo o pasivo de derechos¹²⁶. Derechos de personalidad, según Limongi França¹²⁷, “son las facultades jurídicas cuyo objeto son los distintos aspectos de la persona del sujeto, así como sus consecuencias y proyecciones”. Afirma que es la ley la forma fundamental de expresión del Derecho. Existen otras complementarias, como se reconoce en el artículo 4º de la Ley de Introducción al Código Civil. Criticando la posición positivista de De Cupis¹²⁸ advierte que, además de derechos privados de personalidad definidos en la ley, hay otros reconocidos por la costumbre y por el Derecho científico. Es el caso del derecho al nombre, del derecho a la imagen, del derecho moral del escritor. El fundamento próximo de su sanción es realmente la estratificación en el Derecho consuetudinario o en las conclusiones de la ciencia jurídica, pero su fundamento primero son las imposiciones de la naturaleza de las cosas, en otras palabras, el Derecho Natural.

Cavalcanti Pontes de Miranda¹²⁹ identifica personalidad con capacidad de derecho e indica que el titular es la persona, el sujeto de derecho y que la personalidad consiste en la capacidad de ser titular de derechos, pretensiones, acciones y excepciones. De aquí deriva la afirmación: “Capacidad de derecho y personalidad son lo mismo”.

¹²⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.360.

¹²⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubem. *Manual de Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981 y *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.567, p.9, jan. 1983.

¹²⁸ DE CUPIS, Adriano. “Brevi osservazioni sul riconoscimento e sulla legittimazione di figlio premorto”. *Rivista di Diritti Civile*, Padova, CEDAM, v.2, p.393-394, 1976.

¹²⁹ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. Tomo I, p.153-155.

Según Salvo Venosa¹³⁰, la personalidad no puede ser considerada un derecho pero sí un concepto básico sobre el cual se apoyan los derechos. Existen derechos personalísimos porque inciden sobre bienes inmateriales o incorpóreos. “La Escuela del Derecho Natural proclama la existencia de estos derechos, por ser inherentes a la personalidad. Son fundamentalmente, los derechos a la propia vida, a la libertad, a la manifestación del pensamiento”. También, según el autor, los derechos de personalidad incluyen el derecho a la vida, a la propia imagen, al nombre y a la privacidad. Los derechos de familia como, por ejemplo, el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho a los alimentos, se inscriben igualmente en esta categoría.

Para algunos autores positivistas, los derechos subjetivos tienen una función especial en relación a la personalidad, constituyendo el *minimum* necesario e imprescindible de su contenido. Son derechos en cuya ausencia se transforma la personalidad en una susceptibilidad completamente irrealizable, sin valor concreto: todos los otros derechos subjetivos perderían el interés por el individuo y la persona no existiría como tal. Son, pues, derechos “esenciales” que forman la médula de la personalidad. Según tales autores, los derechos de personalidad son en su mayoría derechos innatos pero no se reducen a esa noción. Al contrario, existen derechos que no tienen como base el simple presupuesto de la personalidad y que, una vez revelados, adquieren carácter de esencialidad, refiriéndose en particular al derecho moral del autor. Se trata de la figura que se añade a la existencia de la personalidad o presenta una continuación de la personalidad.

Bittar¹³¹ se sitúa entre los naturalistas. Entiende que los derechos de la personalidad constituyen derechos innatos, como la mayoría de los autores. El Estado debe sólo reconocerlos y sancionarlos en uno u otro

¹³⁰ SALVO VENOSA, Silvio de. *Op. cit.*, 2002. V. I, p.149.

¹³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p.7.

plano del Derecho positivo, a nivel constitucional o como legislación ordinaria. Debe dotar los derechos de la personalidad de protección propia, según el tipo de relación a la que se dirijan. Cuando reciben consagración en la esfera constitucional pasan a representar las “libertades públicas”. Su consideración y su enfoque dentro del plano positivo encuentran justificación precisamente en la delimitación de este interesante campo de estudio que ha ido adquiriendo relevancia, especialmente en Francia. Estos derechos – muchos de los cuales no configuran o, no son susceptibles de configurar, “libertades públicas”– existen antes e independientemente del Derecho Positivo, como inherentes al propio hombre y a su naturaleza. Cuando son recogidos en la Constitución pasan a la categoría de libertades públicas y reciben todo el sistema de protección que los caracteriza. Esto también sucede en el ámbito privado, en que la inserción en códigos o en leyes viene a conferirles una protección específica y más eficaz – protagonismo que no les da su sola existencia – siempre que sean identificados y reconocidos en varios sistemas, mucho antes incluso de su positivación.

Una vez realizadas algunas precisiones en cuanto a la conceptualización de los derechos de personalidad, podemos definirlos como los tradicionalmente considerados como derechos intrínsecos al ser humano, que funcionan como contenido mínimo e indispensable de la personalidad humana. Seguidamente, vamos a delinear las principales características insitas en tales derechos.

Los derechos de personalidad se consideran bienes extrapatrimoniales, es decir, no están investidos de expresión económica directa. Efectivamente, esta clasificación no es relevante cuando no hay indemnización sino que únicamente informa de que la compensación pecuniaria que eventualmente pueda producirse implicará una satisfacción para la víctima y una sanción para el agresor.

Vieira de Oliveira¹³² destaca personalidad, cualidades de la personalidad, tales como: intransmisibilidad, indisponibilidad, irrenunciabilidad, carácter vitalicio o perennidad, inexpropiabilidad, imprescriptibilidad, imposibilidad de subrogación y extrapatrimonialidad. Stolze Gagliano y Pamplona Filho¹³³ exponen una caracterización más sucinta. Explican que los derechos de la personalidad son absolutos, generales, extrapatrimoniales, indisponibles¹³⁴, imprescriptibles, no se pueden pignorar y vitalicios, literalmente entrando en las características propias de los derechos fundamentales.

Haremos un breve análisis de las características descritas precisamente porque las mismas se confunden con las de los derechos fundamentales, a las que nos referimos más adelante.

Por lo tanto, son absolutos porque se impone que sean respetados por todos, tienen verdadero efecto *erga omnes*. El carácter general significa que por el simple hecho de existir, la persona se convierte en titular de derecho. Además se apunta que son extrapatrimoniales porque son carecen “de un contenido patrimonial directo, objetivamente comparables, incluso si su lesión produce efectos económicos”, como explican Stolze Gagliano y Pamplona Filho¹³⁵. Sin embargo, esto no obsta para que ciertas especies de derecho no puedan entrar en el comercio jurídico, como es el caso de los derechos de autor, dicen los autores: “Por lo tanto, es correcto decir que, en principio, los Derechos de personalidad se consideran extrapatrimoniales, sin embargo, bajo algunos aspectos, especialmente en caso de violación, se pueden medir económicamente”.

¹³² VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

¹³³ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2003.

¹³⁴ Entienden los autores que la indisponibilidad abarca la intransmisibilidad y la irrenunciabilidad.

¹³⁵ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2003, p.153-154.

Permítasenos aquí abrir un paréntesis para explicar el hecho del inicio de la personalidad humana.

Partiendo de que la personalidad puede ser descrita como la calidad de la persona titular de derechos y obligaciones, la personalidad natural tiene su medida en la capacidad, que es el elemento de la personalidad, y que se expresa en la idea de persona como sujeto capaz de derechos y obligaciones¹³⁶. Por tanto, toda persona dotada de personalidad está capacitada para figurar en los polos de una relación jurídica.

Como ya hemos descrito, la personalidad del ser humano comienza en el momento del nacimiento con vida. Se reconoce la existencia del ser humano desde la concepción, siendo la personalidad condicional, puesto que depende del nacido vivo; es decir, antes de nacer el feto no posee personalidad¹³⁷.

Sobre el tema, Salvo Venosa¹³⁸ apunta que:

Asistimos al nacimiento de la vida mediante la respiración. Si comprobamos que el niño respira, entonces hubo nacimiento con vida. En este campo, el Derecho se basa en las enseñanzas de la Medicina. Si el niño nace vivo y muere poco después va a ser considerado un sujeto de derechos. Tal evidencia es importante para el derecho de sucesión, porque a partir de ese hecho puede recibir la herencia y transmitirla a sus sucesores.

A pesar de todo el desarrollo de la ciencia y de los avances de la medicina, y de las diversas posibilidades de concepción, el ordenamiento brasileño confiere personalidad al ser nacido con vida, alejando cualquier cuestión relativa a la forma en la que se dio la concepción del feto.

¹³⁶ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Op. cit.*, 2005, p.64.

¹³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 1, p.142.

¹³⁸ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.161.

En esta perspectiva se manifiesta Hammerschmidt¹³⁹, citando a Pinho:

Los derechos de personalidad están protegidos desde el momento en que el ser humano aparece, ya que en este momento el mundo jurídico ya le garantiza la protección incluso no teniendo adquirido el status de persona, que se produce sólo con el nacimiento.

El hecho de que el recién nacido tenga protección legal no debe llevar a imaginar que tenga personalidad, tal como contempla el ordenamiento. “El hecho de que tenga capacidad para algunos actos no significa que el ordenamiento le atribuya personalidad. Se trata de una situación que sólo se aproxima a la personalidad”¹⁴⁰, destacando que sólo el nacimiento con vida, es contemplado como expectativa de derecho.

El nacimiento confiere al recién nacido la capacidad de derecho, pero no le da la capacidad de hecho. La capacidad de hecho es la facultad de hacer valer y ejercer sus derechos legitimados. Por lo tanto, la capacidad de disfrute surge al inicio de la personalidad natural (nacimiento con vida), pero el ejercicio de hecho sólo se da con la mayoría de edad, cuando el sujeto es capaz de ejercer todos los actos de la vida civil.

Cerrando el paréntesis que habíamos abierto, podemos finalmente afirmar que son imprescriptibles porque no existe un plazo para su ejercicio.

Además, se clasifican como derechos de personalidad el derecho a la vida, integridad física y psíquica, libertad, verdad, honor, propia imagen, igualdad, al nombre, a la intimidad, al secreto y al derecho de autor, entre otros como especificaremos más adelante.

¹³⁹ PINHO *apud* HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p.75.

¹⁴⁰ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Op. cit.*, 2004, p.162.

Al enumerar los diversos derechos de personalidad mencionados por algunos autores, Vieira de Oliveira¹⁴¹ apunta el derecho de integridad social, que consistiría en el derecho a la convivencia familiar y grupos con los más diversos intereses, así como el derecho al ejercicio de ciudadanía.

Citando a Federico de Castro y Bravo, González Navarro¹⁴² clasifica los bienes de la personalidad en tres categorías: “bienes esenciales, bienes sociales e individuales y bienes corporales y psíquicos”. “Bienes esenciales” serían la vida, la integridad corporal y la libertad. La segunda categoría abarcaría el honor, la fama, la intimidad, la imagen y la condición de autor. Los “bienes corporales y psíquicos” serían la salud física y psíquica, los sentimientos, la estima social y otros bienes similares¹⁴³.

¹⁴¹ VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, 2002, p.26.

¹⁴² DE CASTRO Y BRAVO, Federico (*Los bienes de la personalidad*) apud GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Acoso psíquico en el trabajo: el alma, bien jurídico a proteger*. Madrid: Civitas, 2002, p.132.

¹⁴³ Apelación Civil juzgada por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro' Así demuestra perfectamente la acepción de los derechos de la personalidad:

'EMENTA' (SÍNTESIS): Indemnización por daño moral. Derechos de personalidad.

1. Los derechos de personalidad están agrupados en derechos a la integridad física (derecho a la vida; derecho sobre el propio cuerpo; y derecho al cadáver) y derechos a la integridad moral (derecho al honor; derecho a la libertad; derecho a la dignidad; derecho a la imagen; derecho al nombre; derecho moral del autor). La CF de 1988 añadió en los incisos V y X del artículo 5º los derechos subjetivos privados relativos a la integridad moral.

2. Daño moral. Aguiar Días apunta que el daño moral es el efecto no patrimonial de la lesión de derecho y no la propia lesión abstractamente considerada. Savatier describe el daño moral como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria. Pontes de Miranda señala que en los daños morales la esfera ética hace acto de presencia cuando la persona es ofendida; el daño no patrimonial es lo que, afectando al deudor como ser humano, no le afecta al patrimonio.

3. El ser humano tiene una esfera de valores propios que son puestos en su conducta no sólo con relación al Estado sino también, en la convivencia con sus semejantes. Se respetan, por eso, no sólo los derechos que repercuten en su patrimonio material sino también los derechos relativos a sus valores personales, que repercuten en sus sentimientos. Ya no es posible ignorar ese escenario en una sociedad que se hizo invasora porque redujo distancias, convirtiéndose en pequeña y, por eso, poderosa en la promiscuidad que propicia. De ahí que no es necesario enfatizar las amenazas a la vida privada que nacieron en el curso de la expansión y desarrollo de los medios de comunicación de masa.

Como ya mencionado, los derechos de personalidad pueden clasificarse en diversos otros derechos, que vamos a analizar seguidamente. Ahora, vamos a tratar algunas peculiaridades de la relación de tales derechos con los derechos de las personas.

Conviene destacar la relación existente entre derechos de personalidad y derechos de la persona. Según Bittar¹⁴⁴, los derechos de la persona, o derechos personales, corresponden a otros derechos existentes en la órbita privada relativa al respectivo estado o a la posición en la sociedad. Tales derechos fueron detectados en la Antigüedad y considerados en todas las codificaciones del mundo. Los derechos de la persona fueron reconocidos desde las primeras manifestaciones del Derecho.

Por lo tanto, existen distinciones con respecto a las diferentes categorías que existen para la persona y su regencia, según que nazca en uno u otro territorio y allí viva o no. A partir de ahí surgen las distinciones con respecto a nacionales subdivididas en nacidos y en naturalizados y a extranjeros con las peculiaridades legislativas correspondientes.

Además, derivan diversas relaciones jurídicas del hecho de que la persona se integre en un determinado núcleo como puede ser el conyugal; de paternidad, de filiación, el parentesco natural o civil y, en cada nivel, otras tantas situaciones específicas pueblan el respectivo

4. Ningún hombre medio podría superar sus más íntimos sentimientos de miedo y frustración, de indignación y sedición, de dolor y tristeza, ante la divulgación de su nombre asociado a una enfermedad incurable, desafiante a los progresos de la ciencia y que ha causado mucha desesperación a la humanidad.

5. El artículo 5º, X, de la CF garantiza al ser humano el derecho a impedir la intrusión en su vida privada. No es lícito a los medios de comunicación de masa hacer pública la enfermedad de cualquier persona que sea – aún más cuando la noticia se basa sólo en rumores – puesto que tal información está en la esfera ética de la persona humana, en relación con su privacidad, su vida privada. Solo el propio paciente puede autorizar la divulgación de noticias sobre su salud.

¹⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2003.

campo (filiación; edad, relación por adopción, en sus varias modalidades)¹⁴⁵.

El estado profesional se refiere a las actitudes y a las actividades desarrolladas por la persona que, en esta perspectiva, adopta en función de la militancia efectiva (así, su posición en el empleo, en la función o en la actividad que realiza). Todos estos elementos se tienen en cuenta en la definición del estado de la persona, por como integra el respectivo estatuto jurídico, en concreto, por su correspondiente conjunto de derechos y obligaciones.

La persona puede ser analizada desde diversos enfoques por parte del Derecho, tales como en su desarrollo físico y mental, en sus relaciones con la colectividad como un todo y con sus núcleos integrantes. Los derechos de personalidad, es decir, los “derechos personalísimos”, caracterizan los aspectos íntimos de la persona, tomada en si misma, como ser individualizado en la sociedad. La persona está protegida en sus más valores y en sus proyecciones en la sociedad.

Bittar explica que los derechos de personalidad comprenden que la persona es, al mismo tiempo, sujeto y objeto de derechos, permaneciendo la colectividad, en su generalidad, como sujeto pasivo; de ahí deriva que estos derechos son oponibles *erga omnes* (y, por lo tanto, deben ser respetados por todos los integrantes de la colectividad). Se trata, pues, de una relación de exclusión que impone a todos la observancia y el respeto a cada persona, en sus componentes citados, bajo pena de sanción por parte del ordenamiento jurídico.

Los derechos de la persona comprenden las diversas y diferentes relaciones jurídicas, es decir: a) con el Estado, o con sus órganos, o

¹⁴⁵ Ibidem, p.29. A propósito del estado individual, la persona es considerada en función de su edad, condición física o mental y gozan también de un estatus de protección los menores, los discapacitados mentales, los pródigos y el resto de las categorías que la ley considera como absolutas, o relativamente incapaces (Código Civil, artículos 3^o e 4^o).

entidades (la persona considerada como nacional o no); b) con la familia y sus componentes (como padre, como marido, como hijo, como pariente), y c) con la sociedad como un todo, o con cualquiera de sus miembros, o de sus grupos. Los derechos de personalidad representan a la propia persona teniendo como objeto sus atributos substanciales y como fundamento la propia esencialidad del ser.

La existencia de la personalidad coincide con la existencia de la vida humana. Según Gomes¹⁴⁶:

El orden jurídico admite la existencia de la personalidad en hipótesis en las cuales esa coincidencia no se verifica. El proceso técnico empleado para ese fin es el de la ficción. Al lado de la personalidad real, verdadera, auténtica se admite la personalidad ficticia, artificial, presumida. Son casos de personalidad ficticia: 1º, la del recién nacido; 2º, la del ausente; 3º, la persona cuya posibilidad de iniciar su existencia es admitida para la adquisición de derechos.

Los derechos del recién nacido son asegurados siempre que nazca con vida. La ficción es admitida porque se presume una facilidad para tener derechos, es decir, se amplía arbitrariamente el término inicial y final de la vida humana a fin de que sean protegidos ciertos intereses. Tales términos son importantes puesto que determinan los fines de sucesión *mortis causa* y de calificación de la nacionalidad. Se entiende que alguien nació con vida cuando respiró, determinándose tal hecho por la pericia médico-legal. El fin de la personalidad es determinado por la muerte, real o presumida.

Para Gomes, son los derechos esenciales de la persona humana con el fin de garantizar su dignidad, como vamos a abordar más adelante en un específico apartado.

Seguidamente damos inicio al desarrollo de la tutela de los Derechos de Personalidad. Retomamos la cuestión de la personalidad

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 16.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.143.

con respecto a la idea central de nuestra investigación como es la demostración de la inviolabilidad de estos derechos en las relaciones laborales, como presupuesto de concreción del principio de dignidad humana.

La tutela de los derechos de personalidad es ejercida a través de las acciones de indemnización. También se permiten las acciones que se destinan a confesar o negar específicamente un derecho de personalidad, completándose así el sistema de tutela privada de tales derechos, el cual puede ser cambiado independientemente de las sanciones penales que puedan imponerse¹⁴⁷.

Conforme apunta Venosa¹⁴⁸, los derechos de personalidad protegen la dignidad humana. Siendo así, nadie puede por un acto voluntario disponer por ejemplo, de su privacidad, renunciar a la libertad, ceder su nombre de registro para utilización por otro, renunciar al derecho de pedir alimentos en el campo de la familia.

¹⁴⁷ El inciso X del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988 garantiza el derecho a indemnización por daño material o moral en los casos de violación a la intimidad, a la vida privada, al honor y a la imagen de las personas. En cuanto al nombre del hijo extraconyugal, el registro civil mencionará sólo el del padre que figurará como declarante en el asiento (artículo 60 de la Ley n. 6.015, de 1973). Además, sólo podrá ser atribuido al hijo el patronímico de los dos padres, si ambos figuran como declarantes. En este sentido, establece la Disposición n. 94/93, del Consejo Superior de la Magistratura del Tribunal de Justicia de São Paulo que, “siendo lo registrando fruto de relación extraconyugal de la madre, constarán de su nombre sólo los patronímicos de la familia materna” (artículo 2º). La Ley n. 8.560, de 1992, permite que la madre, al declarar el nacimiento del hijo extraconyugal, comunique al Oficial el nombre del respectivo padre. Sin embargo, no aparecerá en el registro ese dato si el padre no estuviera presente o no hubiera consentimiento expreso en este sentido. La información anterior se destina a una posterior comunicación para el juez, junto con el certificado de nacimiento, para introducir el procedimiento administrativo investigador, previsto por el artículo 2 de la Ley n. 8.560. Por supuesto, al producirse el reconocimiento posterior de la paternidad, voluntario o judicial, será preciso rectificar el asiento del registro civil, para incluir el nombre del hijo y patronímico del padre.

¹⁴⁸ SALVO VENOSA, Sílvio de. *Op. cit.*, 2002, p.151-152.

2.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

2.1.1 Derecho a la intimidad

La intimidad y la vida privada se consideran valores intrínsecos a la persona humana y son protegidos por la condición de derecho y garantía individual. Para la defensa de este derecho se intenta preservarla del conocimiento ajeno; es decir, es un derecho no sometido al conocimiento ajeno.

Vamos a partir de una breve evolución histórica sobre su aparición. La Sagrada Biblia, al relatar la creación del mundo, con Adán y Eva, evidencia que la moral humana está ligada al recato. El relato bíblico cuenta que, tras comer el fruto, abrieron los ojos y, al sentirse desnudos, se avergonzaron¹⁴⁹.

El hombre nace como un ser individualizado y desarrolla su predisposición al grupo por cuestiones de supervivencia, entre otras. En este desarrollo, que en principio fue tribal, el hombre buscó la caverna como albergue transitorio, transformándola posteriormente en algo permanente¹⁵⁰. El hombre siempre buscó relacionarse con sus semejantes a partir de la formación de la propia familia. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo XVI, 3, afirma que la familia es el “núcleo natural y fundamental de la sociedad”¹⁵¹.

La predisposición al grupo pasa por lazos genéticos atávicos y, también, por las dependencias ligadas a la supervivencia¹⁵². A partir del momento en que el hombre comenzó a relacionarse con otros hombres,

¹⁴⁹ Gênesis 3.7: “Entonces fueron abiertos los ojos de ambos y se dieron cuenta de que estaban desnudos. Cosieron, pues, hojas de higuera y se hicieron delantales”.

Gênesis 3.10: “Oí tu voz en el huerto, y tuve miedo, porque estaba desnudo, y me escondí”.

¹⁵⁰ GOMES CHIARELLI, Carlos Alberto; ROTA CHIARELLI, Matteo. *Integração, direito e dever*. Mercosul e Mercado Comum. São Paulo: LTr, 1991. Cap. I, p.23.

¹⁵¹ NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 217 (III) da Assembléia Geral de 10 de agosto de 1948*.

¹⁵² GOMES CHIARELLI, Carlos Alberto; ROTA CHIARELLI, Matteo. *Op. cit.*, 1991, p.23.

por una curiosidad natural comparativa, debió estimar la vida de los otros, considerándola algo respetable en el prójimo. Todo lo que conviene para mí – se dijo – ha de valer para ti, porque yo sé bien lo que me conviene; sino también lo tuyo, ya que nos necesitamos mutuamente, conviene para mí¹⁵³.

Cifuentes¹⁵⁴ añade que: “A partir de este momento puede sostenerse que estaba latente, no afirmado ni regulado, sino latente, el respeto por la vida propia y ajena, y el ansia de utilizar medios y defensas para su conservación”. Para los antiguos hebreos, en la sangre residía el soplo de vida. La sangre a su vez era la vida, y la vida pertenecía a Dios, que allí comunicó. Derramar sangre de otro hombre era considerado como un atentado al derecho de Dios. El atentado, apunta Cifuentes, creaba el derecho de vengar la sangre derramada, para cubrir la sangre inocente.

El Código de Hammurabi y las leyes asirías castigaban con la ley del talión los delitos corporales considerados graves contra la vida y la propiedad de los ciudadanos considerados libres¹⁵⁵. La historia revela que la vida humana siempre ha sido valorada a pesar sin embargo de la lentitud de este proceso evolutivo, justificado por el trato salvaje del hombre para con sus semejantes en varios momentos de esa trayectoria histórica. El atentado contra la vida, por consiguiente, tenía el propósito de producir consecuencias elevadas de sanción.

El pensamiento filosófico romano, cuyo representante más ilustre fue Cicerón, se inspiró en los griegos según Cifuentes¹⁵⁶. La doctrina romanista del *ius in se ipsun*¹⁵⁷ fue ampliamente discutida en el *Corpus Iuris*, donde

¹⁵³ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2.ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p.1.

¹⁵⁴ Ibidem, p.2.

¹⁵⁵ Idem. Los artículos 192 a 200 del Código de Hammurabi (1950 a.C.) hacían mención como lugar de daño y castigo, a la mano, al hueso, al ojo y al diente.

¹⁵⁶ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.8.

¹⁵⁷ Derecho sobre sí mismo o derecho sobre la propia persona o persona propia.

se interpretaba que el hombre libre tenía la propiedad de su cuerpo, lo que era reconocido a partir del nacimiento.

Con las ideas del Cristianismo empezaron a existir limitaciones a la libre disponibilidad del propio cuerpo. Algunos autores, como apunta Cifuentes, afirmaban que se había reconocido en Roma un derecho sobre el propio cuerpo diferente de la propiedad. En Ulpiano encontramos *dominus membrorum suorum nem videtur*, es decir, ninguna persona puede considerarse dueña de sus miembros, con lo que el concepto de propiedad sobre el cuerpo humano ganó contornos diversos.

En la Edad Media, con el advenimiento del pensamiento cristiano, el ser humano empezó a ser más valorado a medida en que existía un cambio del hombre-objeto al hombre-sujeto, portador de valores propios y absolutos. Con el reconocimiento del valor moral del hombre se inició una evolución hacia el concepto de intimidad que, en un primer momento aparece ligada al derecho de propiedad, como una reivindicación de la burguesía de una libre disposición de la vida privada¹⁵⁸.

Con el Cristianismo, la idea de intimidad se incorpora al acervo cultural, adquiriendo mayor reconocimiento en las obras de San Agustín, que influyó en pensadores modernos como Descartes, Kant y Lutero.

Además, en este espectro de ideas, es necesario apuntar el origen de la noción del derecho a la intimidad personal. El término intimidad, según Herrero-Tejedor¹⁵⁹,

[...] tiene su origen en el vocablo latino *intimus*, que es superlativo de *interus*, de *inter*, y significa la zona espiritual reservada de una persona, también de un grupo o de una familia. La intimidad siempre hace

¹⁵⁸ La vida privada surge como un derecho a la soledad, al aislamiento, del cual surge la expresión *my home is my castle*, pues bastaba la salvaguarda del castillo, del hogar para que el burgués fuera sujeto activo del derecho a la vida privada.

¹⁵⁹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid: Colex, 1998b, p.26.

referencia a las personas, a los seres racionales, que son los únicos que tienen un yo y tienen conciencia de ser un sujeto irrepetible. La intimidad se sitúa en el núcleo oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles.

Concepción Rodríguez¹⁶⁰, en un primer momento, describe que la intimidad aparece ligada al derecho de propiedad, como reivindicación de la burguesía en cuanto libre disposición de la vida privada. En ese contexto, tal aspiración no pasaba de una mera consecuencia de la orientación personalista del Estado liberal puesto que, naturalmente, no tenía por objetivo extenderse a todos los individuos sino sólo a consagrar los privilegios de una clase.

La vida privada aparece como un derecho a la soledad, a la reserva, al aislamiento. Doctrinalmente no existe divergencia en el sentido de que la gran formulación del derecho a la intimidad se dio a través de un artículo elaborado por Samuel Dennis Warren y Louis Dembitz Brandies¹⁶¹ cuyo propósito fue el de acabar con las constantes intromisiones de la prensa en la vida de las personas. El trabajo relata la experiencia vivida por uno de los autores (Warren) cuya vida íntima fue ofensivamente ultrajada por la prensa de Boston, divulgando los chismes de salón de su esposa, hija de un senador de la República. Los autores, abogados de éxito y compañeros de banca, presentaron el caso en 1902. La Corte Americana lo juzgó como el primer caso de violación del derecho a la intimidad y lo rechazó por cuatro votos contra tres. La opinión pública americana aplaudió el veredicto de los jueces vencidos y la Suprema Corte acabó por reconocer el derecho a la intimidad, que fue

¹⁶⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luiz. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. de 1/1982*. Barcelona: Bosch, 1996, p.18-21.

¹⁶¹ WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, Boston, v.4, n.5, Dec. 15, 1890. Downloaded 18 May 1996 from an internet site hosted by Stephen R. Laniel; and reformatted from a site hosted by Lawrence University, 1999.

gradualmente firmado y afirmado en Estados Unidos, en Europa y en América del Sur, con diversos sucesos similares.

De hecho, esa obra es un clásico de la literatura jurídica que influyó mucho y todavía influye en los estudiosos del tema. El derecho a la intimidad fue disociado a la noción simplista de propiedad privada, formulada en referencia al “castillo”. Con eso, se trazaron los primeros parámetros de su configuración moderna, en que ese derecho se relaciona con la inviolabilidad de la personalidad humana y constituye un presupuesto de la libertad individual.

El derecho a la intimidad, en este diapasón, se separa de la noción de propiedad privada, ganando contornos de su nueva configuración, relacionándose con la inviolabilidad de la personalidad humana, constituyéndose así, en las palabras de Herrero-Tejedor¹⁶², un presupuesto de la libertad individual.

Warren y Brandeis examinaron la problemática de la intimidad en contrapunto con el abuso de la libertad de prensa. En primer lugar, los autores procedieron a un análisis de la evolución del concepto de ‘derecho a la vida’, que ya no se limita a la protección de los individuos ante las diversas formas de violencia sino que también afecta al ‘derecho de disfrutar la vida’ y el ‘derecho de no ser molestado’. Después, estudiaron la evolución del concepto de ‘derecho de propiedad’ para concluir que, además de los bienes materiales, existen los bienes inmateriales que comprenden los productos y procesos de la mente, tales como las obras literarias y artísticas, los secretos industriales y las marcas de comercio, y percibieron que esos bienes inmateriales son igualmente protegidos.

¹⁶² HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. 2.ed. Madrid: Colex, 1998a, p.41-42.

Partiendo de una investigación en tribunales americanos e ingleses, que consideraban las diversas formas de intervención en la vida íntima ajena como violación de un derecho de propiedad o como un crimen de abuso de confianza, Warren y Brandeis presentaron la propuesta de creación de un nuevo derecho, el derecho de dejar quedar en paz, originando, de este modo, el *right of privacy*¹⁶³.

Warren y Brandeis concluyen que el sistema de la *common law* tutela el derecho a la intimidad, autónomamente considerado. Si las afirmaciones hechas en una carta, si el trabajo manual (aunque sea carente de valor artístico) o si las pertenencias de cualquier tipo están amparados contra la reproducción, descripción y enumeración, con mucho más razón deberían las realizaciones de un individuo, en sus relaciones sociales y familiares, estar protegidas ante la publicidad indeseada, que no se presta a otra cosa sino a dar salida a la curiosidad lasciva.

En el siglo XX, la característica de la evolución de los derechos humanos fue su progresiva incorporación en el plano internacional. Si en el siglo XIX se produjo la positivación de los derechos en las Constituciones y legislaciones internas, en el XX asistimos al protagonismo de los grandes instrumentos internacionales: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948; la Declaración Universal de Derechos del Hombre, adoptada por la ONU, el 10 de diciembre de 1948; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), de 1950; y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), de 1969, éstos dos últimos representantes de un nuevo proceso de

¹⁶³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.78.

internacionalización. De igual modo hay que destacar la Carta Europea de derechos fundamentales incorporada al tratado de la Unión Europea con fuerza vinculante.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, creado en 1959, tiene su sede en Estrasburgo y se transformó en un órgano permanente el 1º de noviembre de 1998. Ese Tribunal no es un órgano de la Unión Europea, a diferencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino una jurisdicción del Consejo de Europa. Los 47 Estados miembros de este Consejo también deben ser imperativamente miembros de este Tribunal y aceptar sus decisiones. Su misión es la de verificar el respeto de los principios de la Convención Europea de los Derechos Humanos. Sólo puede abrir procesos contra los Estados que firmaron la Convención.

La Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales fue elaborada en el seno del Consejo de Europa. Abierta a la firma en Roma, el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor en septiembre de 1953. Consagra, por un lado, una serie de derechos y libertades civiles y políticos y establece, por otro, un sistema que tiene como fin garantizar el respeto de las obligaciones asumidas por los Estados contratantes. Tres instituciones comparten la responsabilidad de este control: la Comisión Europea de los Derechos del Hombre (creada en 1954), el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre que, como ya citado, fue instituido en 1959, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de los Estados miembros o por sus representantes.

El Consejo de Europa, mediante la Convención Europea de Derechos Humanos, a nivel europeo marcó la pauta de importantes convenciones, entre ellas la celebrada el 3 de septiembre de 1953, que dispone: “Art. 8. [...]. 8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.” Ese procedimiento legal supuso una serie de discusiones por contener

dispositivos que van en contra de normas superiores a nivel internacional, como el mencionado artículo, que fue incorporado al ordenamiento jurídico británico (*Human Rights Act*), como la normativa vigente de protección de datos (*Data Protection Act*, las *Lawful Business Practices Regulations*)¹⁶⁴.

Conviene recordar que las Constituciones de Grecia, Portugal y España, adoptadas después del fin del régimen militar, fueron elaboradas teniendo en cuenta la Convención Europea de los Derechos Humanos.

Igualmente, además de ser ya aplicable la Carta del Tratado, en la Unión Europea se exige la observancia de los parámetros internacionales del sistema internacional de protección de los derechos humanos, destacándose, por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos.

En este sentido, hay decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos identificando el daño moral, tema de nuestra investigación, con el sufrimiento proveniente de la angustia, de la tristeza o del dolor, independientemente de la lesión psíquica (Cf. STEDH 2002/12, de 14 de marzo de 2002). Ese Tribunal consideró, en materia de vulneración a los derechos fundamentales, las pérdidas sufridas como consecuencia

¹⁶⁴ No podemos dejar de citar algunas de las publicaciones del Profesor A. Sánchez Bravo, reputado especialista en la temática de la protección de datos y, por consiguiente, decidido defensor de las libertades y de los derechos, como el de la intimidad. A modo de ejemplo, y para no extendernos ya que su obra es muy amplia: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2001a; SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. "Una política comunitaria de seguridad en Internet", en *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y Bibliografía*, nº 7, Madrid, 2001b, p. 344-1356; SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. "Iniciativa comunitaria de conservación de datos de tráfico en el sector de las telecomunicaciones". *La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº 19, 2005. El profesor Pérez Luño, pionero en el estudio de la relación entre derecho y nuevas tecnologías en el panorama jurídico español, tiene también numerosos estudios que inciden en esta temática, entre los que destacamos: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La tutela de la libertad informática en la sociedad global. *Isegoría*, n.22, 2000, p.59-68; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006 (especialmente p.87-128, donde se ocupa de la relación entre Internet y los derechos humanos).

directa de la violación alegada y el daño moral; es decir “la indemnización por el estado de angustia, de los sinsabores e incertidumbres derivados de esta infracción”. Todo ello porque se puede producir una corrosión moral en la víctima sin que, necesariamente, se vea afectada su integridad psíquica¹⁶⁵.

2.1.1.1 Intimidad y vida privada

En un capítulo independiente nos proponemos analizar la violación de los principales derechos de personalidad en las relaciones laborales. Por ello, recurrimos por analogía a la doctrina civilista para contrastar el concepto de derecho a la intimidad y privacidad ante la omisión del Derecho Laboral con respecto a la materia.

El término ‘derecho a la intimidad’ se considera como tipificación de los derechos de personalidad¹⁶⁶; estos, a su vez, son inherentes al propio hombre y tienen por objetivo proteger la dignidad de la persona humana. Surgen como una reacción a la teoría estatal sobre el individuo y encuentran cobertura en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789; en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, concretamente en el artículo 12; en la Convención Europea de los Derechos del Hombre, de 1950; en la Convención Panamericana de los Derechos del Hombre de 1959, además de en otros documentos internacionales.

¹⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. “Juízes inquisidores? E paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos”. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, PUC/ITEC, v.3, n.10, p.121-126, 2003.

¹⁶⁶ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. II e VII; LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Op. cit.*, 1971; GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2001; SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, 1993; DE MATTIA, Fábio Maria. "Direitos de personalidade: aspectos gerais." En: CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; e MORAES, Walter. "Direito de personalidade: estudo da matéria no Brasil", en CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

Generalmente, algunos autores clasifican los derechos de personalidad en derecho a la integridad física (derecho a la vida, a la salud corpórea, a las partes del cuerpo, al cadáver etc.); derecho a la integridad intelectual (derecho a la libertad de pensamiento, autoría artística y científica e invención) y derecho a la integridad moral, incluido en este último el derecho a la imagen, a la intimidad, a la privacidad, al secreto, al honor, a la buena fama, a la libertad civil, política y religiosa¹⁶⁷, como hemos destacado con respecto a la clasificación y a los comentarios acerca de la dificultad de una única interpretación.

Desde hace tiempo el derecho a la intimidad viene siendo considerado como aquél que reconoce que protege a las personas de los sentidos ajenos, especialmente de la vista y de los oídos de otros. Presupone la influencia en la esfera íntima de la persona a través del espionaje y de la divulgación de hechos íntimos obtenidos ilícitamente. Su fundamento es el derecho a la libertad de hacer y de no hacer¹⁶⁸. Se clasifica como derecho individual relativo a la libertad, como contrapunto a los derechos sociales. Es el “derecho a ser dejado en paz”, como se infiere de la obra del magistrado americano Cooley, escrita en 1873¹⁶⁹.

El derecho del respeto por la vida privada, según algunos autores, tiene un contenido más amplio, y su naturaleza no es tan espiritual como sucede con el derecho a la intimidad, comprendiendo a otras manifestaciones¹⁷⁰. Así, el derecho a la vida privada es considerado como aquél que “consiste en el poder determinante que todo individuo tiene de asegurar la protección de intereses extrapatrimoniales a través de la

¹⁶⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Op. cit.*, 1981, p.329.

¹⁶⁸ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Op. cit.*, [s.d.]. V. VIII, p.124.

¹⁶⁹ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. “Derecho a la intimidad informática”. *Revista Informática y Derecho*, UNED, Mérida, España, n.1, p.11, 1992.

¹⁷⁰ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.69.

oposición a una investigación en la vida privada con la finalidad de asegurar la libertad y la paz de la vida personal y familiar”¹⁷¹.

Por último, hay también autores que no hacen distinción entre intimidad y vida privada¹⁷².

Por lo que se puede constatar, los autores no llegaron a un consenso respecto al derecho a la intimidad y al derecho a la vida privada. Tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la inviolabilidad de la vida privada tienen características comunes, entre ellas su oponibilidad *erga omnes*.

Así, aunque el Derecho Laboral no haga mención a los derechos de intimidad y privacidad, por constituir una especie de los derechos de personalidad consagrados en la Constitución son oponibles contra el empleador, debiendo ser respetados, independientemente de encontrarse el titular de este derecho dentro del establecimiento empresarial. Su inserción en el proceso productivo no le elimina el derecho de personalidad, cuyo ejercicio presupone libertades civiles.

La propia Carta Magna garantiza el derecho de propiedad; sin embargo, en el lugar de trabajo, el derecho a la intimidad sufre limitaciones, a pesar de lo cual no podrán herir la dignidad de la persona humana. No se trata de que porque un empleado se encuentre subordinado al empleador o de que este último detente el poder directivo pueda justificarse la ineficacia de la tutela a la intimidad en el lugar de trabajo; en ese caso se produciría una degeneración de la subordinación jurídica derivando en un estado de sometimiento del trabajador.

Se debe de combatir la discriminación. El principio de no-discriminación posee conexión con la garantía de los derechos de

¹⁷¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, 1993, p.147.

¹⁷² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. V. I, p.25.

personalidad y actúa como límite impuesto por la Constitución Federal a la autonomía del empleador cuando se obtienen datos con respecto al aspirante al empleo y se proyecta durante la ejecución de contrato. Por consiguiente, el empleador deberá, en principio, abstenerse de hacer preguntas al candidato con respecto a sus orígenes raciales, opciones políticas, convicciones religiosas, actividades sindicales, así como sobre circunstancias personales capaces de generar discriminación. También es necesario que se reconozca al aspirante al empleo el derecho de ocultar circunstancias ajenas a la causa contractual no-relacionadas directamente con el cargo que irá a ocupar, ante situaciones de imposición coactiva.

Para Dotti¹⁷³, el derecho a la intimidad sólo es “absoluto o de exclusión en cuanto a la eficacia *erga omnes* sin que tal carácter pueda impedir las limitaciones o incluso el obstáculo al ejercicio de la privacidad ya que vienen dados por el interés público o interés particular relevante”. Cavalcanti Pontes de Miranda¹⁷⁴, a su vez, muestra que “el derecho de mantenerse en reserva, de velar su intimidad, de no dejar que se entrometan en la vida privada, de cerrar su hogar a la curiosidad pública” se presenta como un verdadero derecho subjetivo del individuo.

Según Cernicchiaro y Costa Júnior¹⁷⁵, la Constitución de 1988 es redundante al titular el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada como distintos, afirmando que, “aunque sea principio de hermenéutica de que la ley no debe albergar expresiones inútiles, hay que disculpar la cita, hecha por la Constitución de 1988, de la inviolabilidad de la vida privada. Bastaría con hacer referencia a la intimidad, que comprende la privacidad”.

¹⁷³ DOTTI, Renê Ariel. *Op. cit.*, 1980, p.102.

¹⁷⁴ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo VII, Parte Especial, p.125.

¹⁷⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.199-200; también, GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 2, p. 35 y CRETELLA JÚNIOR, José (*Op. cit.*, 1990, p.257) no encuentran, tampoco, diferencia entre vida privada e intimidad.

Se puede observar que entre los autores no hay posición unánime con relación a la cuestión de la diferencia entre vida privada e intimidad. Para algunos, la vida privada es el género que incluye como núcleo central la intimidad; así, la intimidad sería la parte más reservada de la vida privada. Para otros, la corriente minoritaria, la vida privada es una de las facetas que integran el concepto de intimidad para fines jurídicos. La intimidad sería la categoría, y la vida privada la parte más estricta de esa categoría.

Como todo concepto nuevo, no ha habido en relación a la intimidad un consenso. Debe destacarse que ciertos autores la distinguen y otros la identifican con la privacidad, razón por la que el legislador constituyente brasileño prefirió garantizar tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la vida privada, a fin de incluir todos los elementos que puedan estar implícitos en cada uno de los conceptos¹⁷⁶.

Se utilizarán como sinónimos, indistintamente, las expresiones vida privada e intimidad, a pesar de que algunos autores son partidarios de la distinción y, a pesar de que hay distinción en la Constitución Federal entre los dos conceptos. Se entiende que la distinción carece de efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico brasileño y en la mayoría de los sistemas legales vigentes.

2.1.1.2 Variables en cuanto a las denominaciones

De Cupis¹⁷⁷ aborda inicialmente, de forma genérica, el derecho con respecto al resguardo: “Resguardo es el modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento por los otros de aquello que se

¹⁷⁶ En ese sentido, WALD, Arnold. “O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n. 70”. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.201, out.-dez. 1992.

¹⁷⁷ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p.134.

refiere a ella sólo”. Y apunta, como importante forma de manifestación del derecho al resguardo, el derecho a la imagen.

El autor destaca el derecho al secreto como un aspecto particular del derecho al resguardo, considerándolo integrante de algunas manifestaciones del individuo que, por su propia naturaleza, tienden a quedar completamente inaccesibles al conocimiento de otros individuos. Para él, “no es sólo ilícito divulgar esas manifestaciones, sino también tener conocimiento de ellas, y revelarlas, no importa a cuántas personas”. Sin embargo, ese derecho no es ilimitado puesto que, como restringe la libertad ajena, sólo puede ser admitido en los casos previstos en la ley¹⁷⁸.

David Araujo y Serrano Nunes Júnior¹⁷⁹ afirman que la vida social del individuo se divide en dos esferas: la pública y la privada. En esta última estarían comprendidos actos y hechos que la persona pretende mantener fuera del alcance de lo público en general, tales como vida familiar, aventuras amorosas, ocio. Para los autores, “la privacidad protege al individuo de la publicidad”. Pero dentro de esa esfera de la vida privada hay otra esfera, aún menor, que el individuo puede querer dejar impenetrable hasta los más recónditos: se trata de la intimidad.

Según Dotti¹⁸⁰, en muchos países, como Italia, Inglaterra y Estados Unidos, el término “intimidad” se utiliza en sentido amplio, y sirve para designar también la “vida privada” caracterizada como “el derecho a ser dejado sólo”. Para Dotti, la vida privada contiene la intimidad: la primera sería “el derecho que la persona humana puede reivindicar para no ser absorbida por la masa”, mientras la segunda se plasmaría “en una zona reservada, [...] esfera de sentimientos de la persona en la que nadie podría penetrar sin consentimiento”.

¹⁷⁸ Ibidem, p.147.

¹⁷⁹ DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.82-83.

¹⁸⁰ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, 1980, p.67-68.

Cifuentes¹⁸¹ afirma que el concepto de intimidad de Dotti se aproxima al propuesto por De Cupis, que la define como “modo de ser de la persona que consiste en la exclusión de conocimiento de otros de cuanto se refiera a la persona misma”, de manera que englobaría la inviolabilidad de domicilio, el secreto de correspondencia y el secreto profesional.

Respecto a la vida privada, Silva¹⁸² considera que se trata de la ‘vida interior’ del individuo, oponiéndola a la ‘vida exterior’. Esta “implica a la persona en las relaciones sociales y en las actividades públicas; puede ser objeto de las investigaciones y de las divulgaciones de terceros, porque es pública”; la que “trata sobre la misma persona, sobre los miembros de su familia, sobre sus amigos; es la que integra el concepto de vida privada”. Así, la vida privada englobaría la protección contra: (I) la *divulgación*, lleva al conocimiento del público o de algunas personas hechos referentes a la vida personal y familiar; (II) la *investigación*, investiga sobre eventos de la vida personal y familiar; y (III) la *conservación* de documentos relativos al individuo y que hayan sido obtenidos de forma ilícita.

Para Cifuentes¹⁸³, el derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite dejar a la persona ajena a la publicidad o a otras turbaciones de la vida privada, y está limitado por las necesidades sociales y por el interés público. Cifuentes considera los términos ‘intimidad’ y ‘vida privada’ sinónimos y, por ello, evita utilizar en el concepto la expresión ‘conocimiento de otros’ puesto que la clave de la cuestión no sería esta sino la publicidad. Cualquier individuo podría conocer algo sobre otro individuo, de manera absolutamente casual, sin violar su intimidad. Habría violación si el hecho conocido fuera divulgado. Cuando el autor apunta “otras turbaciones a la vida privada”, pretende

¹⁸¹ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.204.

¹⁸² SILVA, José Afonso da *apud* CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995.

¹⁸³ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.544-545.

abarcar intromisiones que aunque no vayan acompañadas de publicidad pueden ofender la vida íntima del individuo.

A pesar de que se utilicen indistintamente los términos 'intimidad' y 'vida privada', Cifuentes destaca que algunos autores los diferencian. Estos sostienen que la vida privada es más amplia que la intimidad, de manera que el individuo puede excluir algunas cuestiones del conocimiento de los demás. La práctica de deportes en un parque durante el fin de semana no sería algo íntimo sino que pertenecería a la vida privada. Cifuentes critica esa diferenciación apuntando, en primer lugar, que aquel sector de la doctrina que, por un lado la admite, por otro lado no la consideran sustancial. Subraya que la diferencia sólo cobra sentido si tiene respaldo en el ordenamiento jurídico. En ese caso, cita el ejemplo francés: además de las sanciones por violación de la vida privada, están previstas medidas más graves cuando el daño se dirige contra la 'intimidad de la vida privada'. Cifuentes reconoce, desde el punto de vista teórico-didáctico, la relevancia de la teoría alemana que identifica una esfera íntima y una esfera privada: la primera sería la reserva individual (aquello que el individuo conservó interiormente o, aunque lo exteriorizó, lo dejó fuera del conocimiento de los demás, es decir, lo conservó en secreto), y la segunda, el círculo o la proximidad personal (aquello que la persona compartió con otras, tanto en el seno de la familia como con amigos, vecinos, colegas de trabajo). Sin embargo, cuando identifica las esferas que afectan a la intimidad, no considera la diferenciación puesto que el ordenamiento jurídico argentino no lo hace.

Dentro del ámbito de la intimidad, Cifuentes¹⁸⁴ identifica las siguientes esferas:

- a) las conductas, situaciones, circunstancias estrechamente personales, ajenas a la publicidad no deseada, que engloban las declaraciones falsas o que son un despropósito para el individuo; la revelación

¹⁸⁴ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.549-587.

pública de asuntos privados, tales como pasiones, desgracias, accidentes, defectos físicos; el disgusto del individuo, provocado por observaciones indiscretas, preguntas impertinentes, llamadas insistentes;

b) el secreto, que engloba las violaciones de correspondencia, los abusos de los medios de comunicación, las interceptaciones telefónicas, la revelación de informaciones dadas o recibidas en virtud del secreto profesional, el empleo de métodos que revelen lo inconsciente;

c) la violación de domicilio y de recintos privados; y

d) la violación de la imagen, estrechamente relacionada con la vida privada.

Algún autor sostiene que la protección a la vida privada fue judicialmente acogida por primera vez en Francia, el 16 de junio de 1958, cuando el Tribunal Civil del Sena dictaminó la aprehensión de un retrato y de varias pruebas fotográficas de una artista que, a pedido de su hermana, fue fotografiada enferma en su lecho. Las fotos fueron reproducidas por dos pintores que osaron exponer el trabajo y ponerlo a la venta en un establecimiento comercial. La decisión se basó en la idea de que la vida privada de la persona es distinta a la vida pública; por muy importante que sea el individuo tiene el derecho a desear morir en la oscuridad aunque haya vivido en el triunfo¹⁸⁵.

2.1.1.3 Concepto de intimidad

Antes de conceptualizar la 'intimidad', conviene detenernos en el origen del vocablo intimidad. Proviene del latín *intimus* y significa, en sentido estricto, íntimo, lo más profundo, estrecho.

Según Dotti¹⁸⁶, "la intimidad es un sentimiento que brota de lo más profundo del ser humano, un sentimiento esencialmente espiritual". Por su

¹⁸⁵ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.22-23.

¹⁸⁶ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, 1980, p.68.

parte, Giannotti¹⁸⁷ apunta que la intimidad queda bien caracterizada en su aspecto de libertad personal de vivir con el mínimo de interferencia de terceros.

El derecho a la intimidad es casi siempre considerado sinónimo de privacidad, es decir, una terminología de derecho angloamericano (*right of privacy*), siendo la expresión derecho a la intimidad más utilizada por los pueblos latinos.

Bittar¹⁸⁸ afirma que el derecho a la intimidad ha sido objeto de diversas denominaciones a lo largo del tiempo y en el espacio. El Derecho americano lo clasifica como *right of privacy* o *right to be alone*, el francés como *droit à la vie privée*; el italiano como *diritto alla riservatezza*, y el español como *derecho a la esfera secreta*. En Alemania, las expresiones *Privatsphäre*, *Intimsphäre* y *Geheimsphäre* significan, respectivamente, esfera privada, esfera íntima y esfera secreta u otras similares. En Portugal, se utilizan las expresiones protección a la intimidad de la vida privada y derecho a la zona de intimidad de la esfera privada. El Derecho brasileño prefiere las denominaciones derecho a la privacidad, derecho al resguardo y derecho de estar sólo.

Costa Júnior¹⁸⁹ refuta el anglicismo privacidad, demostrando preferencia por el término privatividad, derivado de privativo. El derecho a la intimidad es una especie del género de los derechos de personalidad que “son derechos absolutos a los cuales corresponden los deberes jurídicos de todos los miembros de la comunidad, cuyo objetivo está en la persona del titular”.

¹⁸⁷ GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.13.

¹⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7.ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.189.

¹⁸⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Op. cit.*, 1995, p.102.

Cabe también destacar algunas teorías alemanas sobre el tema, a las que nos referimos seguidamente.

2.1.1.4 Intimidad y vida privada X La teoría alemana de las esferas

Después de haber explicado el derecho a la intimidad como atributo del derecho a la personalidad, conviene distinguir entre intimidad y vida privada.

La teoría alemana de las esferas, evocada por Costa Júnior¹⁹⁰, sostiene que la vida particular o privada podría ser subdividida en otras esferas gradualmente menores, a medida que la intimidad se fuera restringiendo. En la esfera mayor, la privada, se suceden los acontecimientos que el individuo no quiere que se hagan públicos. Fuera de esa esfera se sitúan los sucesos y conductas de naturaleza pública, al alcance de la colectividad en general, por lo que no caben ahí los delitos de indiscreción. La esfera de la intimidad, o esfera confidencial, está contenida en la esfera privada; es un círculo cerrado de la que forman parte sólo personas muy íntimas. Por último, más al centro, se encuentra la *esfera del secreto*, que debe ser protegida de toda forma de indiscreción. De esa esfera no participan ni tan siquiera las personas de la intimidad del sujeto; la necesidad de protección contra la indiscreción es mucho más intensa.

Los límites de las esferas de la vida privada son flexibles, variando su amplitud según la categoría social de sus titulares. Tratándose de persona de tradición austera, reservada, la esfera de la vida privada será más amplia, a diferencia de una persona carente de tradiciones para quien la divulgación de ciertos hechos de su intimidad puede incluso agradar.

¹⁹⁰ Ibidem, p.36-37.

La sociedad tiene especial interés en penetrar y conocer la vida íntima de las personas célebres y, con ello, si bien se produce una limitación en el derecho a la intimidad de esas personas, no puede sin embargo, haber una supresión total de este derecho. Resulta ilustrativa la acusación de que el Presidente de Estados Unidos, Bill Clinton, habría mantenido relaciones sexuales con la entonces becaria de la Casa Blanca, Mónica Lewinsky, hecho que ocupó largo espacio en los medios de comunicación, especialmente en Internet, que divulgó la declaración del Presidente al Jurado en un vídeo de cuatro horas de duración. Seguramente fue uno de los *sítios* más visitados.

Costa Júnior cita como ejemplo de intrusión indebida en la vida privada la agresión a la que fue sometido el actor Charles Dullin, inmortalizado por fotógrafos en su lecho de muerte, él, que tantas veces interpretara la muerte en el escenario. Merecía respeto la muerte del artista puesto que allí no se trataba de muerte artística. La sociedad tuvo un ejemplo reciente con la muerte de la Princesa Diana de Inglaterra (el 31 de agosto de 1997), acosada por fotógrafos que, a toda costa, querían sacarle las mejores fotos, invadiendo de forma odiosa su privacidad.

Giannotti recoge la posición crítica de Fernandes¹⁹¹ con respecto a lo que plantea Costa Júnior. Considera más científica la concepción de Mans Heinrich Maass, cuya escala sería esfera íntima (propia), de confianza (privada) social y pública. Maass reduce la clasificación a tres: la *esfera íntima* es el espacio personal, tranquilo, inaccesible a terceros; la *esfera privada* consiste en el círculo de la familia de parientes de amigos conocidos y colegas de trabajo; en la *esfera pública* la libertad de informar es amplia y tiene límites sólo el plano ético.

¹⁹¹ FERNANDES, Milton (*Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.442) *apud* GIANNOTTI, Edoardo. *Op. cit.*, 1987.

En este sentido, Sampaio Ferraz Júnior¹⁹² señala que:

La intimidad es el ámbito de lo exclusivo que alguien reserva para sí mismo, sin ninguna repercusión social, ni siquiera al alcance de su vida privada que, por muy separada que esté, siempre será un vivir entre los otros (en la familia, en el trabajo, en el ocio en común). No hay un concepto absoluto de intimidad, aunque se pueda decir que su atributo básico, que es el de estar-sólo, no excluye el secreto y la autonomía.

El autor hace una distinción entre intimidad (diario íntimo, secreto bajo juramento) y vida privada, puesto que ésta implica la protección de formas exclusivas de convivencia en la que la comunicación entre los miembros interesados es inevitable pero pueden excluir a terceros. El término terceros, en la definición de Niklas Luhmann, integra la sociedad en la que la vida privada se desarrolla, pero no se confunde con ella (sociedad).

La vida privada puede abarcar situaciones de opción personal, como la elección del régimen de bienes en el matrimonio pero que en algunos momentos, puede requerir la comunicación a terceros; por ejemplo, en la compra de un inmueble, la persona necesita explicitar el régimen de matrimonio lo que difiere de la intimidad que no experimenta esa forma de repercusión. El derecho a la intimidad surge como una de las nuevas realidades del mundo contemporáneo, en que se observa la creciente interferencia del Poder Público en la vida privada (tanto en el ejercicio del poder de policía como en el campo de la actividad judicial), así como la mayor posibilidad de la intrusión de terceros en la esfera de la intimidad de las personas, habiendo contribuido la innovación tecnológica a esa invasión con diversos artefactos como teleobjetivos, minúsculos grabadores, aparatos de interceptación telefónica y ordenadores.

¹⁹² SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio. "Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado". *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.1, p.77-90, 1992.

Siguiendo a algunos autores americanos, Costa Júnior¹⁹³ acoge la expresión 'derecho de estar sólo' para delimitar el alcance de este derecho de *intimidad*, sin hacer una diferenciación técnica en relación a la *vida privada*. Para él:

En la expresión 'derecho a la intimidad' se tutelan dos intereses que se suman: el interés de que la intimidad no sufra agresiones y que no se divulgue. El derecho, sin embargo, es el mismo. [...] si el derecho es único y su bien tutelado es el mismo, si bien con ligeras tonalidades diferenciadoras, la diferencia radica en la modalidad de agresión. Se trata, pues, de dos momentos del mismo derecho subjetivo. [...] Si son dos los momentos de un único derecho, no vemos razón alguna para denominar indistintamente ambas esferas privadas. Podemos denominarla, pues, indiferentemente, derecho a la intimidad. Si se trata de preservarla o de mantenerla, poco importa. Es siempre derecho a la intimidad.

Novoa Monreal¹⁹⁴ identifica como elementos tipificadores de la vida privada los siguientes: (I) que se trate de manifestaciones o fenómenos que normalmente hayan quedado fuera del conocimiento de personas extrañas o, al menos, ajenas al círculo familiar del sujeto; (II) que los hechos citados sean aquellos cuyo conocimiento por otros provoque normalmente al sujeto una turbación moral ya que se vea afectado su sentido de pudor o de recato; y (III) que el sujeto no quiera que otros conozcan esos hechos.

Como cabe observar resulta extremadamente compleja la tarea de conceptualizar el derecho a la intimidad y a la vida privada, tanto que muchos autores no se arriesgan a elaborar un concepto preciso y terminan por analizar casos prácticos, con el fin de verificar los parámetros que delimitan la definición. Otros sólo mencionan qué tipos de protección están comprendidos en esos casos, para, después, analizarlos aisladamente.

¹⁹³ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Op. cit.*, 1995, p.34-35.

¹⁹⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. México: Siglo XXI, 1979, p.49.

En esta línea, Sampaio Ferraz Júnior¹⁹⁵ señala con precisión la diferencia entre los dos bienes de la personalidad. La intimidad “es el ámbito de lo exclusivo que alguien reserva para si, sin ninguna repercusión social, y representa su vida privada que, por más aislada que sea, es siempre un vivir entre los demás”, mientras la vida privada engloba situaciones “en las que la comunicación es inevitable (en términos de relación con alguien que, entre sí, intercambian mensajes) de los que, en principio, son excluidos terceros”. La principal diferencia, según el autor, es que la intimidad no comprende ninguna forma de repercusión y la vida privada, aunque conlleve situaciones de opción personal, implica necesariamente mantener la comunicación con terceros.

Una vez sentadas las bases de que la persona es el fundamento y la finalidad del derecho conviene analizar la diferencia del derecho a la intimidad y de la vida privada en relación a las otras categorías de derechos de la personalidad.

2.1.1.5 Diferencia con relación a otros derechos de personalidad

A pesar de que en la presente investigación esté implícitamente caracterizada la autonomía del derecho a la intimidad y a la vida privada en relación a otros derechos de personalidad, conviene especificar las diferencias entre los mismos a través de sus principales rasgos identificadores.

Según David Araujo y Serrano Nunes Júnior¹⁹⁶, el concepto de imagen contiene dos ideas: la primera, imagen-retrato, que es la configuración física de la persona (fisonomía), así como todas las exteriorizaciones de la personalidad del individuo (gestos, expresiones); la segunda, imagen-atributo, que deriva del desarrollo en las relaciones

¹⁹⁵ SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Op. cit.*, 1992, p.143.

¹⁹⁶ DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Op. cit.*, 1996, p.27-32.

sociales, es decir, la persona tiene una imagen ante la colectividad en la que vive, distinta de su imagen-retrato. La imagen, considerada en las dos acepciones, no se confunde por tanto con la intimidad y la vida privada. Los autores¹⁹⁷ identifican la diferencia afirmando:

Puedo utilizar la imagen de otros como si fuera mía, sin herir a la intimidad. No penetre en la vida individual, no viole su descripción. Sin embargo, hay una evidente violación de imagen. [...] Pensemos en un individuo que tiene reputación de buen profesional en un área concreta. Una revista divulga un reportaje sobre un eventual plagio de sus trabajos, lo que lleva a un perjuicio de su imagen-atributo. No ha habido ninguna forma de violación de su intimidad, pero sí que se ha producido, una violación de su imagen-atributo.

Según De Cupis¹⁹⁸, honor es “tanto el valor moral íntimo del hombre como la estima de los otros, o la consideración social, el buen nombre o la buena fama, así como el sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal [...] la dignidad personal reflejada en la consideración de los otros y en el sentimiento de la propia persona”. Ni en su aspecto subjetivo ni en el objetivo el honor se confunde con la intimidad y la vida privada. El ataque a la reputación de alguien puede afectar a la esfera de su vida pública sin que se produzca ninguna intrusión en sus aspectos particulares. Por tanto, puede haber lesión al honor aunque quede incólume el ámbito propio de la privacidad.

Según Herrero-Tejedor¹⁹⁹, el derecho a la identidad personal está relacionado intrínsecamente con el derecho a la intimidad pero no se confunde con éste. Para él, la identidad “representa una fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en la multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones, es decir, para expresar la concreta y efectiva personalidad del sujeto que se ha ido solidificando en la vida de relación social”. Así, la identidad está

¹⁹⁷ Ibidem, p.39-40.

¹⁹⁸ DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, 1961.

¹⁹⁹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Op. cit.*, 1998a, p.44.

relacionada con la representación y la proyección social, mientras la intimidad y la vida privada implican precisamente la no-proyección social, es decir, la posibilidad de que los aspectos particulares queden fuera del conocimiento público.

En este sentido, todavía hay que formular algunos últimos comentarios sobre la imposición de los límites de tal definición.

Aunque algunos autores consideren absolutos los derechos de personalidad, eso no significa que sean ilimitados. Mejor dicho, no existe derecho ilimitado. Absolutos, en ese caso, quiere decir que son oponibles contra todos (*erga omnes*), en una relación que se establece continuamente entre el individuo y la generalidad, de manera que, para la generalidad (entendida como colectividad), habrá un deber general de abstención: no herir los derechos de personalidad de los individuos.

Ruiz Miguel²⁰⁰ sostiene que, tratándose de libertades públicas, existen dos tipos de limitaciones: las de orden externo y las de orden interno. Las primeras surgen en virtud de la confrontación con otros derechos fundamentales; las segundas surgen por la propia naturaleza del derecho y por la forma de su ejercicio, pudiendo caracterizar el repudiado abuso del derecho.

En este epígrafe analizaremos sólo las *limitaciones de orden interno*, es decir, aquéllas inherentes al propio derecho. Las demás, las de orden externo, se analizarán más adelante, cuando nos ocupemos de la colisión de derechos, contrapunto que será realizado entre el derecho a la intimidad y a la vida privada del empleado y el derecho de propiedad del empleador.

²⁰⁰ RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995, p.1950.

Cifuentes²⁰¹ encuentra, en la propia definición de derecho a la intimidad, la existencia de limitaciones. Según este autor, el derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de la vida privada, y que está limitado por las necesidades sociales e intereses públicos.

Aquí está, por tanto, el primer límite que se impone al derecho a la intimidad y a la vida privada, fundamentado en el principio de supremacía del interés público. Según Costa Júnior²⁰²:

El hombre, en cuanto individuo que integra la colectividad, necesita aceptar las delimitaciones que le son impuestas por las exigencias de la vida en común. Y las delimitaciones de su esfera privada deberán ser toleradas tanto por las necesidades impuestas por el Estado como por las esferas personales de los demás conciudadanos.

Por tanto, en algunas hipótesis se admite que el interés individual se sacrifique en aras del interés público, es decir, que justifican una limitación de los derechos a la intimidad y a la vida privada. Limitación, y no su completa 'eliminación', puesto que según las características de los derechos de personalidad formulada por De Cupis, son esenciales, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, no susceptibles de ejecución forzada e imprescriptible; en definitiva, es imposible eliminarlos.

Así, el primer factor que limita el derecho a la intimidad y a la vida privada, en la configuración del interés público, es el interés de la Administración Pública. Eso no significa que queden anuladas todas las conquistas que los individuos alcanzaron desde las Revoluciones Francesa y Americana, con ocasión del reconocimiento de las libertades públicas, de cuño individual, que impusieron un alejamiento del Estado. El interés de la Administración Pública, hoy en día, está directamente relacionado con el interés efectivo de la sociedad.

²⁰¹ CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.544.

²⁰² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, 1995, p.45.

Tratándose de seguridad nacional, se podría admitir lesión a la intimidad y a la vida privada puesto que el sacrificio de un bien individual representaría un perjuicio menor que el de toda una colectividad. Por consiguiente, se respalda la investigación penal y a actividad de investigación por parte del Estado no de forma ilimitada y arbitraria sino dentro de los parámetros que el ordenamiento jurídico permita, sin ignorar la tutela de los derechos de personalidad.

2.2.1.6 Intimidad en el ámbito internacional

La protección jurídica del derecho a la intimidad y a la vida privada surgió, oficialmente, en 1948, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, del 20 de marzo al 2 de mayo de 1948, cuyo artículo 50 dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra el ataque abusivo de su vida privada y domiciliar”. Surgió, así, un 'derecho a la protección de la vida privada y familiar, cuyo contenido recibía los avances de la jurisprudencia y ganaría cuerpo con la experiencia jurídica de las décadas que siguieron”²⁰³.

A partir de ahí, el tema derecho a la intimidad y a la vida privada empieza a ser objeto de conferencias, seminarios, encuentros y estudios en el ámbito internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (del 16 de diciembre de 1966 – artículos 14 y 17), la Conferencia de Juristas Nórdicos, en Estocolmo (1967) y el Simposio de Estudios de Derechos y Proceso Penal (también en 1967), dirigido por Pietro Nuvolone, que abordó exclusivamente los problemas de la vida privada y del derecho a la intimidad.

²⁰³ LEITE SAMPAIO, José Anderson. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.81.

En 1968 fue la XIX Sección de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que adoptó la Recomendación 509, alertando con respecto al peligro que las interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas representan para la vida privada; el mismo año, con ocasión de la Conferencia Internacional de los Derechos del Hombre, en Teherán, la recomendación fue atendida por la Asamblea-General de las Naciones Unidas, con la reedición de la Resolución n° 2.450²⁰⁴.

Conviene resaltar que en abril de 1969 la UNESCO patrocinó, en Montecarlo, el Coloquio Internacional sobre la Divulgación de las Violencias y Ofensas a la Vida Privada Cometidas por los Medios de Comunicación Social. También el 22 de noviembre de 1969 fue firmada la Convención Internacional de los Derechos del Hombre, en San José de Costa Rica, cuyo artículo 11 prevé:

Art. 11. Protección del honor y de la intimidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honor y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de influencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su casa o en su correspondencia o de ataques ilegales a su honor o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales influencias o ataques.

El 23 de enero de 1970, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa elaboró la Resolución n° 428, dando un concepto amplio del derecho al respeto a la vida privada. Siguió otros eventos –como la 54^a Reunión de la Conferencia Internacional Laboral en Ginebra – que se ocuparon de los dispositivos electrónicos de vigilancia y control de los trabajadores. Entre 1976 y 1979, la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (OCDE) realizó simposios sobre los flujos internacionales de datos y protección de las libertades individuales. La Comisión del Consejo de Europa celebró la Convención n. 108, que fue

²⁰⁴ LEITE SAMPAIO, José Anderson. *Op. cit.*, 1998, p.121-124.

ratificada, inicialmente, por Francia, España, Noruega y Suecia y, en 1985, por la República Federal de Alemania; más tarde, en diciembre de 1988, por Austria, Luxemburgo y el Reino Unido. Lo importante de esa Convención, entre otros aspectos, es que se adoptó una directiva europea sobre la protección de datos “en relación al tratamiento de información de naturaleza personal”²⁰⁵.

Como se ve, en las últimas décadas el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada han sido objeto de interés internacional, consagrándose en el orden jurídico de varios países. Las atrocidades perpetradas por el nazismo contra la persona humana llevaron a los autores de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a obligar a la protección de la intimidad. Su artículo 12 establece: “Nadie será objeto de invasiones arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de atentados a su honor y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra invasiones o atentados”. Ese mismo año, la 9ª Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, estableció en su artículo 5º: “Toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada e familiar”²⁰⁶.

En el mismo sentido, en 1950, la Convención Europea para la Tutela de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales

²⁰⁵ LEITE SAMPAIO, José Anderson. *Op. cit.*, 1998, p.82-83.

²⁰⁶ Cf. GIANNOTTI, Edoardo (*Op. cit.*, 1987, p.32) e DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto (*Proteção internacional dos Direitos Humanos: a tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.100-101), los derechos civiles y políticos de los que tratan los arts. 3º al 21 de la Declaración incluyen “el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal; la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre; la prohibición de la tortura y del tratamiento o castigo cruel, despiadado o degradante; el derecho de ser reconocido como persona ante la ley; el derecho a igual protección de la ley; el derecho a recurso efectivo a los tribunales; la prohibición de prisión, detención o exilio arbitrarios; el derecho a una audiencia justa y pública por parte de un tribunal independiente e imparcial; el derecho de tener la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido probada; la prohibición de interferencias arbitrarias en la vida privada, en la familia, en el hogar o en la correspondencia.

recogió en el artículo 8º: “Toda persona tiene o derecho al respeto de su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia”²⁰⁷.

En mayo de 1967, se celebró en Estocolmo la Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la intimidad, abordándose el tema en toda su amplitud. El documento de Estocolmo distingue cinco ofensas al derecho a la intimidad: 1. penetración en el retraimiento de la soledad de la persona, incluyéndose en el caso el acecho, por el seguimiento, por el espionaje o por el llamamiento constante por teléfono; 2. grabación de conversaciones y toma de escenas fotográficas y cinematográficas de las personas en su círculo privado o en circunstancias íntimas o penosas a su moral; 3. audición de conversaciones privadas por interferencia mecánica de teléfono, microfilmes disimulados deliberadamente; 4. explotación de nombre, identidad o semejanza de la persona sin su consentimiento, utilización de falsas declaraciones, revelación de conversaciones o crítica de la vida de las personas; 5. utilización en publicaciones, o en otros medios de información, de fotografías o grabaciones obtenidas subrepticamente en las formas precedentes²⁰⁸. Esta Conferencia hizo insertar en el documento de sus trabajos la siguiente definición: “El derecho a la intimidad es el derecho del hombre de vivir en forma independiente su vida, con un mínimo de interferencia ajena”.

La Convención Americana de los Derechos del Hombre, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, proclama este derecho en el artículo 11:

Art. 11. Derecho a la vida privada.

1) Toda persona tiene el derecho de tener su honor respetado y su dignidad reconocida.

2) Nadie puede ser objeto de interferencia arbitraria o abusiva en su vida privada, su familia, su hogar o su

²⁰⁷ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Novas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.62.

²⁰⁸ SERRANO NEVES, Francisco Assis. *A tutela penal da solidão*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1981, p.51.

correspondencia, o de ataques ilegales a su honor o reputación.

3) Toda persona tiene un derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataques²⁰⁹.

2.1.1.7 Intimidad y el derecho de personalidad

El derecho a la intimidad ha recibido las más diversas denominaciones a través de los tiempos y del país donde se adoptó. El Derecho anglo norteamericano lo denomina *the right of privacy, right to privacy, the right to be alone, private life* y, a veces, *intimacy*; el francés, *droit a la vie privée*; el italiano, *diritto alla riservatezza, alla segretezza, intimità o riserbo*, mientras el español, derecho a la esfera secreta de la propia personalidad personal, vida privada, intimidad personal, esfera reservada a la vida o privacidad.

En Alemania se utilizan las expresiones *privatsphäre* (esfera privada), *intimsphäre* (esfera íntima) y *geheimnisphäre* (esfera secreta) y otras similares. En Portugal se utilizan dos expresiones para ese fin: protección a la intimidad de la vida privada y derecho a la zona de intimidad de la esfera privada. Por su parte, el Derecho brasileño lo denomina derecho a la privacidad, derecho al resguardo, derecho de estar sólo y derecho al recato.

De Plácido e Silva²¹⁰ aclara que el vocablo 'intimidad' deriva del latín *intimus* (lo más profundo, estrecho, íntimo) e indica el carácter de las cosas y de los hechos, que se muestran estrechamente ligados, o de las personas, que se muestran afectuosamente unidas por la estima.

Para el profesor italiano De Cupis²¹¹, la intimidad puede definirse como el modo de ser de la persona, que consiste en excluir del

²⁰⁹ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.27.

²¹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. V. II, p.8578.

²¹¹ DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, 1961, p.145.

conocimiento de otros todo aquello que se refiera a la misma. Así, sus experiencias, pasiones y luchas personales están íntimamente ligadas a un concepto de reserva que debe ser dejado al cuidado del propio interesado, a quien se le reconoce la más amplia posibilidad de esquivar la curiosidad pública.

En el pasado, la necesidad de estar sólo se atribuía a la excentricidad. En un mundo de población muy reducida, con amplios espacios vacíos, no se pensaba en el aislamiento. Hoy, la realidad es otra. Una síntesis del cuadro social contemporáneo, donde se fija la posición de conflicto entre la técnica y la existencia íntima del hombre, ha sido elaborada por Costa Júnior²¹². El vigor de sus palabras justifica la transcripción:

El proceso de corrosión de las fronteras de la intimidad, la penetración en la vida privada se hizo más aguda e inquietante con el advenimiento de la era tecnológica. Los logros de esta época se destinaron, en teoría, al fin de enriquecer la personalidad, ampliar la capacidad de dominio en el campo de la naturaleza, profundizar el conocimiento, multiplicar y difundir la riqueza, revelando y promoviendo las nuevas orientaciones de acceso al confort. Sin embargo, lo que sucede es que el propósito de los inventores, científicos e investigadores sufre una distorsión al convertirse la idea de beneficencia en un producto de consumo. La revolución tecnológica, cada vez más fuerte, gana dinamismo propio, carente de normas morales, que se vieron impulsados por un "cientificismo" al que son extrañas, e incluso insignificantes, como los problemas éticos, metafísicos, humanistas. Es ciego y desordenado, restando al control incluso de los sabios que lo han desencadenado.

Como sostiene Fernández²¹³, la vida privada es el derecho de excluir razonablemente de la información ideas ajenas, hechos y datos pertinentes al sujeto. Este poder jurídico atribuido a la persona consiste, en síntesis, en oponerse a la divulgación de su vida privada y a una investigación de la misma. A este poder corresponde el deber de todas

²¹² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, 1995, p.14.

²¹³ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, 1977, p.99 e 12.

las demás personas de no divulgar la intimidad ajena y de no inmiscuirse en ella, y en este poder está el contenido de lo que sea intimidad. Observa el autor que la protección de la intimidad se inserta en la cuestión más amplia de la tutela de la personalidad. Por consiguiente, sólo cuando a partir del siglo pasado empezó a ganar fuerza doctrinalmente, aquélla se incluyó como un todo en la preocupación de los juristas.

El encuadramiento del derecho a la intimidad con el derecho de la personalidad resulta evidente cuando se constata el carácter esencial de ambos, representando el mínimo capaz de garantizar al hombre su condición humana.

Las características que identifican los derechos de personalidad determinan, igualmente, el derecho a la intimidad, puesto que ambos son personales, extrapatrimoniales, inalienables, absolutos, imprescriptibles. Se trata, incluso, de derechos ya garantizados por el Estado²¹⁴.

Para Limongi França²¹⁵, el derecho a la intimidad forma parte de los derechos de personalidad, situándose como subdivisión del derecho a la integridad moral. Tobeñas²¹⁶ inserta la intimidad entre los derechos de tipo moral, comprendiendo los derechos a la esfera secreta de la propia persona, como el derecho al secreto de la correspondencia, el derecho a la imagen, el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales. Costa Júnior²¹⁷ describe, acertadamente, que el derecho a la intimidad integra la categoría de los derechos de personalidad o, más precisamente, “se encuadra entre los derechos que constituyen un

²¹⁴ En ese sentido, GIANNOTTI, Edoardo. *Op. cit.*, 1987, p.58.

²¹⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens. “Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais”. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.38, p.11, dez. 1992. Orlando Gomes también califica el derecho a la intimidad como de naturaleza moral, formando parte del derecho al recato, así como del derecho al nombre, a la imagen, al honor, etc.

²¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José *apud* GIANNOTTI, Edoardo. *Op. cit.*, 1987, p.57.

²¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, 1995, p.47.

atributo de la personalidad. Y se caracteriza por ser absoluto, indisponible y por no estar revestido de naturaleza patrimonial”.

A la luz del examen de las características propias, no hay duda de que el derecho a la intimidad forma parte de los derechos de personalidad; está ligado a la esencia del individuo.

El derecho a la intimidad es intransmisible, puesto que no se puede separar el honor y la intimidad de su titular. La naturaleza del objeto es lo que hace intransmisible el bien. Forman parte de la esencia de la vida el honor, la intimidad, la imagen. No se puede concebir la vida de un individuo sin esas características; por tanto, tiene carácter de esencialidad.

El derecho a la intimidad es indisponible ya que ni por voluntad propia del individuo el derecho puede cambiar de titular.

Como apunta Fernández²¹⁸, tal vez en ningún otro derecho de la personalidad sea tan extenso y tan decisivo el albedrío humano como lo es en el derecho a la intimidad. Así, “un acto que sería ilícito si fuera realizado contra la voluntad de aquél cuya intimidad está en juego se convierte en perfectamente jurídico cuando obtenga su consentimiento. Este poder decisorio encuentra naturalmente la barrera en la ley, las buenas costumbres y el orden público. Mientras no se supere estos, el querer es soberano”. El consentimiento será siempre expreso, otorgado para un determinado fin, puesto que, como concluye Costa Júnior²¹⁹, “penetrar en la esfera de la intimidad, porque lo haya pedido o haya invitado su titular, sería todo menos delito de indiscreción”.

El derecho a la intimidad es extrapatrimonial, puesto que no es susceptible de evaluación pecuniaria. El contenido económico de la

²¹⁸ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, 1977, p.116.

²¹⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, 1995, p.44-45.

intimidad es difícil de valorar. “Los valores que preserva no pueden valorarse según este criterio. Refugio inviolable de la persona, no retribible en moneda a aquél que lo ostenta”²²⁰. Sin embargo, la naturaleza extrapatrimonial del derecho no implica que no se pueda reparar pecuniariamente su violación. Es absoluto, puesto que es oponible a todos. Todos están obligados a respetarlo. Pero ser absoluto no significa que no esté subordinado a los imperativos del orden público y de las buenas costumbres.

Para Fernandes²²¹, la vida privada sólo será eficazmente protegida cuando su violación se considere así para todos, puesto que “la esfera individual o íntima debe ser protegida incluso de las personas más estrechamente ligadas entre sí, como en el caso de la sociedad conyugal o de las relaciones de filiación y paternidad”.

Así, el derecho a la intimidad, a pesar de que posee matices que les son propios, pertenece al rol de los derechos de personalidad y, como tal, debe ser interpretado.

2.1.2 Derecho a la imagen

La imagen es una de las características del ser humano y su elemento diferenciador. Forma parte del rol de los derechos de personalidad y se ha presentado en la actualidad como un componente importante para la protección de la dignidad de la persona humana.

La protección del derecho a la imagen tuvo su inicio en Francia, en 1858, cuando se hizo un retrato de la actriz francesa Rachel en su lecho de muerte. Su fotografía fue entregada a al pintor El'Connel, que la reprodujo y distribuyó sin el aval de la familia. Atendiendo a las

²²⁰ FERNANDES, Milton. *Op. cit.*, 1977, p.109.

²²¹ *Ibidem*, p.111.

reclamaciones, el Tribunal de Siene dictó la aprehensión y destrucción de la imagen reproducida. Para Naréssi Munhoz Affornalli²²², “el fundamento residió en la imposibilidad de reproducción de la imagen de la persona en el lecho de muerte, sin el consentimiento de la familia, aun cuando se tratase de persona ilustre, como Rachel”. Revela esta autora que la producción doctrinal específica del tema imagen tuvo su inicio en 1880, con el alemán Kohler, a quien siguió Keissber, en 1896, y otros tantos autores italianos²²³, dando origen al Art. 10 del Código Civil Italiano de 1942²²⁴, que representó la primera disposición legal que concedió protección a la imagen²²⁵.

En Brasil, el caso que dio inicio a la protección del derecho a la imagen afectó a Miss Brasil de 1922, Zezé Leone, que tuvo su imagen indebidamente incorporada a un película. Según Duval²²⁶, en la sentencia pionera de 1922, el Juez Octávio Kelly entendió que el gran objetivo de la protección legal es la protección de la personalidad del retratado, y extendió el núcleo de protección a la cinematografía “cuando acogió la Interdicción Prohibición en favor de Miss Brasil contra un cineasta de películas que había capturado su imagen en los ángulos inconvenientes para su reputación de chica”.

Con la aparición de la fotografía y las cada vez más abundantes nuevas tecnologías del mundo moderno, en menor tiempo se consigue captar la imagen de alguien y transmitirla al mundo entero sin que el titular llegue a saber que se ha captado su imagen. Resulta necesario entonces el derecho a promover los ajustes necesarios para la protección de este

²²² NARÉSSI MUNHOZ AFFORNALLI, Maria Cecília. *Direito à própria imagem*. 5.tir. Curitiba: Juruá, 2007, p.28.

²²³ MENDES BERTI, Silma. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.19-25.

²²⁴ CHAVES, Antônio. “Direito à própria imagem”. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, a.68, v.240, Fasc. 832-833-834, p.37, out./nov./dez. 1972.

²²⁵ MORAES, Walter. “Direito à própria imagem”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.61, n.443, p.66, set. 1972.

²²⁶ DUVAL, Hermano. “Filmagem e televisionamento de espetáculo público”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.446, p.52, dez. 1952.

bien jurídico de vital importancia. Así, frente a la vulnerabilidad de la imagen en el mercado actual, se crean mecanismos de defensa a través del medio jurídico con el fin de proteger al individuo sin restricciones.

El derecho a la imagen es, por supuesto, una emanación de la personalidad del sujeto y merece protección efectiva a partir de una orden jurídica por parte del Estado o de entes privados, protegiéndolo ante las violaciones futuras. Este derecho adquirió mayor énfasis con la promulgación del Código Civil de 2002, que regula en su artículo 20 el orden jurídico infraconstitucional del tema. Esta disposición legal condicionó la protección de la imagen para la eventual lesión conjunta del honor.

El vocablo imagen viene del latín *imago*, y Mendes Berti²²⁷ la define como “la idea o el significado de la casi-divina emanación de la personalidad humana”. En el concepto de Cavalieri Filho²²⁸, imagen es el conjunto de rasgos y caracteres que distinguen e identifican a una persona en un medio social.

Rossal de Araújo²²⁹ identifica dos especies de “imagen” a partir de la Constitución Federal de 1988: (1) imagen-atributo, que representa un conjunto de características efectivamente presentadas socialmente por determinado individuo (inciso V del artículo 5º), pero que no se limita a la imagen del ser humano, pudiendo ser interpretada ampliamente, englobando la imagen de la persona jurídica, incluso de sus productos y servicios, y (2) retrato, derivada de la identidad física de la persona (inciso X del mismo artículo).

²²⁷ MENDES BERTI, Silma. *Op. cit.*, 1993, p.31.

²²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

²²⁹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996, p.31.

Para Bittar²³⁰, el derecho a la imagen puede ser definido como:

[...] el derecho que la persona tiene sobre su forma plástica y sus respectivos componentes distintos (rostro, ojos, perfil, busto) que la identifican en el seno de la colectividad. Incide sobre la conformación física de la persona, comprendiendo este derecho un conjunto de caracteres que la identifica en el contexto social. En otras palabras, es el vínculo que une a la persona mediante su expresión externa, tomada en su conjunto, o en partes significativas (como la boca, los ojos, las piernas, como identificadores de la persona).

En el inciso X del artículo 666 del Código Civil, de 1916, se encuentra el tema sobre el derecho a la imagen. Se protegía al individuo que hubiese sido lesionado con la reproducción de fotos o bustos de encomienda particular el derecho de no aceptar la reproducción y una exposición pública. La persona podría oponerse a la reproducción y exhibición no autorizada de su imagen. El derecho del individuo consistía en que el derecho a su imagen primaba sobre el derecho del autor de la obra artística.

El ordenamiento jurídico de 1923, relevante en orden al derecho a la imagen, toma protagonismo en un litigio defendido por el Juez Octavio Kelly, del Segundo Tribunal de la Capital Federal, con respecto al derecho de autor de una obra cinematográfica y el derecho a la imagen del titular de la misma.

Propiedad artística, el derecho a la propia efigie. Exhibición Cinematográfica, prohibición de la película 'Rainha de Belleza'. Al haber producido la imagen sin autorización, se decidió que se debía de prohibir la película. No podría entenderse de modo diferente la norma invocada para proteger los derechos de la personalidad más acentuados. Es notorio que la cinematografía no es más que la impresión de la imagen en movimiento que se reproduce en estas condiciones, es decir, una verdadera fotografía animada.

²³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.87.

Rossal de Araújo²³¹ destaca la relevancia dada al derecho a la imagen:

La prodigalidad del constituyente al cuidar la cuestión y la relevancia que se la ha dado, incluyéndola entre los materiales inalterables, ubicándola en un capítulo destacado, y también en el texto constitucional, revelan el desarrollo y la preocupación por los derechos a la imagen, como resultado del derecho a la vida. El desarrollo tecnológico amenazó al hombre, a su imagen, por lo que la protección debe ser la adecuada para preservarla de violaciones producidas por la captura y colocación de imagen.

Como ya hemos indicado, el inciso X del artículo 5º la Constitución Federal garantiza la inviolabilidad de la intimidad, de la vida privada, del honor y de la imagen y el derecho a la respuesta proporcional al agravio, junto con una indemnización por daño material, a la imagen y moral derivado de su violación. El constituyente se preocupó de que cada uno de estos aspectos fuese tratado de forma individual y, al colocarlos conjuntamente dio autonomía a la imagen. Al afianzar el honor, la vida privada, la intimidad y la imagen, el constituyente los presentó como bienes distintos, autónomos, con sus regímenes jurídicos. Según Rossal de Araujo²³², este inciso da una connotación a la imagen como un conjunto de atributos que caracterizan a la persona individual o a la persona jurídica en una sociedad.

El inciso XXVIII, línea "a", del mismo artículo garantiza la protección a las participaciones individuales en obras colectivas y a la reproducción de la imagen y voz humanas, incluso en lo que se refiere a los deportes. Esta disposición corrobora la tutela de la voz, inherente al concepto de imagen, y también concreta la protección de la reproducción de la imagen de los atletas en los espectáculos deportivos (derecho de arena), reforzando la necesidad de consentimiento por parte del titular de la imagen.

²³¹ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *Op. cit.*, 1996, p.68.

²³² *Ibidem*, p.110.

Con el avance tecnológico, esta rama del Derecho (producción y vinculación de imágenes, entre otros) se transformó y, a partir de este cambio, en la actualidad se presenta de forma única, con características peculiares y propias, dotada de autonomía plena. Para que el individuo pueda gozar de la protección efectiva de su imagen, es necesaria una legislación para que, en el caso de que se produzca una lesión o amenaza de lesión a su imagen, el individuo encuentre tutela legal.

Mendes Berti²³³ afirma que “la cuestión del uso indebido de la imagen, tantas veces llevada a examen por los tribunales, acabó asumiendo contornos propios, haciendo posible la tutela de la imagen independiente de cualquier conexión con otro derecho”. Por su parte, Diniz²³⁴ entiende que “realmente se puede ofender la imagen sin llegar a la intimidad o al honor”.

En la Constitución Federal se ha establecido la autonomía del derecho a la imagen a través de la igualdad de este derecho con relación a los demás derechos de personalidad. La Carta Magna se orienta a tratar de forma individualizada los derechos de personalidad, tales como la vida privada, la imagen, la intimidad y el honor, no habiendo por tanto ningún grado de subordinación entre estos. En opinión de Rossal de Araújo²³⁵, la cuestión puede ser explicada de la siguiente forma:

El constituyente se ocupó de manera diferente de cada uno de estos bienes y, para ponerlos al lado del otro, dio autonomía a la imagen, resolviendo la cuestión que afectaba a la doctrina. La imagen, por lo tanto, es distinta de intimidad, del honor, de la vida privada. Si no se pretendía dar autonomía a la imagen, no la hubiera ubicado al lado de otros bienes, sólo le hubiera garantizado la protección. Al proteger la imagen y el honor, pretendió dar a entender que son bienes distintos, independientes. Lo mismo puede decirse de la intimidad y privacidad. La imagen por lo tanto debe tener su propia

²³³ MENDES BERTI, Silma. *Op. cit.*, 1993, p.96.

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V.2, p.129.

²³⁵ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *Op. cit.*, 1996, p.74.

disciplina, al lado de la intimidad, del honor y la intimidad. Toda posición, a partir del nuevo texto constitucional, que pretenda negar autonomía a la imagen, debe ser rechazada.

Mediante el nuevo ordenamiento constitucional se puede afirmar con tranquilidad que la imagen es un bien claramente protegido, mereciendo una regulación propia y autónoma.

Sin embargo, con las innovaciones incorporadas en el nuevo Código Civil de 2002, la cuestión de la autonomía del derecho a la imagen se ha visto afectada, ya que su redacción está vinculada a los derechos de personalidad, junto con las cuestiones de carácter financiero (fines lucrativos y comerciales). El artículo 20 dice:

Art. 20. Salvo en el caso de que sean autorizadas o sean necesarias para la administración de la justicia o para el mantenimiento del orden público, la divulgación de escritos, la transmisión de palabras, o la publicación, la exposición o la utilización de la imagen de una persona podrán ser prohibidas, a petición y sin perjuicio de la indemnización a la que pueda dar lugar, si afectan al honor, a la buena fama o a la responsabilidad, o si son destinados a fines comerciales.

Párrafo único. Al tratarse de persona difunta o ausente, son partes legítimas para requerir esta protección el cónyuge, los ascendientes o los descendientes.

En Brasil, el derecho a la imagen sólo será contemplado si su divulgación conlleva lesión al honor o se produce divulgación para fines lucrativos y comerciales. Cabe entonces concluir que la idea insertada en el Código Civil de 2002 trató de proteger el honor del titular de la imagen, y no su derecho a la imagen, puesto que protege de la divulgación con naturaleza económico-financiera.

Según el artículo 20, una infracción al derecho de la imagen contemplado por la Constitución Federal de 1988, permite concluir que un individuo que tenga su imagen captada, pero no divulgada, sin que su honor haya sufrido lesión alguna, no estaría desprotegido por el ordenamiento jurídico ya que no podría impedir que cualquier otra persona pudiera captar su imagen y, al poseerla, la pudiera divulgar con

finés lucrativos para que la persona en cuestión no sufra ninguna ofensa al propio honor.

La afirmación contenida en el Nuevo Código Civil es contraria al Principio de la Supremacía de la Constitución Federal, quedando esta norma subordinada a la Carta Magna.

Se puede concluir que, en la perspectiva del artículo 20 del Código Civil, la imagen sólo tendrá protección a través del ordenamiento jurídico si hay algún elemento de tipo económico y/o junto con éste exista una lesión del honor. Asimismo, según la Constitución Federal, cualquier acto que venga a denigrar el derecho a la imagen será amplia y plenamente protegido por la ley prevista para la protección, independientemente de la vinculación a cualquier otro derecho, sea éste al honor, su relación con fines lucrativos.

Por ello, el derecho a la imagen tiene como fundamento legal el derecho del individuo de autorizar o no, prohibir, impedir la captación de su imagen, exponerla, independientemente de cualquier otro bien jurídico previsto por la legislación en lo que concierne a los derechos de personalidad, tales como el honor, la privacidad y la intimidad, destacando la dignidad humana.

El derecho a la imagen puede ser ejercido bajo dos enfoques, negativo y positivo. El primero trata el derecho del individuo de prohibir la captación y/o reproducción de su imagen. El *ius imaginis* es la facultad que tiene el titular de autorizar o prohibir, de modo exclusivo, la captación o explotación de su figura. Aquí se percibe el ejercicio negativo del derecho a la imagen. En el ejercicio positivo, según Affornalli²³⁶ “el derecho a la propia imagen se reviste de las características comunes de los derechos de personalidad, género del cual es especie”. Este derecho

²³⁶ NARÉSSI MUNHOZ AFFORNALLI, Maria Cecília. *Op. cit.*, 2007, p.51.

como tal es indisponible, impignorable, extrapatrimonial, irrenunciable, imprescriptible, con carácter vitalicio e integral.

Es correcto afirmar que el derecho a la imagen es extrapatrimonial puesto que busca el interés moral en cuanto protección de la dignidad del ser humano.

Para Lotufo²³⁷, los derechos de personalidad son extrapatrimoniales “porque no se reducen a un dimensionamiento de intereses ni tampoco a valoraciones económicas”.

Según Stoco²³⁸, “el sujeto no puede alienarla o enajenar su derecho a ella, si bien puede ceder a otros el ejercicio de ciertos derechos que forman el contenido de su derecho general”. En la misma línea de razonamiento, el derecho a la imagen es inalienable, indisponible, intransmisible, puesto que bajo la imagen hay una disponibilidad relativa, ya que no puede ser comercializada, donada o transferida a otros. Lo que de hecho es posible de las acciones ahora presentadas es: “La materia sobre la cual incide es el derecho de la personalidad y no el propio derecho”²³⁹.

Se puede enajenar y, así, alcanzar fines lucrativos con el privilegio exclusivo de la fijación y reproducción de la imagen, pero no se puede enajenar la propia imagen, un hecho cada vez más utilizado en el mundo contemporáneo.

²³⁷ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: Parte geral* (arts. 233 a 420). 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 2, p.49.

²³⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.1625.

²³⁹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; FACHIN, Luiz Edson (Coord); et al. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade: repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.29.

Se plantea, entonces, de qué manera(s) se puede explotar el ejercicio del derecho a la imagen sin que se vulnere ningún precepto legal.

Para Silva²⁴⁰, “la utilización de la imagen de forma lícita se da desde el momento en que se autoriza por parte de su titular”. El consentimiento es dado con exclusividad por el individuo a terceros y puede ser tácito. La autorización que da un carácter lícito a la utilización de la imagen no es, sin embargo, ilimitada, puesto que “el simple consentimiento en dejar fijar la propia imagen no implica total disposición sin restricciones de su imagen. Quien consienta, consiente en un algo y hasta un cierto punto”²⁴¹.

Conviene aclarar que el consentimiento dado a otros para el ejercicio del derecho a la imagen, cuando es necesario, podrá ser retractado; es decir, quien detente el derecho a la imagen siempre podrá retirar el consentimiento que ya otorgó a otros para que su imagen fuera captada y explotada, respondiendo, sin embargo, por los perjuicios causados por el hecho de haberse retractado.

Lo que hace posible la retracción es el hecho de que el derecho a la imagen forma parte del patrimonio esencial de la persona y, debido a su única y singular personalidad corrobora su característica principal como un bien jurídico extrapatrimonial.

El derecho a la imagen es practicado desde el momento en que el individuo consiente la captación, reproducción y/o divulgación de su imagen. Sin embargo, como tantos otros, no es absoluto y, por tanto, es susceptible de acciones que lo limiten con el objetivo de flexibilizar las relaciones existentes.

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.353.

²⁴¹ *Ibidem*, p.67.

El uso no consentido de la imagen de alguien no constituye acto ilícito en algunas situaciones y no supone para el titular de la imagen ningún tipo de indemnización o circunstancia que limite su uso. Para Cifuentes²⁴², aquí se caracterizan los límites del derecho a la propia imagen, es decir, “*imágenes no protegidas*”.

En principio, no hay una solución inmediata para los conflictos relativos a los límites del derecho a la imagen, y los magistrados les juzgan desde la característica que ellos mismo atribuyen al derecho a la imagen, como la de relatividad; es decir, en interés del orden público y administración de la justicia, no es necesaria la autorización por parte del titular de la imagen y no puede oponerse ni a la captación ni a la reproducción de su imagen. Sin embargo, estos límites no pueden considerarse sólo bajo el ángulo externo al derecho a la imagen ni tan poco de forma individualista, puesto que el derecho tiene su origen en la *sine qua non* del hombre como un ser sociable. La sociabilidad hace que el individuo esté dotado de responsabilidades colectivas, y esta condición puede verse en el ejemplo típico de que, si es buscado por la policía, no podrá ejercer el derecho de que su imagen no sea publicada por las autoridades policiales puesto que un delito, por su naturaleza, no pertenece al ámbito individual sino que denota interés social y contraviene la regla de conducta impuesta a una sociedad²⁴³. Tal situación está prevista en el artículo 20 del Código Civil.

Por ello, el derecho a la imagen cede ante un interés público, es decir, este último primará cuando sea de interés de la colectividad.

En cuanto a la extinción, la personalidad de un individuo tiene fin con su muerte y con ella acaban también los derechos que le eran atribuidos, entre ellos el derecho a la imagen. Sin embargo, al difunto se

²⁴² CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, 1995, p.531-541.

²⁴³ BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p.83.

le puede haber captado su imagen y utilizada indebidamente. Para esta situación, el artículo 20 del Código Civil, párrafo único, apunta que cabrá al cónyuge (compañero) sobreviviente, a los ascendientes y descendientes el derecho de defensa de los derechos de personalidad del *cujus* o, también, una indemnización en el caso de que haya algún tipo de lesión a ese derecho. Junto a este artículo cabe destacar también el artículo 12, párrafo único, del Código Civil, que establece la legitimación, además de para el cónyuge sobreviviente, para cualquier pariente en línea recta o colateral.

Conviene destacar que estos individuos dotados de legitimidad estarán ejerciendo el derecho en nombre propio, y no en nombre de quien detente la imagen ya fallecido, pudiendo impedir y/o autorizar la utilización de la imagen y, también, solicitar indemnización (daños morales y materiales) en caso de lesión.

Hay tres las formas de proteger el individuo que haya sido lesionado con respecto a la defensa de su imagen: legítima defensa, tutela preventiva y tutela reparadora. Según Diniz²⁴⁴:

Por lo tanto, la legítima defensa se ha de considerar como excluyente de responsabilidad civil (Código Civil, Art. 188, I, parte 1ª, RT, 756:190, 808:224, 780:372) y penal (CP Art. 25), si con el uso moderado de medios necesarios alguien pueda repeler una injusta agresión, actual o inminente, para sí o para otros, será legítimo el perjuicio infligido al agresor por parte del agredido, sin causar ningún tipo de indemnización por daños y perjuicios, resultando improcedente cualquier demanda de indemnización por parte del perjudicado.

El concepto de legítima defensa ha sido extraído del artículo 25 del Código Penal: “se entiende por legítima defensa quien, usando moderadamente los medios necesarios, repele una injusta agresión, actual o inminente, en derecho suyo o en derecho de otros”. Hay un

²⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2007, p.552-553.

respaldo jurídico acerca de la legítima defensa en el inciso I del artículo 188 del Código Civil: “Art. 188. No constituyen actos ilícitos: I – los practicados en legítima defensa o en el ejercicio regular de un derecho reconocido.”

Sumado a la legítima defensa, está la tutela preventiva para proteger el derecho a la imagen. A través de ella, el titular, sintiéndose amenazado, podrá frenar la producción de daño, haciendo que sus efectos se extingan, puesto que se trata de impedir la concreción de la lesión y/o su propagación. Con relación a la tutela preventiva, existe una disposición legal en la Constitución Federal en el inciso XXXL del artículo 5º: “[...]. La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho”.

Para Nery Júnior²⁴⁵,

Esto significa que todos tienen acceso a la justicia para postular tutelas jurisdiccionales preventivas o correctivas relativas a un derecho. Aquí se contemplan no sólo los derechos individuales, sino también los difusos y colectivos.

Por el principio constitucional del derecho de acción, todos tienen el derecho a obtener por parte del Poder Judicial la *tutela jurisdiccional adecuada*. No es suficiente el derecho a la tutela jurisdiccional. Es preciso que esta tutela sea adecuada, de lo contrario resultaría vacía sin el sentido del principio. Cuando la tutela adecuada para el jurisdicionado fuera una medida urgente, el juez cumple con los requisitos legales y debe concederla independientemente de que la haya autorizado, o incluso de que haya una ley que prohíba la tutela urgente. [...]

En esto radica la esencia del principio y el jurisdicionado tiene derecho a obtener por parte del Poder Judicial la tutela jurisdiccional adecuada.

En el artículo 461 del Código de Procedimiento Civil se encuentra el respaldo jurídico acerca de la tutela preventiva (inhibitoria):

²⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.100-101.

Art. 461. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de deber de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica del deber o, si es procedente el pedido, determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

§ 1º. El deber sólo se convertirá en pérdidas y daños si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

§ 2º. La indemnización por pérdidas y daños se producirá sin perjuicio de la multa (Art. 287).

Podemos concluir que la tutela preventiva permite al titular de la imagen, en el instante en que detecta que la misma podría ser captada y vinculada, buscar en el Poder Judicial una medida que establezca bien sea una multa para el individuo que hace un mal uso de la imagen y de la incautación de material o bien, otras medidas que se consideren necesarias.

2.1.3 Derecho a la privacidad

No se puede describir la privacidad sin hacer una referencia previa a la libertad.

La privacidad se impone como premisa básica para el desarrollo del sentido de la individualidad puesto que permite al individuo la posibilidad de refugiarse en sí mismo y, así, proporcionarle un espacio libre de intervenciones externas.

La privacidad protege la libertad, y también depende de la misma condición para garantizar su existencia. En situaciones de represión (dictadura), el Estado restringe radicalmente el derecho a la privacidad de los ciudadanos. No se asegura privacidad sin libertad, y no se ejercita libertad sin privacidad.

El ejercicio del derecho a la privacidad es el ejercicio del derecho a la libertad, tanto la de exponerse o no, como la de decidir en qué nivel pretende el titular revelar su intimidad y su privacidad.

Según Haddad Jabur²⁴⁶, el derecho a la privacidad deriva del derecho a la libertad, en la medida en que el primero alberga el derecho a la paz interior, a la introspección, y el segundo garantiza el derecho a una libre elección de lo que el individuo pretende o no expresar, protegiendo su pequeño círculo de la forma que más le convenga. Para Bastos²⁴⁷ “es la facultad que tiene cada individuo de evitar la intrusión de extraños en su vida privada y familiar, así como de impedirles el acceso a informaciones sobre la privacidad de cada uno, y también impedir que se divulguen informaciones sobre esta área de manifestación existencial del ser humano”.

Así, el derecho a la privacidad se traduce en la facultad que tiene cada persona de evitar la intrusión de extraños en su intimidad y vida privada, así como en la prerrogativa de controlar sus informaciones personales, evitando el acceso y la divulgación no autorizados.

Podemos ver la intrusión en la privacidad de un individuo, por ejemplo, a través del acceso no autorizado o también de la divulgación no autorizada de sus datos personales o de sus informaciones particulares. Otro ejemplo de intrusión en la privacidad puede producirse por medio de la identificación del titular de determinadas informaciones legítimamente visitadas. Aquí, el acceso a las informaciones es autorizado, no siendo legítima la identificación de su titular.

²⁴⁶ HADDAD JABUR, Gilberto. *Liberdade de pensamento e o direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.260.

²⁴⁷ RIBEIRO BASTOS, Celso. *Comentários a Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 2, p.63.

Conviene clasificar la privacidad en categorías de acuerdo con la esfera de protección, como las siguientes: física, del domicilio, de las comunicaciones, decisión e información.

La privacidad física protege el cuerpo del individuo contra los procedimientos invasivos no autorizados por el propio individuo, como la realización forzada de tests de drogas y de exámenes genéticos, por ejemplo. El Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció el derecho a la privacidad física en una decisión del 10 de junio de 1963 donde juzgó procedente la reclamación constitucional presentada por un pequeño empresario, que en un proceso penal por delito para el cual se preveía una pena pecuniaria fue forzado a someterse a una intervención quirúrgica para la retirada de líquido cefalorraquídeo a fin de probar su imputabilidad. Para este Tribunal, el interés público en la aclaración de delitos no justifica la violación a la incolumidad física del reclamante, y más aún cuando se trataba de un delito de menor potencial ofensivo.

En cuanto al derecho a la privacidad domiciliaria, protegida por el inciso XI del artículo 5º de la Constitución Federal de Brasil, se tiene: “La casa es un asilo inviolable del individuo, nadie puede entrar sin el consentimiento del residente, excepto en caso de flagrante delito o desastre o para proporcionar socorro, o durante el día, por orden judicial.” Se caracteriza como domicilio la residencia o cualquier local delimitado o separado que uno ocupa con exclusividad, como cuarto de hotel y oficina profesional, siempre que exista la intención de establecerse.

En cuanto al derecho a la privacidad de las comunicaciones, prevista en el inciso XII del artículo 5º de la Carta Magna, se garantiza “inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, salvo en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establece para fines de investigación penal o instrucción procesal penal”. Aquí se puede constatar que esta disposición se refiere a todos los tipos

de comunicación contra la interceptación por terceros y contra el propio Estado, admitiéndose la intrusión en la privacidad sólo cuando haya decisión judicial y para salvaguardar otros intereses públicos. Esta disposición legal, además de establecer expresamente la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en general, implícitamente prohíbe el conocimiento de su contenido por terceros, garantizándose la confidencialidad de las informaciones, incluyendo aquéllas por medio electrónico.

Con relación al derecho a la privacidad de decisión, ésta se puede caracterizar como el atributo innato del individuo de decidir su propio destino, de tomar las propias decisiones. Este tipo de privacidad fue reconocido por la jurisprudencia americana en casos relacionados con el uso de anticonceptivos y con el aborto, al preservarse a la pareja el derecho de decidir sobre el curso de su vida sin ningún tipo de interferencia del Estado.

Por último, el derecho a la privacidad de información, se refiere a las informaciones sobre un determinado individuo, enumerando no sólo las que se refieren a su foro íntimo sino también a datos personales que puedan llevar a la identificación de tal titular. Este tipo de derecho fue reconocido por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, en 1983, donde se ordenó el empadronamiento general de la población recogiendo datos relacionados con la profesión, la residencia, el domicilio y la renta.

Hoy, el derecho a la privacidad de la información ya está reconocido en las constituciones de países como España, Rusia, Portugal. En Brasil no existe ninguna disposición que mencione explícitamente la privacidad de la información, pero este derecho se puede encontrar en el citado inciso XII del artículo 5º de la Constitución Federal, en donde se encuentran los 'datos', junto con el inciso X del mismo artículo, que protege la intimidad y la privacidad de modo universal.

Como venimos apuntando hasta aquí, el derecho a la privacidad, de forma gradual, se ha ido incorporando a las normas jurídicas de cada país hasta su reconocimiento como derecho fundamental previsto en la gran mayoría de las Cartas Magnas.

Para Bittar²⁴⁸, los derechos de personalidad están divididos en derechos físicos, derechos psíquicos y derechos morales. Los físicos protegen el derecho a la vida, a la integridad física del cuerpo, la imagen y la voz. Los psíquicos protegen la libertad de pensamiento, de culto, de expresión y la intimidad. Y, el derecho moral, según este mismo autor, contempla la identidad y el honor.

Se trata también del derecho a la privacidad de la persona jurídica. El actual escenario mundial pone de manifiesto el avance creciente de las personas jurídicas, y algunos derechos fundamentales inherentes a las personas físicas comienzan a proteger también este rol de personas (público o privado).

En lo que concierne al derecho a la privacidad, según algunos autores, especialmente Perlingieri²⁴⁹, el secreto, la información y la privacidad sólo comienzan a tener valor existencial para las personas físicas, puesto que para las personas jurídicas estos atributos se revisten de un valor exclusivamente patrimonial. El valor de la persona física es superior al valor de la persona jurídica, lo que lleva a concluir que el ente persona jurídica no goza de titularidad para el derecho de personalidad (dignidad de la persona humana) y, por consiguiente, no hay norma que le ampare con respecto a la privacidad. Este mismo autor afirma que, por ejemplo, el secreto bancario de las personas jurídicas debe encontrar protección jurídica, sin embargo no bajo el prisma de los derechos de

²⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.64-65.

²⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.158.

personalidad. De otro modo, Dotti²⁵⁰ entiende que las personas jurídicas tienen derecho a la privacidad, incluso aunque no sean titulares de los derechos de personalidad.

Esta investigación se basa en la corriente que reconoce a las personas jurídicas el derecho a la privacidad en la rama del derecho fundamental. Sin embargo, hay que destacar que no se encuadra como un derecho de personalidad, aunque se sostenga como un derecho fundamental. No todo derecho fundamental presenta características de derecho de personalidad.

Como ya hemos apuntado anteriormente, los derechos de personalidad denotan el principio de dignidad humana, tienen objetivos de protección directa del individuo, atribuyendo a su titular el derecho subjetivo de exigir de los otros el respeto a su ser. Por ello, no cabe aceptar la existencia de un derecho de personalidad de una persona jurídica, puesto que no es posible identificar a la persona jurídica como una persona humana, y tampoco los derechos de personalidad se presentan con una naturaleza eminentemente extrapatrimonial, que no se aprecia en la gran mayoría de las organizaciones, salvo las de carácter sin fines lucrativos.

Estas controversias no se tomaron en consideración en la creación del artículo 52 del Nuevo Código Civil, donde se contempla la extensión otorgada a las personas jurídicas de los derechos de personalidad: “se aplica a las personas jurídicas, en su caso, la protección de los derechos de personalidad.”

Siendo así, la privacidad consiste en un privilegio que implica el respeto a toda persona de constreñir a los otros para que respeten su esfera privada, pero también de controlar sus informaciones de carácter

²⁵⁰ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.158.

personal resistiendo a las intromisiones indebidas provenientes de terceros. Podemos comprobar que el ámbito de protección de la privacidad comprende el control de informaciones de carácter personal; es decir, el control de informaciones cuyo acceso y divulgación pueda comprometer los intereses de la persona física o jurídica titular de la garantía.

Desde otra perspectiva, los órganos públicos se rigen por los principios de la legalidad, moralidad, publicidad, impersonalidad, supremacía del interés público y transparencia, que impiden que el agente público niegue a cualquier ciudadano el acceso a las informaciones que obran en los registros públicos. Las informaciones son de carácter institucional del órgano competente y, con excepción de las clasificadas como secretas de acuerdo con la ley, son consideradas públicas; el acceso a las mismas debe ser libre, permitiendo a los administrados el control del Estado.

Según el artículo 23, § 1º, de la Ley n. 8.159, de 1991, y el artículo 2º de la Ley n. 11.111, de 2005, sólo pueden ser consideradas secretas para el poder público las informaciones que se refieren a la “protección de la inviolabilidad de la intimidad, de la vida privada, del honor y de la imagen de las personas” y las “imprescindibles para la seguridad de la sociedad y del Estado”, y todas las demás deben estar liberadas para su consulta por parte del público como un mecanismo de control efectivo de los actos y conductas de los agentes públicos y de los contratos administrativos.

Según Gandra Martins Filho y Monteiro Júnior²⁵¹, los órganos de carácter público no pueden ser titulares de derechos fundamentales, en particular del derecho a la privacidad. Las personas jurídicas de Derecho

²⁵¹ GANDRA MARTINS FILHO, Ives; MONTEIRO JÚNIOR, Antônio Jorge (Coords.). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Ideias & Letras / São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p.169.

Público son destinatarios de las normas de los derechos fundamentales pero nunca podrán ser titulares, porque si hubiera una identidad entre el polo activo y el pasivo se derrumbaría el significado de dichas normas. Es un caso distinto a las personas jurídicas privadas donde, aún existiendo debate, sí parece admitirse la titularidad de derechos fundamentales.

Por lo tanto, se constata que es clara la incompatibilidad entre los principios de la legalidad y de la publicidad que orienta a los órganos públicos en comparación con la protección de la intimidad y de la vida privada, lo que lleva a concluir que el derecho a la privacidad no se aplica a las personas jurídicas de Derecho Público y sí exclusivamente a las personas jurídicas de Derecho Privado.

En cuanto a sus dimensiones, el derecho a la privacidad presenta un carácter negativo, puesto que proporciona y otorga al titular la posibilidad de exigir del Estado y de los demás particulares que se abstengan de intervenir en su esfera jurídica que impone a terceros el respeto a su intimidad y a su vida privada. Una vez que el derecho a la privacidad protege individualmente a su titular de intromisiones del Poder Público y de los demás individuos, se considera como ejemplo de un derecho de defensa. Tal afirmación puede ser encontrada en los incisos X y XII del artículo 5º de la Constitución Federal, puesto que protege al titular de intromisiones de terceros en lo que atañe a la intimidad y a la vida privada, caracterizándose como una dimensión negativa.

El derecho a la privacidad garantiza al titular cuatro atributos inherentes al derecho de defensa. Son los siguientes (a) protección de los individuos contra acciones del Estado junto con particulares que vengán a interferir en su intimidad y vida privada; (b) prohibición del Estado de extinguir el derecho fundamental a la privacidad; (c) debate con relación a la posibilidad de renuncia y negación al derecho a la privacidad.

Dado que presenta la característica de dimensión negativa, el derecho a la privacidad no sólo pretende una abstención estatal sino

también a una actuación por parte del poder público en orden a garantizar la no intrusión de terceros en la intimidad y en la vida privada de otros; es decir, empieza a exigir una actuación positiva del Estado. Como el Estado garantiza no sólo la no interferencia por parte de los poderes públicos en el ámbito de la intimidad y vida privada de los individuos y las demás personas no violarán tal precepto, este derecho puede ser tipificado como un derecho de protección.

Partiendo del presupuesto de que el derecho a la privacidad es uno de los derechos de personalidad, y de que estos presentan la característica de irrenunciabilidad, se plantea si se puede o no prescindir de la privacidad. Según Salvo Venosa²⁵², es imposible no disponer de la privacidad, de la libertad, de la integridad física y del nombre, puesto que los derechos de personalidad protegen la dignidad de la persona humana, el bien jurídico más relevante de los dogmas jurídicos.

La mayor parte de los legisladores defienden la idea de que el derecho a la privacidad es irrenunciable, ya que se define como derecho de personalidad y presenta características incompatibles con el ejercicio de la renuncia; es decir, es necesario, siendo indispensable para el desarrollo de la personalidad del individuo, indisponible, no siendo posible su comercio o disposición y, finalmente, perpetuo, durante toda la vida del individuo y acaba produciendo efectos después de su muerte. Tal afirmación puede ser encontrada en el Art. 11 del Código Civil, donde: "Aparte de los casos previstos en la ley, los derechos de personalidad son intransmisibles e irrenunciables, no pudiendo su ejercicio sufrir limitación voluntaria".

²⁵² SALVO VENOSA, Sílvio de. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.174.

Para Godinho Delgado²⁵³, el artículo 11 del Código Civil no garantiza la prohibición con fines lucrativos de los derechos de personalidad, siendo posible la comercialización de la propia imagen; no se admite, sin embargo, cesión duradera en cuanto al tiempo o indeterminación y en cuanto al objeto.

En el artículo 20 del mismo Código se contempla la posibilidad de limitación temporal del ejercicio del derecho a la privacidad; sin embargo, es necesaria la existencia de autorización previa del titular o, cuando es necesaria la limitación, desde que se dicte la orden judicial o de orden público. Así:

Artículo 20. Salvo en el caso de que se autoricen, o si fueran necesarias para la administración de la justicia o para el mantenimiento del orden público, la divulgación de escritos, la transmisión de palabras, o la publicación, la exposición o la utilización de la imagen de una persona podrán ser prohibidas, a su petición y su perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder, si le afectaron el honor, la buena fama o la respetabilidad, o si se destinan a fines comerciales.

A partir de este artículo se pueden analizar las cuestiones en las que individuos comunes o notorios, valiéndose del derecho a la autodeterminación, se proponen exponer al público informaciones particulares o imágenes. A partir de ahí, es necesario recordar la relación existente entre privacidad y libertad. La protección de la intimidad y de la vida privada es un presupuesto para el ejercicio de la libertad de creencia, de expresión, de conciencia, y se caracteriza como una protección contra “ingerencias ajenas” que puedan perturbar el desarrollo de la personalidad, lo que no prohíbe la autoexposición por parte del propio titular. Se refiere, entonces, a un derecho de personalidad y no a un deber de la personalidad, siendo su aplicabilidad plena o limitada, en función de cada individuo. Siendo así, compete al propio individuo exponerse o no así como el límite de esta exposición. El Estado debe de alertar de los

²⁵³ GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004, p.24-26.

riesgos que puedan derivar de tal comportamiento, como la mayor vulnerabilidad con relación a los tipos de delitos que pueden producirse en estos casos.

Bajo este enfoque, la privacidad se destaca como un mecanismo de significativo valor para la construcción de una sociedad pluralista basada en la tolerancia y en el respeto mutuo entre los diferentes grupos de individuos.

Al analizar la privacidad en una sociedad contemporánea, Gomes Canotilho²⁵⁴ apunta que palabras como intimidad y vida privada deben interpretarse en función del contexto por la característica variable y susceptible de cambios en el espacio y en el tiempo. Un individuo que decide hacer públicas algunas conductas protegidas por el derecho a la privacidad no significa que esté prescindiendo del ejercicio de este derecho sino que comienza a ejercerlo de forma autónoma, de acuerdo con sus propias preferencias. Bajo este aspecto, la privacidad debe ser analizada bajo la concepción del propio titular del derecho, y no conforme a una idea unidimensional que no tenga en cuenta los antagonismos y las inconmensurables visiones del mundo que caracterizan las sociedades pluralistas.

Cabe concluir que el ámbito de protección del derecho a la privacidad es variable y flexible y se reduce de modo parcial, con carácter de confidencialidad, en el caso de personas públicas y notorias, dado el mayor interés de la colectividad en conocer su intimidad y vida privada, y también cuando el individuo decide exponerse, ya que esta garantía constitucional protege a la persona contra intromisiones no anheladas por el titular, y no contra la exposición voluntaria.

²⁵⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p.55-57.

La privacidad prevista por el ordenamiento jurídico protege al ser humano. El derecho a la privacidad es responsable de la libre manifestación de la personalidad, trayéndole el indispensable equilibrio psíquico del cual deriva el desarrollo de sus virtudes. Y es en la ocultación de esta zona particular, reservada, donde el hombre adquiere su paz interior, su tranquilidad de espíritu, razón de su proceso y bien vivir colectivo.

Si se respeta la vida privada y la intimidad, se estará más cerca de lograr la dignidad humana.

2.1.4 Derecho al honor

El término honor tiene su origen en el latín *honor* e indica la dignidad de un individuo, orientando su modo de vida en los dictámenes de la moral²⁵⁵. Según De Cupis²⁵⁶, el honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los otros (honor objetivo) y en el sentimiento del propio individuo (honor subjetivo). La persona jurídica también puede ser objeto de ofensa en su derecho al honor, puesto que podrá tener su reputación manchada, incluso cuando no tenga conciencia de la propia dignidad.

Honor es una de las especies de los denominados derechos de personalidad y puede ser conceptuada como un conjunto de atributos morales, físicos, intelectuales que hacen que un individuo sea merecedor de estima en la convivencia en sociedad.

En la tutela del honor, incluso ya estando prevista en el Derecho Romano, la categoría de los derechos de personalidad se constituye en

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁵⁶ DE CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

una construcción innovadora, que se remonta a la doctrina germánica y francesa de la segunda mitad del siglo XIX. Así, aunque en Roma fuese desconocida la clase de los derechos de personalidad, la protección al honor se garantizaba mediante la *actio injuriarum*; sin embargo, no todos los individuos disponían de la misma. El esclavo, por ejemplo, no era individuo, no tenía personalidad y, por ello, no poseía honor pudiendo soportar cualquier tipo de injuria y, sólo en casos extremadamente graves, cuando la lesión afectara indirectamente a su propio dueño, se podría tutelar²⁵⁷.

El concepto de injuria se amplió considerablemente en el período posclásico. Con Justiniano, la revocación de la donación se hizo más precisa y, además de los casos previstos, como atentado contra la vida del donante, incumplimiento del deber asumido, grave daño ocasionado dolosamente, comenzó a ser incluida la revocación por injuria grave.

En la óptica del Derecho Canónico, la ofensa al honor es la base para el origen del principio de compensación por el incumplimiento de la promesa de matrimonio (*arras sponsalicias*). El Derecho Canónico nunca obligó a aquél que prometiera casarse al cumplimiento de lo prometido, pero disponía sobre la reparación de los daños y perjuicios derivados de la no celebración del matrimonio.

Conviene destacar que el Cristianismo ejerció una fuerte influencia al transmitir los fundamentos morales de los derechos de personalidad (individuales). Según Castán Tobeñas²⁵⁸:

El Cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidad universal que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de

²⁵⁷ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidad civil por dano à honra*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

²⁵⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1960, p.62.

la persona en todas sus prerrogativas, individuales y sociales.

La Carta Magna de Inglaterra, en el siglo XIII, establecía el reconocimiento de derechos propios del ser humano frente a quienes detentaban el poder.

En el período del Renacimiento (siglos VX y XVI), en que se extendió la necesidad de afirmar la independencia de los individuos y la intangibilidad de los derechos humanos, se dio inicio a las construcciones jurídicas sobre los derechos de personalidad. Con la Escuela del Derecho Natural (siglo XVIII) se produjo la consagración de estos derechos, denominados derechos naturales, esenciales, innatos, absolutos, fundamentales. Según esa Escuela, tales derechos son connaturales al hombre, nacen con él, corresponden a su naturaleza, están vinculados indisolublemente a él y preexisten a su reconocimiento por el ordenamiento jurídico.

La Revolución Francesa consagró la idea de los derechos naturales, inalienables y consagrados del hombre, reconociéndolos políticamente e incorporándolos al Derecho Público, así como lo hizo la Declaración Norte-Americana, reflejando la aspiración de libertad de conciencia de los ciudadanos ingleses que habían huido de las persecuciones religiosas.

Fue en el ámbito público, en un primer momento, donde los derechos de personalidad consiguieron la consagración legislativa. Se destacaban los derechos a la igualdad, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad y a la resistencia a la opresión, pero no había referencia al derecho al honor. El objetivo era proteger a la persona contra el poder y el arbitrio estatal. El derecho al honor se presenta con una subdivisión que se ramifica en dos vertientes diferentes: (1) objetiva o trascendente (honor objetivo) y (2) subjetiva o inmanente (honor subjetivo). El honor objetivo se refiere a la credibilidad que un determinado individuo disfruta en el

ámbito social. Se refiere al buen nombre, la fama del individuo en la sociedad.

El derecho al honor, en un sentido objetivo, consiste en proteger a la persona de vincularla a un conjunto de informaciones falsas que afecten a su reputación y la su relación social con sus pares, comprendiendo el buen nombre y la fama de que disfruta en sociedad. El bien jurídico protegido es la reputación. Esto representa un factor tan importante para el mantenimiento de la dignidad humana que la más ligera alteración puede sacudir a la autoestima hasta el punto de comprometer el desarrollo de las competencias profesionales, o incluso generar una intensa depresión.

El honor subjetivo se refiere a la estima que cada persona cultiva sobre sí misma. Este bien hace referencia al concepto que cada uno tiene de sí, no a lo que la sociedad piensa. Es lo que se llama creencia subjetiva en el crédito personal.

Por lo tanto, existe una estrecha relación del bien jurídico con la intimidad ya que bajo el mismo deseo de liberar a la persona de un juicio negativo por parte de la sociedad, tiene el objetivo de proteger del conocimiento público algunos datos de la vida personal.

La protección a la intimidad apunta a que ciertas informaciones que no se refieren a ninguna otra persona que no sea el dueño –socialmente condenables o no – pasan a ser de dominio público afectando a la reputación, la fama de la persona y también a la creencia subjetiva de su crédito personal.

Toda persona es titular del derecho al honor aunque sea incapaz, recién- nacido o enfermo mental, puesto que nadie está totalmente desprovisto de un mínimo de dignidad.

Hay cierta polémica en cuanto a la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de este derecho. Dado que no posean la capacidad sentimental de un ser humano, elemento imprescindible para la existencia del honor subjetivo, no se puede hablar de honor subjetivo de la persona jurídica. Sin embargo, el constante desarrollo del Derecho abre la puerta a la posibilidad de delegar en las personas jurídicas una tutela legal de su honor objetivo, es decir, aquel concepto del que disfruta en la sociedad.

Sin embargo, no todo daño causado a la persona jurídica tiene reflejo en la naturaleza patrimonial, la razón por la cual se menciona la expresión daños morales en contraposición a los daños materiales.

De acuerdo con Amarante²⁵⁹ y según el artículo 10 del Código Civil Italiano, la protección a la imagen se refiere a la exposición o publicación de la imagen que queda fuera de los casos que la ley permite. La protección al honor está relacionada con la exposición o publicación de la imagen, que conlleva un perjuicio para el decoro y la reputación. De ahí la razón por la cual el honor objetivo y la imagen de las personas jurídicas no se confunden, siendo ambas objeto de protección jurídica.

Llegados a este punto cabe plantearse si las personas jurídicas tienen honor. Esta cuestión es problemática porque ha sido objeto de una multiplicidad de opiniones doctrinales, vacilación jurisprudencial y frecuente malos planteamientos. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional reconocieron el derecho al honor y la correspondiente tutela de las personas jurídicas (STS de 31 de diciembre de 1983 y STC de 15 de diciembre de 1983), pero después sus sentencias han sido negativas o vacilantes.

²⁵⁹ AMARANTE, Aparecida. *Op. cit.*, 2001.

Las últimas sentencias son las que claramente reconocen el honor de las personas jurídicas *strictu sensu*. La STC 139/1995, reiterada posteriormente por la STC 183/95, señala que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”. En estas sentencias del Tribunal Constitucional se expone una doctrina que puede resumirse así: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor que se atribuye a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estima no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor no puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos que afecten a su entidad, cuando la difame o la haga susceptible de desprestigio por parte de consideraciones de otros.

Por lo tanto, el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica. Así las cosas, una persona jurídica que es atacada en su buena fama, en su prestigio o en su honor, puede recurrir a entablar una acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*). Por lo tanto, a partir de la STC 139/1995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

Sin embargo, la formulación del concepto jurídico de honor concebido de esta manera implica una serie de dificultades tales como la determinación del contenido general de la dignidad de la persona, la explicación de las diferencias individuales de trato respecto a los ataques del honor y la justificación de la injerencia estatal en el mismo.

No obstante, y a pesar de la democratización del honor por parte de la Constitución, cabe indicar que esto no implica una igualdad de trato respecto a los ataques del honor de todos los ciudadanos.

En este sentido Suay²⁶⁰ señala:

Hay una parte del honor, en cuanto deriva del componente dinámico de la dignidad, que depende del nivel de participación del individuo en el sistema social y que, por tanto, es graduable y diferente en cada uno; mientras que hay otra parte, emanación de la dignidad misma, que es igual para todos.

Por otra parte, estos derechos han adquirido una dimensión pública y han experimentado un importante cambio cualitativo al quedar desbordado de forma progresiva el carácter privatista e individualista que los mismos tenían, dada su inserción en la actual realidad social y en el complejo de relaciones con que interfieren, en la siguiente forma y con las correspondientes consecuencias.

Con otros intereses y valores sociales preeminentes (libertad de expresión y de información, derecho de la sociedad a una información veraz), lo que determinará un difícil equilibrio y recíproca limitación entre unos y otros derechos fundamentales.

La necesidad de protección de este derecho frente al posible abuso en la utilización de datos e información relativa a las personas por parte de quien la posee, y al uso ilegal de la informática (grave peligro en la sociedad moderna, donde la información constituye una poderosa arma de poder efectivo).

Una vez que hemos contextualizado los temas relativos a los derechos fundamentales y a los derechos de personalidad, vamos a

²⁶⁰ SUAY, Célia. "Refutación del *Ius Puniendi*". En ARROYO ZAPATERO, Luis A.; DE LA TORRE BERDUGO GÓMEZ, Ignacio (Orgs.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam. Cuenca, España: Universidad de Castilla y Universidad Salamanca, 2001. V.1, p.711-748.

examinar el poder directivo del empleador y su relación con los derechos hasta ahora presentados.

CAPÍTULO III

EL PODER DIRECTIVO DEL EMPRESARIO

3. EL PODER DIRECTIVO DEL EMPRESARIO

Han sido frecuentes los debates con respecto a la definición de empleador dada en la consolidación de las Leyes Laborales, puesto que, según algunos autores, el concepto recogido en la disposición legal carece de precisión terminológica y se caracteriza por una profunda impropiedad técnica. La controversia acerca de esa definición se centra en la naturaleza jurídica de la empresa. Algunos sectores defienden que a esa institución no se la debe considerar un sujeto de derecho sino un objeto; por consiguiente, resulta inadecuada tal definición de empleador²⁶¹.

Para Russomano²⁶², el empleador debería ser definido como “la persona natural o jurídica que contrata a empleados”. En la misma línea, el eminente Juez del 2º Tribunal del Trabajo de Cuiabá, Dr. Bruno Luiz Weiler Siqueira²⁶³, dispone que:

La empresa tiene un papel importante dentro de la sociedad actual, pero no se puede personalizar, o atribuirle la denominación de sujeto de derechos y obligaciones laborales, a pesar de que se la considere como un órgano de promoción social y de impulso del desarrollo.

²⁶¹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p.82. Los autores consideran la definición del artículo 2º de la CLT, de la siguiente forma: “Sin personalidad jurídica no se admite que una entidad pueda ser sujeto de una relación jurídica. La empresa, en nuestro derecho, no es una persona, jurídicamente hablando. Por lo tanto, no puede definirse como empleador”.

²⁶² RUSSAMONO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 1995, p.64.

²⁶³ WEILER SIQUEIRA, Bruno Luiz. “A sucessão no Direito do Trabalho”. *Juris Sintese*, n.25, set. 2000.

Por lo tanto, cebe constatar que, de acuerdo con la definición legal, empleador es la propia empresa.

Compartiendo el mismo razonamiento, Gomes²⁶⁴ destaca que:

La empresa no es sujeto de derecho, porque no le corresponden derechos de propiedad, no toma decisiones. No es ni siquiera un ente social, como afirman algunos sociólogos. Calificada como una actividad, la empresa se presenta en una cierta óptica como una forma o una manera de ejercicio de la propiedad de los bienes incorporados en el proceso de producción. Es esta forma de ejercicio la que se adapta a la idea de función, nunca al derecho subjetivo de propiedad.

En este sentido, para algunos autores que no creen en la posibilidad de concebir la empresa como sujeto de derecho y sí como objeto, el empleador sólo podría ser una persona física o jurídica. Esta doctrina está fundada en la concepción civilista del contrato según la cual sólo quien es dotado de personalidad jurídica o capacidad genérica de ser sujeto de derechos y obligaciones puede celebrar un contrato²⁶⁵.

Esta posición encuentra apoyo en las críticas vertidas en relación al artículo 2º de la CLT en la medida en que, realmente, la empresa no posee personalidad jurídica. Tal característica es un instituto creado por el Derecho, de la misma forma que los conceptos de persona física o jurídica. Así, no hay disposición legal que atribuya esa cualidad a la empresa. Se observa que el artículo 44 del actual Código Civil²⁶⁶, que trata de la personalidad jurídica, en ningún momento concede tal característica a la empresa. Por otro lado, esta posición también se basa en que del tenor del artículo 2º, tampoco puede deducirse que se trata de un equívoco legislativo o imprecisión terminológica.

²⁶⁴ GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.101.

²⁶⁵ Entre ellos podemos citar a Délio Maranhão, Orlando Gomes y Emílio Gonçalves.

²⁶⁶ BRASIL. *Código Civil*. "Art. 44. Son personas jurídicas de derecho privado: I - las asociaciones; II - las sociedades; III - las fundaciones".

Para Guimarães Bojart²⁶⁷, el legislador empleó pródigamente la expresión 'empresa', sin acompañarlo de un significado técnico jurídico. Según este autor, cuando se realiza una interpretación literal o gramatical, el jurista perder no puede de vista que en el Derecho algunas palabras revisten una acepción técnica que no coinciden ni corresponden con su significado popular. En estos casos, ante la duda, debe optarse por el significado técnico-jurídico ya que cabe presumir que el legislador usó las palabras con plena reflexión y, por lo tanto, se sirvió de ellas en su significado técnico. En suma, entiende que el legislador no quiso vincular el concepto laboral de empleador a la noción civilista de la personalidad, atributo reconocido por el derecho a la persona, natural o jurídica.

De hecho, la utilización del término empresa para denominar el término empleador tuvo la intención manifiesta de exaltar que el empleado, mediante el contrato de trabajo, queda vinculado al conjunto orgánico y empresarial y no a la persona, sea física o jurídica. El artículo 2º consolidado adoptó el principio de despersonalización del empleador, según el cual el contrato de trabajo depende directamente de la empresa, independientemente de su titular.

Cabe recordar que la personalidad jurídica no es un atributo indispensable para la adquisición de la condición de sujeto de una relación jurídica que, la mayoría de las veces, resulta ser indispensable. Por lo tanto, conforme apunta Pinto Martins²⁶⁸, "no es un requisito para ser empleador tener personalidad jurídica", puesto que es empleador la sociedad de hecho, la sociedad irregular que todavía no tiene sus actos constitutivos registrados en la repartición competente, el condominio etc.

El consagrado principio de primacía de la realidad, en el Derecho del Trabajo, asegura que prevalece el contenido sobre las formas, es

²⁶⁷ GUIMARÃES BOJART, Luiz Eduardo. "Sucessão Trabalhista". *Revista LTr*, São Paulo, v.59, n.8, p.1.046, ago. 1995.

²⁶⁸ PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.149.

decir, la realidad fáctica impera sobre el mundo formal. Plá Rodríguez²⁶⁹, en relación al significado de este principio, apunta que, “en el caso de una discrepancia entre lo que sucede en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia al primero, es decir, a lo que está sucediendo en el terreno de los hechos”.

Así, verificada la existencia de una relación de empleo, no es necesario indagar quien es el titular, o de que forma se lleva la empresa. El operario tendrá garantizados sus derechos laborales, independientemente de la existencia de la personalidad jurídica.

Por lo tanto, no fue la intención del legislador “un intento frustrado de atribuir personalidad jurídica a la empresa”²⁷⁰ según la redacción del artículo 2º consolidado. Resulta evidente que la pretensión de la ley fue amplia y no imprecisa. El término ‘empresa’, fue utilizado como una metáfora, con el objetivo de proteger al trabajador en su empleo, por el hecho de que éste exista e independientemente de quien sea su empleador.

Sin embargo, existen críticas cuando nos referimos a los elementos contenidos en el concepto de empresa, entendiendo que no es posible la confusión de este concepto con el término ‘establecimiento’. De hecho, aclara Moraes Filho²⁷¹:

La legislación brasileña de trabajo no mantiene una coherencia sistemática en el empleo de los dos vocablos. Las confusiones son muchas, a veces aparecen dos institutos tratados de modo desigual, con un uso indiscriminado y contradictorio. Sin embargo, de su lectura cuidadosa y por la doctrina descrita por algunos autores de la CLT que no hicieron más que seguir la

²⁶⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000, p.217.

²⁷⁰ LAMARCA, Antônio. *Contrato individual do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p.73.

²⁷¹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V.11, p.93.

tradición basada en nuestro derecho del trabajo, se concluye que el diseño que adopta es el siguiente: empresa significa el conjunto de actividades organizadas de su titular, persona física o jurídica; mientras que el establecimiento es uno de los elementos que lo componen, una de sus partes [...] El establecimiento es el instrumento, el medio material concreto, la localización espacial para la manifestación o el ejercicio de la empresa.

En cualquier caso, la consolidación no pretendió, en la utilización del término 'empresa', vincular el concepto laboral del empleador a la noción civilista de personalidad. Por lo contrario, la finalidad fue dar al empleado una amplia garantía de sus derechos, vinculándole al complejo empresa, que implica bienes, relaciones, derechos y obligaciones. Tal protección queda de manifiesto cuando se analiza en conjunto con el principio de despersonalización del empleador.

Superando la citada controversia, para el presente estudio es preciso limitar el empleador a sus propias cualidades, independientemente del concepto atribuido por el legislador; es decir, el que asume los riesgos de la actividad económica, contrata, paga y dirige la prestación personal de servicios.

Para entender bien la materia objeto del presente estudio resulta necesario, por lo tanto, que se tengan en cuenta los conceptos básicos de subordinación (dependencia) y el poder de dirección del empleador.

La expresión *dependencia* ya ha sido entendida como una técnica económica, pero modernamente pone de manifiesto la subordinación de naturaleza jurídica o jerárquica, resultante de la obligación personalísima de trabajar, independientemente de la cualificación profesional y de la condición económica o social del trabajador. Tal instituto es correlativo a otro, el del *poder jurídico de dirección*, atribuido al empleador. La obligación de trabajar no se limita al acto de ejecutar las tareas contratadas, sino también de hacerlo bajo la orientación, la dirección y la fiscalización de otros. Por tanto, en la relación de empleo, el sujeto

subordinado queda en un estado de disponibilidad en relación al sujeto subordinante.

Bajo la óptica de la dependencia, la relación de subordinación es recíproca, ya que el empleado depende de la empresa para tener trabajo y cobrar su salario, y la empresa depende de la fuerza de trabajo del empleado para alcanzar sus resultados. Es en ese enfoque se ejerce el poder de dirección del empleador.

La expresión dirigir –insertada en el artículo 2º de la CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo)– es la capacidad atribuida al empleador de dar contenido concreto a la actividad del empleado, teniendo por objeto la consecución de los fines de la empresa. La ley otorga al empleador un poder jurídico que lo habilita para disponer de la fuerza de trabajo del empleado y, en consecuencia, de la propia persona del empleado, porque no se puede separar al hombre que ejecuta las tareas de su fuerza de trabajo. El poder de dirección deriva, por tanto, de la relación de empleo y su origen será contractual si se admite su naturaleza contractual.

Para Riva Sanseverino²⁷², el poder directivo puede considerarse como la capacidad concedida al empleador para dictar normas de carácter predominantemente técnico-administrativas y controlar su cumplimiento.

Magano²⁷³ apunta que el poder jerárquico huye de la línea del derecho patrio por constituir un '*Ressabio de corporativismo*', y admite que existe un poder directivo definido por la "capacidad atribuida al empleador de dar contenido concreto a la actividad del trabajador, para la realización de los objetivos de la empresa". El mencionado autor, con el

²⁷² RIVA SANSEVERINO, Luísa. *Curso de Direito do Trabalho*. Traducción de Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976, p.280.

²⁷³ BUENO MAGANO, Octavio. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.114.

fin de definir el poder directivo, prefiere el término capacidad al de facultad, adoptado por la mayoría de los autores, por entender que este último “es un mero atributo del derecho, una calidad o potencia que le es inherente, y no puede tener una extensión mayor con respecto al objeto que debe definirse. El poder directivo deriva del derecho subjetivo precisamente por tratarse de algo cerrado en el ámbito de una relación jurídica”.

Por lo tanto, el poder de mando se puede desdoblar en diversas facetas: poder regular, dirigir, orientar y fiscalizar la prestación laboral, de adecuar la prestación de trabajo a las necesidades de la empresa y de imponer sanciones disciplinarias al empleado que no cumpla. A pesar de que la Constitución Federal Brasileña, en su Art. 5º, X, asegure el derecho a la intimidad del ciudadano en general, no existe en la legislación patria una prohibición expresa a la inspección y al registro corporal.

Recordamos, como ya hemos mencionado, que el citado inciso garantiza la intimidad y la privacidad, que son derechos inherentes al ser humano, a la persona física, ya que el derecho al honor, igualmente garantizado, pertenece tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Así, según Bulos²⁷⁴, “los derechos a la vida privada, intimidad, honor e imagen funcionan como límites a las intromisiones abusivas e ilícitas de la prensa escrita y hablada. Conllevan una indemnización por daños morales y materiales causados, además del derecho de respuesta, que es proporcional al delito”. En este sentido, dichos derechos consagran la esfera de reserva del ser humano, sin perjuicio de ninguna interferencia externa.

Así, a pesar de que no exista una prohibición legal para la inspección y el registro corporal, el poder directivo está sujeto a límites, como el respeto a la dignidad del empleado y a la libertad que le es

²⁷⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.428.

concedida constitucionalmente, y el legislador ordinario, al reconocer el poder directivo, legitimó la limitación de la esfera de intimidad del empleado, impuesto por las exigencias del desarrollo de las actividades laborales. Inequívocamente, hay dificultades en el establecimiento de límites entre el derecho a la intimidad del empleado y el derecho del empleador de dirigir y controlar la prestación de trabajo; es decir, definir hasta dónde el poder directivo puede ejercerse legítimamente, y a partir de cuándo implica invasión a la intimidad del empleado.

Etimológicamente, la palabra poder deriva del latín *potere*, de la raíz *poti*, que significa jefe de un grupo. Gira en torno a la idea de posesión, fuerza, voluntad e influencia, y como jerarquía presupone una serie continua de grados entre personas unidas por un vínculo de autoridad. El poder jerárquico, del cual el poder directivo es una manifestación, es considerado por algunos autores como “la facultad en virtud de la cual una persona, o sujeto activo llamado superior jerárquico, ejerce un derecho-función sobre la actividad humana profesional de otra, o sujeto pasivo, llamado inferior jerárquico, según el interés social de la institución, para legislar, gobernar y sancionar en lo que se refiere al orden profesional de la empresa”²⁷⁵. Así, la capacidad de dirigir caracteriza al poder directivo y, por tratarse de un poder jurídico, impone modificaciones a la relación de empleo.

Los autores, en general, adoptan la terminología poder jerárquico admitiendo que éste se manifiesta por intermedio del poder directivo, del cual el poder disciplinario es corolario²⁷⁶. Otros alinean a los dos últimos el poder regular, y lo consideran como manifestación de la autoridad empresarial, que se configura como un poder de legislar en el ámbito de

²⁷⁵ MESQUITA, José Luiz. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p.48, passim.

²⁷⁶ MORAIS FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1971, p.240.
LOPES SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à CLT e à Legislação Complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.82.

la empresa²⁷⁷. La legislación brasileña no hace referencia al reglamento de la empresa, siendo escaso el uso de normas emanadas del empleador. Recordemos, además, que al introducirlo el empleador se auto-obliga puesto que el reglamento, “lejos de ser un instrumento de policía, se transmuta en un diploma que asegura – también – obligaciones para el empleador”²⁷⁸.

En una perspectiva legal, el empleador es la empresa, individual o colectiva, que asumiendo los riesgos de la actividad económica, contrata, asalaria y dirige la prestación personal de trabajos. Esta dirección ha sido vista como un poder directivo ejercido por el empleador sobre el empleado. Así, el poder directivo podrá considerarse como la capacidad concedida al empleador para dictar normas de carácter predominantemente técnico-administrativas y controlar su cumplimiento²⁷⁹.

El fundamento de este poder reside en el contrato de trabajo, puesto que la autonomía de la voluntad, aunque reducida, aún es el soporte de la relación de empleo. A partir de estas premisas, vamos a analizar la relación existente entre empleado y empleador.

3.1 LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EMPLEADOR Y EMPLEADO

La Consolidación de las Leyes del Trabajo proporciona el concepto legal de empleador, en el artículo 2º, como ya hemos apuntado anteriormente. La definición legal es bastante criticada por algunos autores, primero porque equipara el empleador a la empresa, cuando ésta

²⁷⁷ MARTIN MARCHESINI, Gualtiero. “El poder de dirección”. *Revista de Direito do Trabalho*, Buenos Aires, Heliasta, v.12, n.65, p.18, jan.-fev. 1987.

COUTINHO DE ALMEIDA, Jorge. “Poder empresarial: Fundamento, conteúdo, limites”. *Temas de Direito do Trabalho*; IV. Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra, 1990, p.311.

²⁷⁸ FERREIRA PRUNES, José Luiz. “Poder empresarial: Fundamentos, conteúdo e limites”. *Temas de Direito do Trabalho*; IV. Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra, 1990, p.360.

²⁷⁹ RIVA SANSEVERINO, Luísa. *Op. cit.*, p.280.

tiene un alcance muchísimo más restringido ya que es sólo “la unidad de producción que trabaja para el mercado”²⁸⁰, y abarca tan sólo dos universalidades parciales, de personas y de bienes, “funcionando en dirección a un fin”²⁸¹.

Además, la idea de asunción de riesgo del negocio no es esencial, puesto que las entidades que no tienen finalidad de lucro también pueden ser empleadores²⁸².

Según Carrión²⁸³, la ley quiso destacar “la integración del trabajador en este conjunto, independientemente de la persona que sea su propietario, y que va a responder por las obligaciones contraídas en un determinado momento”, haciendo prevalecer, el principio de despersonalización del empleador. Teixeira Manus²⁸⁴ afirma que el vínculo del empleado se establece con la empresa y no con sus titulares. Así, algunos autores prefieren trazar un concepto más amplio y genérico. Mascaro do Nascimento²⁸⁵ afirma que “empleador es el ente, dotado o no de personalidad jurídica, con o sin fin lucrativo, que haya empleado”. Maranhão y Carvalho²⁸⁶, adoptando la definición de Moraes Filho, consideran empleador a “la persona natural o jurídica que utiliza servicios de otros [mejor sería decir ‘de una persona física]’ en virtud de un contrato de trabajo”. Bueno Magano²⁸⁷, más sintéticamente, considera empleador a “toda entidad que se sirve de trabajadores subordinados”.

Por lo tanto, se observa que las definiciones antes transcritas se remiten a otras figuras: la de Mascaro do Nascimento: depende del

²⁸⁰ BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, p.51.

²⁸¹ CATHARINO *apud* CARRION, Valentin. *Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1990, p.26.

²⁸² BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.50.

²⁸³ CARRION, Valentin. *Op. cit.*, 1990, p.26.

²⁸⁴ TEIXEIRA MANUS, Pedro Paulo. *Direito do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1995, p.66.

²⁸⁵ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21.ed. São Paulo: LTr, 1994, p.137.

²⁸⁶ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Op. cit.*, 1999, p.82.

²⁸⁷ BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.49.

concepto de “empleado”, la de Maranhão y Carvalho vinculan al empleador al ‘contrato de trabajo’, y la de Magano está unida a la noción de ‘trabajador subordinado’.

En el mismo sentido, el concepto de empleado, así como el de empleador, se suministra a través de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, que en su artículo 3º establece: “se considera empleado toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de este y mediante salario”.

La definición legal destaca, por tanto, los siguientes elementos esenciales identificadores del empleado: se trata de persona física, que presta trabajos no eventuales, personalmente, bajo la dependencia de otros, que le pagan salarios. Mascaro do Nascimento afirma que, en el lugar de la palabra ‘dependencia’, actualmente “se ha generalizado otra expresión, la palabra subordinación, de mayor importancia, ya que permite dividir dos grandes campos de trabajo humano: el trabajo subordinado y el trabajo autónomo”²⁸⁸.

Así, la *subordinación* es la característica más importante en el desarrollo del trabajo en el mundo contemporáneo. Hasta tal punto que Mascaro do Nascimento, Maranhão-Carvalho y Magano, al definir empleador, directa o indirectamente, se remiten a ella. Y sólo hay *subordinación*, es decir, el empleador sólo puede imponer sus órdenes al empleado, que las acata, porque él (empleador) es quien detenta el *poder de dirección*: son los dos lados de la misma moneda.

En este contexto, Godinho Delgado²⁸⁹ afirma que:

²⁸⁸ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1994, p.101. Aunque en la mayoría de los casos, los trabajadores dependan del salario para su propio sustento, la ‘dependencia’ no se caracteriza como esencial, puesto que seguirá existiendo una relación de empleo, aunque tenga otras fuentes de sustento, es decir, aunque no ‘dependa’ del empleador.

²⁸⁹ GODINHO DELGADO, Mauricio. *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.140.

Libertad y voluntad son características notables entre los estándares contemporáneos de relación de producción y el estándar antiguo y medieval. [...] Si la ausencia de la libertad dentro de la relación servil o esclava dio lugar al sometimiento como criterio de vinculación entre el titular del medio de producción y el productor/trabajador implicado, no sería este el efecto observado en el sistema productivo contemporáneo. Es que la presencia de la libertad/voluntad dentro la relación laboral aleja la posibilidad del uso del criterio del simple comando/obediencia, del criterio de la sujeción como calidad de relación directa empleado/empleador en el mundo actual. Haciendo inviable el criterio fundado en la coerción, por incompatibilidad con el trabajo libre, se construye [...] el criterio de la subordinación objetiva, dirigida a la forma de prestación de trabajo, sin interferencia en la vida y libertad personal del trabajador.

Tomando como base esas consideraciones, pasamos al estudio detallado de las dos características. Sin embargo, conviene destacar que el objetivo de esta Tesis Doctoral no es encontrar un concepto exacto de empleado y empleador. Por ello, estas definiciones servirán tan sólo como parámetros o referencias para investigar nuestro tema principal.

La imagen y la intimidad exigen nuevas medidas disciplinarias en razón de los avanzados medios de comunicación, capaces de realizar verdaderas invasiones a la intimidad de la persona y, especialmente, del trabajador.

La economía ya no está restringida a los medios de producción, intercambio de bienes, distensión de la riqueza. Implica cuestiones relevantes como publicidad, competencia desleal, calidad de productos y defensa del consumidor. No escapan a esa esfera la intimidad, la privacidad y la imagen, ampliamente utilizadas como forma de persuasión para la compra de productos.

Cuando se adquieren riquezas por diversos medios de la actividad económica, se encuentran incluso relaciones jurídicas de trabajo que merecen especial atención, para que en el afán de la consecución de altos lucros, no quede afectada la dignidad de la persona del trabajador.

Por otro lado, el fenómeno del desempleo alcanza índices alarmantes en todo el mundo, lo que es una realidad dolorosa. Esta situación deja a los empleados a merced de los empleadores, ante la necesidad imperiosa de mantener el empleo, medio de subsistencia propia y de la familia.

Es en este contexto en que cabe apreciar agresiones a los derechos de personalidad del empleado, especialmente al derecho a la intimidad, a la integridad física y al honor.

En razón de la prestación de trabajo subordinado, su enfoque se desplaza del área civil al área laboral, lo que lleva a considerar la necesidad de protección efectiva del operario para que no se vea lesionado en la salud física y psíquica, constreñido en sus valores íntimos, ni se divulguen hechos concernientes a su persona. La invasión a la intimidad del trabajador se refleja en el contrato de empleo, generando el derecho a la rescisión del contrato por la parte lesionada e indemnización por daños morales.

En Brasil los pleitos laborales los procesa y juzga la Justicia del Trabajo. En este campo, hay una polémica con respecto a la competencia de la Justicia del Trabajo para apreciar las demandas de daño moral, frente a la agresión del empleador a los derechos de personalidad del empleado, entendiendo parte de la doctrina y de la jurisprudencia que esta cuestión está limitada al Derecho Civil.

En este campo de discusiones, se aborda la violación a los derechos de personalidad e implicaciones en el ámbito del Derecho Laboral, sus consecuencias en el contrato de trabajo y la imperiosa necesidad de establecer una tutela efectiva y eficaz, considerando las características de esta rama del Derecho.

3.2 LIBERTAD DE EMPRESA QUE CONLLEVA LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad es, en un primer momento, una conquista del derecho individual de primera generación, asegurado originariamente en las Declaraciones de Derechos francesa y americana. Junto con el derecho a la vida, libertad, igualdad y seguridad, se considera símbolo del Estado liberal y representa la esencia de la no-intervención del Estado en la esfera privada de los ciudadanos.

En virtud de esa connotación de individualidad, su reglamentación quedaba restringida al derecho civil. En este sentido, Gomes²⁹⁰ lo presenta como el más amplio de los derechos reales, definiéndolo como “el derecho complejo, si bien unitario, constituido por un conjunto de derechos consagrados para utilizar, disfrutar, disponer y reivindicar lo que le sirve de objeto”. Puede ser oponible contra todos, pero esta característica no le es esencial, puesto que lo que da su verdadero carácter “es el poder jurídico de dominación de la cosa, que es indemne en su substancialidad también cuando sufre ciertas limitaciones”. Según el autor, el contenido del derecho de propiedad debe analizarse extrínseca e intrínsecamente. Bajo el aspecto extrínseco, es necesario verificar las líneas que delimitan el poder del propietario, identificando lo que objetivamente le pertenece. Bajo el aspecto intrínseco, deben quedar determinadas, por un lado, las facultades inherentes a ese derecho y, por otro, las limitaciones que el orden jurídico impone a su ejercicio.

En cuanto al objeto del derecho de propiedad, Gomes²⁹¹ considera que se limita sólo a los bienes corpóreos, llegando incluso a criticar el Código Civil brasileño, que protege los derechos de autor en la reglamentación de la propiedad literaria, artística y científica. Para él, la propiedad de bienes incorpóreos sólo se explica “como un reflejo del valor

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 16.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.84 e 87.

²⁹¹ *Ibidem*, p.86.

psicológico de la idea de propiedad [...] podría encuadrarse [...] en una categoría separada, que [...] denominamos casi-propiedad".

Barros Monteiro²⁹² considera que la existencia de una concepción moderna del derecho de propiedad daría oportunidad a nuevas relaciones jurídicas, entre las que estarían, por ejemplo, aquéllas que se relacionan con los derechos de autor. Pero, junto con Gomes, critica al legislador brasileño, considerándolo contradictorio al optar por el sistema clásico de reglamentación del derecho de las cosas, puesto que así estaría limitado a los bienes corpóreos.

Actualmente, no prevalece esa visión restrictiva. Es patente la existencia, además de los derechos de autor, de varios otros bienes incorpóreos²⁹³ que pueden ser objeto del derecho de propiedad, tales como las marcas y las patentes, los fondos de comercio y los modos de producción, entre otros.

Así, junto al derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad y a la seguridad, el derecho de propiedad es considerado símbolo del Estado Liberal y representa la esencia de la no intervención del Estado en la esfera privada de los ciudadanos²⁹⁴. Para el presente estudio, en razón de la delimitación del tema, restringimos el análisis del derecho de propiedad al enfoque del empleador en la relación de empleo.

Históricamente, el hombre siempre ha buscado el derecho de propiedad sobre los bienes con la intención de garantizar la satisfacción de sus necesidades, ya sea para propiciar el propio sustento, ya sea para

²⁹² BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. 26.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. V.3, p.227-228.

²⁹³ Considerados como los "que no tienen existencia tangible y son relativos a los derechos que las personas físicas o jurídicas tienen sobre las cosas, sobre los productos de su intelecto o contra otra persona, teniendo un valor económico". (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 1, p.145).

²⁹⁴ SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p.112.

imponer una relación de poder ante la sociedad. En el Derecho de Trabajo, es el empleador quien detenta la propiedad de los medios de producción; es quien asume el riesgo de la actividad empresarial; es quien controla el complejo de bienes que implica la empresa; es el responsable de la estructura jurídica del emprendimiento y por su dirección; es quien determina la fuerza de trabajo, etc. Por lo tanto, el empleador posee el derecho de propiedad²⁹⁵ sobre el negocio que comanda, pudiendo atribuirle el destino que considere más conveniente. En este sentido, es facultad del empleador enajenar y adquirir bienes (sea materia prima o cualquier forma de activo), aumentar o disminuir el cuadro de empleados, escoger los clientes que desea atender o incluso recusarlos.

En virtud de todo ese poder y responsabilidad que se le otorgan, están destinados al empleador los beneficios obtenidos con el negocio, así como los eventuales perjuicios (estando prohibido transferir esos últimos a los empleados). Además, todo y cualquier fruto de la actividad pertenece, en principio, al empleador. Recordamos la Ley nº 9.279, de 14 de mayo de 1996, que dispone en su artículo 88 que pertenecen exclusivamente al empleador los inventos desarrollados por el empleado y derivados del contrato de trabajo. De la misma manera, el artículo 4º²⁹⁶ de la Ley nº 9.609, de 19 de febrero de 1998, dispone sobre la protección de la propiedad intelectual de programas informáticos²⁹⁷.

²⁹⁵ La Constitución Federal garantiza al propietario el derecho de usar, disfrutar y disponer de sus bienes y los frutos de las cosas que les pertenecen..

²⁹⁶ BRASIL. Ley n. 9.609, de 19 de febrero de 1998. "Art. 4º. Salvo estipulación contraria, pertenecerán exclusivamente al empleador, contratante de servicios o órgano público, los derechos relativos al programa de ordenadores, desarrollado y elaborado durante la vigencia del contrato o del vínculo estatutario, expresamente destinado a la investigación y al desarrollo, o para la actividad del empleado, contratada de servicio o de servidor que esté prevista, o, también, que derive de la propia naturaleza de los fines que conciernen a estos vínculos".

²⁹⁷ Sobre este tema, véase MARTINS SOUZA, Mauro Cesar de (*apud* LOBATO PAIVA, Mario Antonio de. "O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho". *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n.227, p.27-28, nov. 2002) cuando sostiene que: "La inviolabilidad y el derecho de propiedad, así como el servicio de esta para la

Así, cabe concluir que, en el mundo contemporáneo, aquella visión meramente individualista ya no es su único fundamento. Silva²⁹⁸ llega a afirmar que, “aunque prevista entre los derechos individuales, la misma ya no podrá considerarse puro derecho individual si se relativiza su concepto y significado, especialmente porque los principios de orden económico son preordenados a la vista de la realización de su fin: asegurar la existencia digna a todos, como los dictámenes de la justicia social”.

En la línea adoptada por Silva, Moraes²⁹⁹ este autor apunta que:

La referencia constitucional a la función social como elemento estructural de la definición del derecho a la propiedad privada y de la limitación legal de su contenido, demuestra la sustitución de una concepción abstracta de ámbito meramente subjetivo de libre dominio y disposición de la propiedad por una concepción social de propiedad privada, reforzada por la existencia de un conjunto de obligaciones dirigida a los intereses de la colectividad y también a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio debe cumplir.

Aunque tenga su característica de individualidad bastante relativizada, no es posible ignorar que el derecho de propiedad se encuentra establecido en el artículo 5º del texto constitucional, que contempla, precisamente, los derechos individuales de los ciudadanos. En

función social, son derechos fundamentales establecidas en la Carta Magna en vigor, de donde se desprende que el propietario tiene ‘el derecho de usar, disfrutar y disponer de sus bienes’, siendo cierto sin embargo que ‘los frutos y más productos de la cosa pertenecen, aunque separados, a su propietario salvo si, por motivo jurídico especial hayan de caber a otros’. En este sentido, privilegiando el derecho de propiedad del empleador, la legislación en vigor establece que pertenecen exclusivamente al empleador, los inventos (Ley n. 9.279, de 14 de mayo de 1996) y los programas de ordenadores (Ley n. 9.609, de 19 de febrero de 1998), desarrollados por empleados, cuando derivan del contrato de trabajo y de las actividades inherentes. El correo electrónico es una herramienta de trabajo ofrecida por el empleador al empleado para la realización del trabajo, por lo tanto sobre el mismo incide el poder de dirección del empleador y, por consiguiente, el derecho de fiscalizar el uso de su empleado. Las direcciones electrónicas gratuitas y/o particulares, siempre que se utilizan en el lugar de trabajo, se encuadran, por tanto, en el mismo caso”.

²⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.262-263.

²⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.173.

virtud de esta previsión, Grau³⁰⁰ diferencia la *propiedad con función individual* de la *propiedad con función social*. La primera se justifica por proteger al individuo y su familia en relación a las necesidades de la propia sobrevivencia de manera que se consustancia en un simple derecho individual. La segunda se justifica por sus fines en razón de su inserción en una determinada colectividad.

Por tanto, se ha producido una sensible evolución del derecho de propiedad que, de simple relación entre un individuo y la colectividad (que tenía el deber de respetarlo), comenzó a ser un derecho complejo, regulado no sólo por normas de derecho privado sino también de derecho público³⁰¹, en virtud de la fuerte carga social que lo sustenta. Actualmente se cuida la armonización del interés individual con lo colectivo/social³⁰², pero eso no significa que la propiedad haya sido expurgada y mucho menos que toda y cualquier propiedad deba atender a su función social, puesto que, junto con la concepción de la *propiedad con función social*, permanece la concepción de la *propiedad con función individual*, conforme a la posición de Grau. Así, la propiedad consta, como institución, del rol de los derechos individuales del artículo 5º de la Constitución Federal, aunque no con la amplitud que el individualismo y los civilistas le concedían³⁰³.

Grau³⁰⁴ considera que:

La propiedad no constituye una sola institución, sino el conjunto de diversas instituciones, relacionadas con

³⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.251-254.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 1997, p.264.

³⁰² DABUS MALUF, Carlos Alberto. *Limites ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.55: "La introducción del concepto de función social en el sistema que reconoce y garantiza la propiedad privada implica la superación de contraposición entre público y privado, es decir, implica la evolución de la propiedad en sentido social, en una verdadera metamorfosis cualitativa del derecho en su realización concreta, destinada a la satisfacción de exigencias de carácter social. La propiedad comienza, así, a ser vista desde una perspectiva comunitaria dejando atrás una visión individualista".

³⁰³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 1997, p. 263.

³⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, 1997, p.253.

diversos tipos de bienes. [...] la propiedad, de hecho, examinada en sus distintos perfiles: subjetivo, objetivo, estático y dinámico — comprende un conjunto de varios institutos. Me temo que así, en numerosas formas, subjetivas y objetivas, los diversos contenidos normativos habiendo siendo diseñados para aplicarlos a cada una de ellas, es lo que importa en el reconocimiento, por el derecho positivo, de la multiplicidad de la propiedad.

En la concepción marxista³⁰⁵, donde la fuerza de trabajo es considerada mercadería, se presenta como propiedad del trabajador, integrando su patrimonio. En el proceso productivo, debido a la Revolución Industrial, la aparición de la tecnología trajo una serie de técnicas extremadamente sofisticadas que forman el patrimonio del empresario.

Así, de la misma forma que el capitalismo puso en la propiedad el fundamento del poder directivo del empleador, subordinando a los trabajadores a ese poder, terminó por influir en la formación de la nueva y moderna concepción del derecho de propiedad, ampliándola y dándole nuevos contornos.

Para justificar la aparición de la nueva noción de este derecho, Grau³⁰⁶ lo analiza bajo la perspectiva del orden económico y hace una distinción entre propiedad de bienes de consumo y propiedad de bienes de producción. Sostiene que, “la legislación económica moderna considera la disciplina de la propiedad como un elemento que forma parte del proceso de producción, al cual converge un conjunto de otros intereses que compiten con los del propietario y, de modo diverso, lo condicionan y por él son condicionados”. Esa nueva disciplina respeta a los bienes de producción, puesto que los bienes de consumo se relacionan con el final del proceso productivo. De ahí que, para Grau, surge el ‘perfil dinámico’ del concepto de derecho de propiedad, razón por la cual comienza a tomar cuerpo, en el ámbito del orden económico, el

³⁰⁵ Conforme al ítem 1.1 del Capítulo I del presente trabajo.

³⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, 1997, p.253.

conflicto entre propiedad y trabajo, consustanciado en el binomio propiedad-empresa.

La protección constitucional alcanza a la propiedad que atiende a su *función social*. Ciertamente es que, aparentemente, la Carta Magna vincula la protección constitucional de la propiedad a los bienes inmuebles, puesto que trazó, sólo en ese caso, parámetros objetivos para atender la preconizada función social, en los artículos 182, § 4º, y 186 (propiedades urbanas y rurales, respectivamente). Tal 'vinculación', sin embargo, es sólo aparente. El hecho de que haya un padrón específico en este sentido, sólo demuestra que hubo una preocupación mayor por parte del constituyente con esta materia, especialmente en virtud de circunstancias políticas y sociales, en el momento de la promulgación de la Carta Magna como, por ejemplo, las grandes movilizaciones populares por la reforma agraria.

Pero la función social, como sostiene Bandeira de Mello³⁰⁷, no se limita a la mera vinculación del destino productivo del bien:

La expresión 'función social de la propiedad' puede también atribuir otro contenido vinculado a objetivos de Justicia Social; conviene decir, comprometido con el proyecto de una sociedad más igualitaria o menos desequilibrada – como es el caso de Brasil – en que el acceso a la propiedad y el uso de la misma se orienten en el sentido de proporcionar una ampliación de oportunidades para todos los ciudadanos independientemente de su uso productivo, que por ventura ya están teniendo.

En esa línea de razonamiento, Bandeira de Mello afirma que, para dar efectividad a esa segunda acepción de la función social de la propiedad, sería legítima, por ejemplo, la legislación que instituyera normas “defensivas de mejora de las condiciones de vida de los autosuficientes como la participación de los empleados en los frutos o en

³⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Novos aspectos da função social da propriedade”. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.84, p.44, oct.-dez. 1987.

los lucros de cualquier empresa promovida por persona jurídica o física con el concurso de empleados”.

Retomando el análisis bajo la perspectiva del orden económico, Grau³⁰⁸ afirma que es precisamente en el perfil dinámico del derecho de propiedad que, en relación a los bienes de producción, se materializa la función social. Sostiene que “los bienes de producción inician su dinámica en el capitalismo, en régimen de empresa, como función social de la empresa”. En razón de eso:

El principio de la función social de la propiedad impone al propietario - o a quien detenta el poder de control de la empresa - el deber de ejercerlo en beneficio de otros y no, sólo, de no ejercerlo en detrimento de otros. Esto significa que la función social de la propiedad actúa como una fuente de inspiración para los comportamientos positivos -la prestación de hacer, y no, meramente, de no hacer- para el detentador del poder que deriva de la propiedad

Al servir como fundamento del poder de dirección del empleador, su propiedad, genéricamente garantizada en el inciso XXII del artículo 5º de la Constitución Federal, debe ajustarse a los principios de la actividad económica trazados en la Carta Política de 1988, en su artículo 170. En este sentido, es posible, incluso, trazar un paralelismo entre tal fundamento y la naturaleza jurídica del poder directivo, identificándolo como *derecho-función*, puesto que la empresa no puede tener como objetivo única y exclusivamente el interés exclusivo del capitalista, sino también alcanzar intereses diversos, como los de los trabajadores, de la colectividad o del Estado. Por lo tanto, es posible afirmar, junto con Aronne³⁰⁹, que “la propiedad constituye un derecho y un cargo, la propiedad obliga”.

³⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, 1997, p.254-255.

³⁰⁹ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: exame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.185.

Para Grau³¹⁰, por tanto, la protección constitucional del artículo 170 condiciona el ejercicio del derecho de propiedad a la justicia social, haciendo que, debidamente ejercitado, sea un "instrumento que ayude a garantizar a todos una existencia digna".

Así, tras el análisis de la función social, principal límite impuesto a la propiedad, que, a su vez, es el fundamento por excelencia del poder directivo del empresario, vamos a ocuparnos del análisis de los límites específicos de este poder directivo.

3.3 EL PODER DIRECTIVO

Como ya hemos apuntado, por la definición extraída del artículo 2º de la CLT se verifica que el empleador es aquél que dirige la prestación de servicios, puesto que es quien asume los riesgos de la actividad económica. En esta disposición legal se ubica el llamado poder de dirección del empleador, que se divide en diversas facetas, pudiendo ser encontrado en algunos autores bajo diversas denominaciones, como poder de control, poder de punición, poder de organización y poder jerárquico, entre otros.

Etimológicamente, la palabra poder esta vinculada a la idea de dirección, consiste en hacer los otros actuar de la manera pretendida por el emisor de la voluntad. La existencia del poder depende de la concreción del orden y de la aceptación del comando; es decir, el poder emanado por una persona se vincula a la dependencia y obediencia de otro. Transfiriéndose para la relación de empleo, ese 'poder' recae sobre la figura del empleador, ya que es el propietario de los medios de producción, es la autoridad en aquella institución, es quien pactó en un

³¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, 1997, p.257.

contrato, es quien controla jurídicamente el conjunto de la estructura empresarial y es quien asumió los riesgos de la actividad empresarial³¹¹.

El poder de dirección puede ser considerado como la forma por la cual el empleador define como se desarrollarán las actividades del empleado derivadas del contrato de trabajo. Comprende no sólo el poder de organizar sus actividades, sino también de controlar y disciplinar el trabajo, de acuerdo con los fines del emprendimiento. Según Pinto Martins³¹², el poder de dirección se subdivide en poder de organización, poder de control y poder disciplinario.

En esa misma perspectiva, Simon³¹³ ratifica la subdivisión adoptada por Pinto Martins, y sostiene que el poder organizacional sería el poder directivo propiamente dicho, que consiste en la facultad del empleador de ordenar tanto el capital como el trabajo, objetivando la dirección y administración del emprendimiento. Comprende la definición de los fines económicos, la determinación de la estructura jurídica, la fijación de cargos y funciones, así como de sus respectivas atribuciones, la ordenación y estructuración del proceso de trabajo, entre otras actividades. Afirma que el poder de control (facultad del empleador de fiscalizar las tareas profesionales realizadas por los empleados) y el poder disciplinario (prerrogativa de aplicar sanciones) serían sólo desarrollos del poder organizacional (directivo), con el propósito de dar efectividad al mismo.

Rachid Coutinho³¹⁴ se decanta por la denominación poder punitivo ya que comprende, en un sentido amplio, el hecho de poder regular mediante la creación de un conjunto de reglas obligatorias en el seno de la empresa y que establecen deberes a la vez que tipifican las sanciones;

³¹¹ RACHID COUTINHO, Aldacy. *O poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, p.13-14.

³¹² PINTO MARTINS, Sérgio. *Op. cit.*, 1999, p.159-60.

³¹³ SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, 2000, p.107-108.

³¹⁴ RACHID COUTINHO, Aldacy. *Op. cit.*, 1999, p.87.

en un sentido restringido, el poder punitivo abarca el poder de imposición de las penas disciplinarias ante eventuales faltas intencionales cometidas por los empleados, en interés propio, para corregirlas y asegurar la conformidad de las conductas con la necesidad del servicio.

La terminología del poder jerárquico, también denominada poder de comando, es adoptada por Cruxên Gonçalves³¹⁵. Consiste en la facultad conferida al empleador de dirigir la prestación personal de servicio de su empleado de elaborar normas y aplicar penas, si son necesarias, para el mantenimiento del orden interno de la empresa. La autora admite el poder jerárquico como un derecho potestativo, por ser un poder – reconocido por el ordenamiento jurídico – de determinadas personas que puedan influir, con una declaración de voluntad, sobre situaciones de otras. También, se defiende que no sería posible la consecución de los fines económicos y sociales a los que la empresa se destina si el empleador no estuviera facultado para el ejercicio del citado poder. Subdivide el poder jerárquico en poder directivo (facultad conferida al empleador de organizar técnica y económicamente la empresa y dirigir la prestación personal de servicio del empleado), poder disciplinario (sería el responsable del poder de dirección a través de la posibilidad de aplicación de penas al empleado) y poder regular (facultad del empleador de elaborar las normas que se deben observar en el ámbito de la empresa).

En este sentido, Ribeiro de Vilhena³¹⁶ sostiene que no hay poderes de hombres sobre hombres, pero hay relaciones jurídicas, intercambio jurídico, puesto que lo que se impone a las personas es la ley. Según este autor, la dirección que califica la persona como empleador, es un poder pero a la vez es función, es decir, que se encuentra adscrito a un cierto

³¹⁵ CRUXÊN GONÇALVES, Simone. *Limites do "jus variandi" do empregador*. São Paulo: LTr, 1997, p.13.

³¹⁶ RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Relação de emprego: estrutura legal e pressupostos*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999, p.212-213.

campo de trabajo y que tiene por objeto el cumplimiento de determinados fines, de naturaleza técnica. Subraya que el sistema organizativo de la empresa presupone una escala jerárquica en forma triangular. En la base, están el operario, el trabajador común, los manipuladores, los técnicos de operaciones, los implicados en la ejecución directa (sea más o menos intelectual el trabajo) y en el vértice, el empleador o quien desempeñe su función. También según este autor, el poder directivo no se pone de manifiesto sólo cuando se revele a través de órdenes, indicaciones, disposiciones generales o cualesquiera actos de comando que impriman un sentido concreto e inmediato en la actividad del empleado. Puede suceder que en determinadas situaciones, por la forma del trabajo prestado o por la categoría del trabajador, ese poder se atenúe, pero que nunca deje de existir.

Tal poder deriva, por lo tanto, del hecho de que es el empresario quien asume los riesgos del negocio y, en consecuencia, es a él a quien compete la prerrogativa de dictar órdenes. Tal poder es correlativo a la subordinación jerárquica del empleado, basándose en la propia estructura interna de la empresa, que obedece a un principio de organización y trabajo sistemático y disciplinado³¹⁷.

Según Maranhão y otros autores³¹⁸, de la subordinación de la relación de empleo se extraen los siguientes derechos del empleador: a) el derecho de dirección y de comando, siendo de su competencia determinar las condiciones para la utilización y aplicación concreta de la fuerza de trabajo del empleado, en los límites del contrato; b) el derecho de control, que es el de verificar el exacto cumplimiento de la prestación de trabajo; c) el derecho de aplicar penas disciplinarias, en caso de incumplimiento de obligación contractual.

³¹⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, 1995, p.72.

³¹⁸ MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Amaldo; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA FILHO, João de. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: LTr, 1996. V. A, p.243.

Por consiguiente, se va a demostrar la correlación existente entre el poder de dirección y el tema de la subordinación.

El poder de dirección es la prerrogativa que el empleador posee para determinar la forma por la cual se producirá la prestación de trabajo, por parte del empleado. Puede ser llamado, también, poder directivo o poder de comando. En lo que respecta a su naturaleza jurídica, algunos autores mayoritarios se dividen en dos corrientes³¹⁹. La primera lo considera *derecho potestativo*, de manera que nada puede impedir su ejercicio, puesto que aquéllos que se someten a él deberán, necesariamente, sujetarse al mismo³²⁰. La segunda corriente lo considera *derecho-función*, que constituye un poder atribuido al titular para tutelar un interés ajeno y no un interés propio, que implica la existencia de obligaciones para el propio titular³²¹. Ejemplo típico de derecho-función es la relación establecida entre padres e hijos, entre sindicato y categoría.

La idea de dar al poder de dirección la connotación de derecho potestativo prevaleció en el siglo XIX y tuvo importancia hasta mediados del siglo XX. Hoy en día, es incompatible con la realidad social, puesto que el propio contrato de trabajo y la ley imponen limitaciones – algunas serán objeto de análisis más adelante – al poder de comando del empleador.

Además, tal conceptualización resulta insuficiente para justificar las formas de la participación de los trabajadores en la empresa, a través de

³¹⁹ GODINHO DELGADO, Mauricio (*Op. cit.*, 1995, p.182-185) apunta a la existencia de dos otras corrientes teóricas: la que considera el poder directo como derecho subjetivo (facultad dada por ley para que el titular de un derecho lo ejerza, satisfaciendo su interés) o como fenómeno señorial/jerárquico (basado en la teoría institucionalista, por ser inherente a la estructura empresarial y debida al vínculo de empleo o, incluso, derivado del concepto de *señor feudal*, considerado 'dueño').

³²⁰ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1994, p.146; VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996, p.133-135; GODINHO DELGADO, Mauricio. *Op. cit.*, 1995, p.181-182.

³²¹ *Ibidem.*, p.146, p.135-136 e p.185-188, respectivamente.

las Comisiones Internas de Prevención de Accidentes – CIPAs - o de comisiones de fábrica, por ejemplo.

Algunas tendencias se inclinan por la tesis según la cual la naturaleza jurídica del poder de dirección del empleador es la de un verdadero derecho-función, puesto que el ejercicio de este derecho no puede vincularse exclusivamente al interés del empresario, sino también al interés de los trabajadores. Eso no quiere decir que este poder se reducirá sino que continuará siendo válido el hecho de que deriva de un derecho potestativo, dado que el empleador comanda y el trabajador obedece.

Sin embargo, la prerrogativa de mando no se debe prestar a atender sólo al interés exclusivo del patrón, sino a los de la empresa como integrante de una sociedad capitalista de masas imprescindible para que funcione el sistema y, en consecuencia, para que los trabajadores puedan ejercer, aunque formalmente, la libertad inherente a la relación de empleo.

Aunque no exista una posición unánime en cuanto a la denominación de los diferentes ‘poderes’ de dirección, para algunos autores es prácticamente incontestable identificar tres especies: poder organizativo, poder de control y poder disciplinario³²². Seguidamente vamos a realizar el

³²² Esta clasificación, que se adoptará en el presente estudio, es de MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri (*Op. cit.*, 1994, p.146-149). Se trata de la clasificación más genérica y que abarca las demás. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: GODINHO DELGADO, Mauricio divide el poder de empleo en jerárquico (conjunto de atribuciones relacionadas a la dirección, regulación, fiscalización y disciplina de la actividad desarrollada por la empresa), directivo (determinación de reglas técnico-organizadoras) y disciplinaria (posibilidad de imponer sanciones, si no se cumplen las obligaciones contractuales) y resalta la existencia de un poder de control (fiscalización) (*Op. cit.*, 1995, p.175-180). VIANA, Márcio Túlio (*Op. cit.*, 1996, p.122-123 e 229, que adopta la clasificación de Magano, habla de poder directivo *stricto sensu* (guía de la actividad del trabajador, para conseguir los objetivos empresariales), poder de organización (determinación de la estructura técnica y económica de la empresa y de las estrategias para alcanzar los objetivos) y poder disciplinario (posibilidad de imponer sus reglas), pero destaca la existencia de un poder de control (fiscalización de las actividades del empleado).

análisis de cada uno de ellos, ya que es de particular importancia para el desarrollo del tema.

El *poder* organizativo o poder directivo propiamente dicho³²³ es el poder más amplio del empleador, que consiste en la facultad de ordenar tanto el capital como el trabajo, teniendo como objetivo la dirección y administración del emprendimiento. Comprende la definición de los fines económicos, la determinación de la estructura jurídica, la fijación de cargos y funciones así como sus respectivas atribuciones, el ordenamiento y estructuración del proceso de trabajo, entre otras actividades. Mascaro do Nascimento³²⁴ incluye, además, el poder regular, considerado como la posibilidad de elaborar el llamado *reglamento de empresa*³²⁵, que trazará reglas que, junto con la ley y otros instrumentos normativos (tales como convenciones y acuerdos colectivos de trabajo), servirán para regular el contrato de trabajo.

El *Poder de control* es la facultad que tiene el empleador de fiscalizar las tareas profesionales realizadas por sus empleados para verificar si se están cumpliendo las metas que harán posible alcanzar sus objetivos.

El *Poder disciplinario* es la prerrogativa del empleador de aplicar sanciones a sus empleados cuando dejan de cumplir las órdenes que les habían sido dadas, o si no desempeñan sus atribuciones de forma adecuada.

³²³ BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.43.

³²⁴ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1994, p.147.

³²⁵ Idem. *Teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p.171. Reglamento de empresa, "en un sentido material, es un conjunto sistemático de reglas sobre condiciones generales de trabajo en la empresa u organización de la actividad, disciplina y ventajas conferidas a los trabajadores. En un sentido formal, es un documento escrito en el cual se disponen las reglas articuladamente. Su elaboración se realiza en el seno de la empresa por parte del empleador o de sus agentes, con la participación de los empleados".

Se observa, por lo tanto, que el poder directivo, por excelencia, es el poder organizativo, ya que los demás, en efecto, sirven para darle efectividad y pueden verse como desarrollos del mismo. El poder de control hace posible que el patrón verifique la estrategia que previamente ha trazado para la administración/producción y si se está cumpliendo de forma satisfactoria. El poder disciplinario permite que se castigue a los trabajadores que no se hayan adecuados a la estrategia en cuestión, o si no han respetado las determinaciones que les habían sido impuestas.

Así, se hace necesaria la identificación de su fundamento, que se explica a través de tres³²⁶ importantes teorías³²⁷:

- a) la teoría del contrato³²⁸, según la cual el poder directivo está basado en la relación de empleo, es decir, en el contrato de trabajo, de manera que el trabajador, a partir del consentimiento para prestar trabajos al empleador, está de acuerdo en someterse a sus órdenes³²⁹;
- b) la teoría de la institución³³⁰, según la cual el empleador/empresa, como tal (institución), tiene una estructura rigurosamente jerarquizada, de manera que el poder de comando surgirá “naturalmente” de los órganos que la administran; y

³²⁶ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1994, p.44-45; VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, 1996, p.123 y sigs.

³²⁷ GODINHO DELGADO, Mauricio (*Op. cit.*, 1995, p.169-170) apunta además una cuarta, publicística, derivada de la teoría institucionalista, según la cual el Estado es el que delega el “poder” al empresario para dirigir a los trabajadores. Para él, la gran crítica a tal teoría es su fuerte connotación autoritaria. Amauri Mascaro Nascimento (*Op. cit.*, 1998, p.146) apunta, también, la teoría del interés, según la cual el poder de organizar, controlar y disciplinar el trabajo tiene por objetivo la consecución de fines previamente determinados.

³²⁸ Adoptada por Luiza Riva Sanseverino, Renato Corrado, Charles Drake, M. Wright, Délio Maranhão, Nélio Reis, Arion Sayão Romita, entre otros. Según GODINHO DELGADO, Mauricio (*Op. cit.*, 1995, p.170-173), que se adhiere a esta corriente.

³²⁹ VIANA, Márcio Túlio (*Op. cit.*, 1996, p.123-124), entre los contractualistas, diferencia a los unitaristas y los dualistas. Para los primeros, sólo el empleador es quien comandará la prestación de trabajos; para los segundos, trabajador y patrón pueden, con ocasión de la celebración de un contrato, establecer cláusulas que favorezcan a ambos.

³³⁰ Adoptada por Luiz José de Mesquita, Roberto Barretto Prado, entre otros. Conforme GODINHO DELGADO, Mauricio. *Op. cit.*, 1995, p.168.

- c) la teoría de la propiedad privada³³¹, según la cual el poder directivo pertenecerá a quien tenga la propiedad de la empresa, es decir, a quien sea el 'dueño' efectivo.

Esas tres teorías son susceptibles de críticas. La teoría contractualista reconoce el poder directivo sólo por su aspecto formal. Además de que el margen de la 'negociación' de las cláusulas es mínimo, ésta es la forma comúnmente utilizada en el mundo occidental para el ejercicio del trabajo³³², lo que no sirve, por sí sólo, para fundamentar el poder directivo. La teoría de la institución sólo justifica una determinada situación (autoritaria) de poder, pero no la explica, ignorando la existencia de la 'libertad' que, como hemos visto, es una característica fundamental de la relación de empleo³³³.

En cuanto a la teoría de la propiedad privada, Magano³³⁴ advierte de la existencia, bastante frecuente hoy en día, de empresas donde la propiedad está dissociada del control (en algunas ni siquiera es posible identificar claramente a la persona del 'dueño'), de modo que, para ese autor, el fundamento real del poder directivo no está en la propiedad sino en el *control*.

Por otro lado, cada una de las teorías descrita justifica el poder directivo bajo aspectos diferentes: la contractualista indica la procedencia del poder (contrato); la institucionalista identifica uno de los motivos que justifican el poder (necesidad); y la de la propiedad revela al ejecutor del poder (quien detenta los medios de producción).

Según Viana³³⁵, el poder de dirección por excelencia es el poder organizacional, puesto que las otras dos especies – el poder de control y el

³³¹ Adoptada por Paul Durand, Jaussaud, Mozart Victor Russomano, Evaristo de Moraes Filho, Célio Goyatá, José Marthins Catharino, entre otros. Según GODINHO DELGADO, Mauricio. *Op. cit.*, 1995, p.165-167.

³³² BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.45.

³³³ GODINHO DELGADO, Mauricio. *Op. cit.*, 1995, p.169.

³³⁴ BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.44.

³³⁵ VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, 1996, p.131.

poder disciplinario – sirven para hacerlo efectivo. Analizando las diferentes tipologías del poder de comando y relacionándolas con las teorías que lo fundamentan, el autor afirma que “se puede también concluir que cada teoría se adapta mejor a cada una de las tres especies de poder directivo. [...] la de la propiedad, al poder organizacional [...]”.

Así, la esencia del sistema capitalista, instalado en la mayoría de las sociedades del mundo contemporáneo, está precisamente en la propiedad: mientras los trabajadores disponen tan sólo de su ‘fuerza de trabajo’, los capitalistas son quienes detentan los medios de producción. Actualmente, esta noción de “propiedad” ha sufrido modificaciones, como señala Magano. Pero el hecho de casi confundirse con la noción de ‘control’ no la desvirtúa. Incluso porque en el Derecho Laboral no es relevante identificar quién es el ‘dueño’ del emprendimiento, dado que, como ya hemos visto, prevalece el principio de despersonalización del empleador. Por tal motivo, la relación verdadera y real se establece entre los trabajadores y la empresa³³⁶ que, en el desarrollo de la relación laboral, se va poniendo de manifiesto.

Bajo el aspecto rigurosamente técnico, las demás teorías (contractualista e institucionalista) no pueden ignorarse. El contrato de trabajo es la manera mediante la cual se formaliza la relación laboral y, cada vez más, las empresas se ven como verdaderas instituciones. Insistimos en que la verdadera esencia del sistema capitalista está en la

³³⁶ En este sentido, la criticada definición de empleador dada por el artículo 2º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo sería absolutamente adecuada. Según Evaristo de Moraes Filho, “el concepto de empresa no coincide totalmente [...] con el concepto de empleador, pero es innegable que en el mundo moderno la más importante de las manifestaciones de colocación privada es la que reviste la forma de empresa” (Op. cit., 1971, P. 240). Y el hecho de que conste en el artículo 2º, párrafo 1º, de la Consolidación la “equiparación” con el empleador por parte de entidades sin fines de lucro como instituciones de beneficencia y asociaciones recreativas, entre otras, no desvirtúa la actividad económica en virtud de la incontestable existencia de producción de trabajos, para satisfacer las necesidades de los hombres. MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Op. cit.*, 1999, p.86. Es por eso que la asunción de los riesgos no puede considerarse elemento esencial de la relación de empleo, como se ha visto.

propiedad. Ese es también uno de los hechos que justifican la diferencia entre las partes, en el momento de la celebración del contrato, lo que hizo que el Estado tuviera que regular tal relación, entrometiéndose en la esfera privada. De la misma forma, es la propiedad la que justifica la existencia y la estructuración de la propia institución. Es el sistema capitalista, por tanto, el que da énfasis a la propiedad. Por consiguiente, ésta debe considerarse el principal fundamento del poder directivo del empresario.

Clarificado este aspecto, conviene traer a colación una breve descripción del contrapunto de este poder.

Según Godinho Delgado³³⁷:

Subordinación comprende la situación jurídica derivada del contrato de trabajo mediante el cual el empleado tomaría la dirección del empleador para llevar a cabo la prestación de servicios. De este modo, la subordinación sería el polo reflejo y combinado, en la relación de empleo, el poder de la dirección empresarial, también de matriz jurídica. [...] La subordinación no genera un estado de sujeción personal (perspectiva subjetiva) del prestador de servicios. Aunque este estado de sujeción puede surgir en ejemplos (y no son pocos) de la práctica intraempresarial concreta, y no es de la naturaleza (de la sustancia) de la relación jurídica laboral.

Se trata, por lo tanto, de *subordinación jurídica*, dado que el trabajador, libremente (aunque la libertad sea sólo formal, como ya hemos visto) al consentir prestar trabajos por cuenta ajena, acepta someterse a las órdenes de otro que, a su vez, posee el derecho de mando³³⁸. Esa subordinación jurídica no se confunde con la subordinación económica ni con la subordinación técnica, que no son marcas características de la relación de empleo. Aunque la mayoría de los trabajadores dependa

³³⁷ GODINHO DELGADO, Maurício. *Op. cit.*, 1995, p.104-105.

³³⁸ TEIXEIRA MANUS, Pedro Paulo. *Op. cit.*, 1995, p.58. El autor se refiere a subordinación jerárquica definiéndola como la "prerrogativa del tomador de servicios de dar ordenes al empleado, de tal manera que se le asigne al empleado lo que debe de hacer, dónde debe trabajar y en qué forma debe desempeñar sus tareas".

económicamente de su empleador, no puede apreciarse una desnaturalización del contrato de trabajo en el hecho de que el empleado posea otras fuentes de renta. Además, son varias las relaciones de empleo del trabajador que tiene conocimientos técnicos superiores a los de su empleador. Así, tanto la subordinación económica como la técnica pueden funcionar como “indicios” de la existencia de verdadero pacto laboral, aunque no son sus elementos esenciales.

Maranhão y Carvalho³³⁹, adhiriéndose a lo expuesto por Arion Sayão Romita, afirman que la característica decisiva de la subordinación se encuentra en la actividad del empleado; y ello obedece a que en el desarrollo del pacto laboral hay “alguna ‘indeterminación’ del contenido específico de cada prestación y, por consiguiente, el derecho del empleador de definir, en el curso de la relación contractual y de los límites del contrato, la modalidad de actuación concreta del trabajo (haga esto, no haga aquello; suspenda tal servicio, inicie otro)”.

Bueno Magano³⁴⁰, por otro lado, afirma que “la subordinación se traduce antes en dependencia necesaria del trabajador para quienes detentan los medios de producción, contraponiéndose al poder del directivo de estos. El contrato no crea sino sólo limita el referido poder”.

Para comprender el verdadero alcance de la *subordinación*, es fundamental entender el *poder de dirección*, puesto que, como cara y cruz de la misma moneda, no existen aisladamente.

Efectivamente, el poder de dirección está íntimamente vinculado a uno de los presupuestos fundamentales de la relación de empleo como es la subordinación del operario en relación al empleador³⁴¹. Subordinación

³³⁹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Op. cit.*, 1999, p.66.

³⁴⁰ BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.43.

³⁴¹ Conforme apunta PINTO MARTINS, Sérgio (1999), el operario ejerce su actividad dependiendo del empleador, que es quien lo dirige. El empleado es, por consiguiente, un

entendida bajo el aspecto jurídico, y no bajo los aspectos personal, intelectual o económico, puesto que no genera un estado de dependencia personal del empleado. Es más, puede que el trabajador tenga mayor conocimiento que el empleador o, aunque sea asalariado, puede suceder que no dependa económicamente de este. Constituir una relación jurídica de empleo es crear un espacio de poder de dirección y un correspondiente estado de dependencia garantizado por el derecho en el ámbito de la empresa³⁴².

Poner a disposición de otro la fuerza o energía de trabajo, para Granda³⁴³, es lo que abre la puerta a la subordinación. Si el trabajador pone su energía y trabajo a disposición de un tercero, éste, a su vez, asume el derecho de dirigir la tarea que realizará el empleado u operario y, más adelante, a cambio del pago de una remuneración, asume la facultad de disponer sobre la forma de utilizar esa energía de trabajo, dejando intacta la persona del trabajador.

La dificultad de la elaboración de un concepto unitario de subordinación jurídica es explicada por Rossal de Araújo³⁴⁴ en el sentido de que sería más oportuno, en lugar de conceptualizar el instituto, una aproximación según sus diversas perspectivas y conforme a su intensidad. El citado autor asegura que hay dependencia del empleado a la voluntad del empleador, incluso antes de haber puesto a su disposición su fuerza trabajo mediante la contraprestación de salario, recurriendo el poder directivo del empleador. Subraya que la dependencia económica siempre será el substrato material de la subordinación jurídica, que representa su aspecto formal. Entiende que ambas deben ser entendidas en una relación de causa y efecto, resultando inviable pretender explicar el vínculo jurídico de empleo sólo por una o por otra.

trabajador subordinado, dirigido por el empleador. Esta subordinación puede ser económica, técnica, jerárquica, jurídica o incluso social.

³⁴² RACHID COUTINHO, Aldacy. *Op. cit.*, 1999, p.52.

³⁴³ GRANDA, Ramirez *apud* RIVEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Op. cit.*, 1999, p.471.

³⁴⁴ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996, p.169-172.

Bajo el punto de vista obligacional, la potencialidad de la subordinación significa un estado de permanente crédito del empleador para el empleado. Tal crédito se desdobra en dos etapas sucesivas. Por la primera, se reserva al acreedor de trabajo (empleador) el poder jurídico de la exigibilidad a que corresponde, para el prestador, una situación de débito constante, que es el estar a disposición. Las posiciones se invierten: el trabajador, dentro del perímetro de sus actividades y del horario funcional de la empresa que le incumbe desarrollar, permanece ligado a ella, y cualquier acto de voluntad suya que importe una cesión de este deber de prioridad que entrega a la empresa sólo se admite con carácter expreso, por comunicación y con la correspondiente anuencia. En una segunda etapa, que también es conceptual, el crédito de la empresa consiste en imprimir en la actividad del empleado la dirección que se considere más conveniente en aras de sus intereses técnicos y económicos (respetando el límite de la esfera jurídica y de la persona del trabajador)³⁴⁵.

La noción de subordinación, según Ribeiro Vilhena³⁴⁶, parte de la actividad y se concentra en la actividad. Sostiene que su ejercicio, sin embargo, implica intercambio de conductas, porque la actividad se lleva a cabo mediante personas que se congregan, que se organizan e integran un cuadro general de orden y seguridad en el proceso de producción de bienes y servicios. Resalta que el trabajo no se separa de la persona del prestador, sino que el interés de la empresa es el trabajo y no el hombre. Así, subraya que la relación de inmediatez se da con el trabajo, puesto que con el prestador se da una relación mediata de actividad. Justifica la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado en la función directa y exclusiva del mantenimiento de la actividad de éste a favor de la empresa. Finalmente, conceptúa la subordinación como la

³⁴⁵ GRANDA, Ramirez (citando Colin e Callart Folch) *apud* RIBEIRO VILHENA, Paulo Emilio. *Op. cit.*, 1999, p.480.

³⁴⁶ RIBEIRO VILHENA, Paulo Emilio. *Op. cit.*, 1999, p.473.

participación integrativa de la actividad del trabajador en la actividad del creador del trabajo.

Una vez analizados los diversos aspectos de la relación existente entre el poder de dirección y la subordinación insita en la relación de empleo, seguidamente abordaremos las funciones directivas.

3.4 FUNCIONES DIRECTIVAS

Cabe apuntar tres funciones como integrantes del poder directivo. La primera se traduce en las decisiones ejecutivas, que son las relacionadas con la organización del trabajo y se manifiestan a través de actos meramente constitutivos, que no determinan ninguna conducta para los trabajadores como por ejemplo la fijación de turnos. La segunda es la de instrucción, que se exterioriza por medio de órdenes o recomendaciones, cuya eficacia real depende de la observancia por parte del trabajador. Del ejercicio de esa función surge para el empleado el deber de obediencia a tales órdenes o recomendaciones, dada la subordinación jurídica en que se encuentra, debido al contrato de trabajo³⁴⁷.

El deber de obediencia se refiere a las órdenes lícitas, no contrarias a la salud, a la vida o a la dignidad del trabajador, porque de lo contrario, el rechazo a su cumplimiento podría resultar legítimo. La violación de este deber podría determinar un acto de indisciplina o insubordinación, respectivamente, en caso de que el incumplimiento se refiera a órdenes de ámbito general emanadas del empleador, de sus presupuestos o a órdenes de tipo específico, personal, autorizando la resolución contractual, en los términos del párrafo 'h' del artículo 482 de la CLT.

³⁴⁷ MARTIN MARCHESINI, Gualtiero. *Op. cit.*, 1987, *passim*.

Sin embargo, no basta que se observen tales órdenes. También resulta necesario que el empleado actúe con esmero, interés y pericia, cuyo deber de diligencia le es impuesta debido a su colaboración con la empresa. La diligencia podrá evaluarse de forma objetiva cuando se toma como parámetro el comportamiento del trabajador medio o, de forma subjetiva, considerada en función del comportamiento personal del empleado. Conviene destacar que la evaluación de la diligencia conlleva unos grados, de acuerdo con la posición jerárquica del empleado en la empresa, o en consonancia con su actividad profesional, exigiéndose el grado más cualificado de un alto empleado, cuyos actos y omisiones tendrán mayor repercusión en la vida empresarial que en la de un trabajador no especializado³⁴⁸.

Los partidarios de la evaluación subjetiva de la falta sostienen que la impericia sólo podrá responsabilizar al operario en la hipótesis de ausencia de contrato de experiencia, por haber sustentado, en el momento del acuerdo, capacidad que no poseía. Si el acuerdo indeterminado fue precedido de un contrato de experiencia, el empleador tuvo la oportunidad de evaluar su grado de habilitación, teniendo, por tanto conocimiento previo de la pericia o impericia del empleado. En esta situación, la impericia constituirá riesgo empresarial.

Hay incluso quien atribuye al empleador la responsabilidad por la culpa *in eligendo* fundamentándola en que, incluso tras la prueba, durante el curso del contrato, deberá él mantener constante vigilancia sobre el empleado.

Junto al deber de diligencia, el empleado, por razones de orden ético-jurídico que superan la buena fe y las relaciones patrimoniales, debe lealtad al empleador, basada en el deber de fidelidad que se manifiesta a través de la idea genérica de corrección y del deber de sigilo.

³⁴⁸ DONATO, Messias P. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981, p.179.

Una conducta contraria a esas ideas proporcionará justa causa para justificar la resolución del pacto laboral. Así, el artículo 482 de la CLT establece entre las justas causas la negociación habitual, por cuenta propia o ajena, que constituya acto de competencia al empleador o que le acarree perjuicios e incluso la violación de secreto de la empresa relacionado con inventos, métodos de fabricación, competencia etc.

Finalmente, el poder de dirección tiene además la función de control, que consiste en la facultad de que el empleador fiscalice las actividades profesionales de sus empleados, comprendiendo aquí los registros.

Seguidamente, vamos a ocuparnos de las tres principales teorías de justificación del poder de dirección.

3.5 TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN DEL PODER DIRECTIVO

Hay tres teorías que intentan justificar la naturaleza jurídica del poder de dirección como son la teoría de la propiedad, la teoría del contrato y la teoría institucional.

Para la teoría de la propiedad³⁴⁹, el poder de dirección se da en razón del derecho de propiedad del empleador, es decir, por ser este último quien detenta los factores de producción y ser, por consiguiente, el responsable de los riesgos de la actividad económica. La teoría contractual³⁵⁰ justifica el poder directivo en la propia relación de empleo. Según esta teoría, es el contrato de trabajo el precursor del poder de dirección en la medida en que, a través del acuerdo de voluntad entre las partes, nace la obligación del empleado de prestar servicios, formándose así la dependencia del empleado hacia la dirección del empleador, lo que

³⁴⁹ Esta teoría es la sustentada por Mozart Victor Russomano, Evaristo de Moraes Filho y José Martins Catharino, según SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, 2000, p.110.

³⁵⁰ Adoptada por Délio Maranhão y Arion Sayão Romita, como apunta SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, p.110.

deriva en la subordinación jurídica de la relación de empleo. Por último, la teoría institucional³⁵¹ destaca el hecho de que el operario está inserto en la empresa institución, debiendo obedecer sus reglas y colaborar, junto con el empleador, en la búsqueda del fin empresarial.

Las tres teorías han sido objeto de críticas por algunos autores; no hay unanimidad en relación a cuál de ellas sería realmente la que justificara el poder directivo. A la teoría contractualista se la objeta que reconoce el poder directivo sólo por su aspecto formal; la teoría de la institución no sería adecuada por el hecho de que sólo justifica una determinada situación de poder, sin explicarla; a la teoría de la propiedad se la objeta que cada vez hay más distancia por parte de los propietarios de la empresa, de manera que en muchos casos ni siquiera son conocidos por los empleados, como sucede en las sociedades accionariales.

En este sentido, en virtud de la delimitación del presente estudio, no adoptaremos una u otra teoría, puesto que las tres corrientes ofrecen elementos que sirven como fuente del poder de dirección. Por lo tanto, sería más adecuada una especie de teoría ecléctica ya que, incontestablemente, el aludido poder se justifica en el contrato, en la propia necesidad de alcanzar el fin de la empresa y en la propiedad de aquél que detenta el capital y el trabajo.

Por otra parte, conviene realizar un sucinto análisis con respecto a este poder de dirección del empleador ante las nuevas tecnologías en el marco de una sociedad neoliberal y globalizada, ya que la ética y la buena fe deben ser preservadas en todas las situaciones.

³⁵¹ Tuvo como precursores a Maurice Hauriou y Georges Renard, siendo después seguida por Luiz José de Mesquita, como destaca CRUXÊN GONÇALVES, Simone. *Op. cit.*, 1997, p. 20-21.

A pesar de las diferencias de algunos autores, las obligaciones que derivan del contrato de trabajo son, en última instancia, de vínculo obligacional. Las partes deben mutua y lealmente proporcionar el apoyo necesario para llevar el contrato a buen fin.

Como sostiene Rossal de Araújo³⁵², son varias las situaciones en las que en la dinámica contractual el principio de la buena fe tendrá su incidencia. En el desarrollo de un contrato de empleo se producen numerosas modificaciones, ya sean expresas o tácitas, alterando el contenido inicialmente pactado por las partes. La actuación según la buena fe no es un deber exclusivo del empleado a la hora de cumplir la prestación de su trabajo. Es una exigencia contractual general y para las dos partes. La buena fe consiste en una actitud que propicie el cumplimiento efectivo del contrato e impregna el modo de ejecutar sus propias prestaciones. Se trata de una obligación recíproca que consiste en cumplimentar con lealtad y confianza el contenido del contrato.

Como anteriormente hemos mencionado, la obligación de trabajar está relacionada con varios aspectos: a) intensidad del trabajo y obligaciones contractuales correspondientes, incluyendo ahí el deber de diligencia; b) clase o especie de trabajo y calificación profesional del empleado; c) conducta general de las partes contratantes, positiva o negativa, que se espera o se exige como vinculada al cumplimiento contractual, o que presida el mismo. Hay que subrayar que la principal obligación del empleador es pagar el salario al empleado por la ejecución normal de la prestación de servicio. A su vez, la principal obligación del empleado es prestar el trabajo contratado y la obligación de hacer lo que se obliga debe ser cumplida con la diligencia de un buen trabajador.

Además del deber de obediencia se impone, aunque por fuerza de contrato de trabajo, el deber de fidelidad, que se traduce en un sentido de

³⁵² ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *Op. cit.*, 1996, p.236.

lealtad del empleado no sólo en relación a la persona del empleador sino también donde desarrolla su actividad es decir, a la empresa. La fidelidad es también una expresión de la buena fe con que debe ser ejecutado el contrato de trabajo y se manifiesta especialmente por la prohibición de difundir noticias que puedan implicar daño moral o patrimonial al empleador y a la empresa, desarrollo de actos de competencia a la actividad económica ejercida por ésta o también dejar de prestar los servicios contratados durante el horario de trabajo con actividades ajenas al empleo, generando perjuicios a la empresa.

Se incluye también el deber de información, especialmente el de informar de modo suficiente a la otra parte sobre las condiciones y riesgos contractuales. Los deberes de información y aclaración derivados del principio de la buena fe, en la formación de la ejecución del contrato, implican lealtad y confianza recíprocas. En caso de duda de cualquiera de las partes, la otra debe suministrar las explicaciones necesarias. Inserta en el deber de información está la obligación del empleador de avisar al empleado sobre cualquier circunstancia que afecte a la ejecución del contrato, a la organización interna de la empresa y a su salud financiera, dando una mayor transparencia de la relación contractual.

En esta línea de argumentación, como apunta Martins Catharino³⁵³, los accesos de los empleados a las informaciones representan, en efecto, la propia esencia de la democratización de la empresa.

En este abanico de democratización de la empresa, que es necesario para una mayor transparencia de sus actividades y su desarrollo económico, el empleador debe informar correctamente acerca de las circunstancias especiales que implican la prestación de trabajo, así como el empleado debe de explicar las dudas relacionadas con la ejecución de la prestación de servicios de forma plena, incluido el uso

³⁵³ MARTINS CATHARINO *apud* ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *Op. cit.*, 1996, p.250.

adecuado de los nuevos instrumentos tecnológicos. Es competencia del empleador organizar, regular y fiscalizar la ejecución de las actividades, de manera que pueda obtener éxito en la actividad empresarial. Rodrigues Pinto³⁵⁴ señala certeramente: “El poder es el elemento inherente a la organización. Incluso podemos afirmar que no hay poder sin jerarquía y no hay jerarquía sin disciplina”. El poder de dirección es la forma por la cual el empleador orienta las actividades del empleado derivadas del contrato de trabajo.

En la relación de empleo cabe distinguir la subordinación por un lado y, el poder directivo por el otro, de modo que, siendo el empleado un trabajador subordinado, el empleador tiene derecho no sobre su persona, sino sobre el modo en cómo se realice su actividad.

Camino³⁵⁵ considera al empleador como un sujeto subordinante, situación que se produce con respecto a la contratación del empleado. Tal aspecto se refleja en la legislación que contempla que es empleador aquel que admite la prestación personal de los servicios, representando una fuerte característica de la pasividad del empleado frente al empleador. Mascaro do Nascimento³⁵⁶ también entiende que el poder de fiscalización es inherente al poder directivo. El empleador tiene el derecho de fiscalizar el trabajo del empleado. La actividad de este, siendo subordinada y mediante la dirección del empleador no se ejerce de la forma que el empleado pretende sino como le es impuesta por el empleador.

Según Bueno Magano³⁵⁷, la naturaleza jurídica del poder de comando del empleador deriva de la propia relación de empleo, y la

³⁵⁴ RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p.250.

³⁵⁵ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.107.

³⁵⁶ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1994, p.436.

³⁵⁷ BUENO MAGANO, Octavio. *Op. cit.*, 1982, p.120.

doctrina actual cuestiona la naturaleza jerárquica del poder de comando, derivado de una postura corporativista de organización de la empresa, la cual viene evolucionando hacia una idea de capacidad de dirigir.

Nos adherimos a la tesis de Camino en cuanto a que se ha superado la idea de un poder puramente jerárquico, incondicional, ejercido soberanamente por el empleador. En el mundo globalizado, donde todo se modifica con mucha rapidez, el concepto de empresa ha evolucionado al igual que a sociedad, como también lo ha hecho el poder directivo, actualmente entendido como un poder jurídico, aplicado de forma reservada a uno de los sujetos de la relación de trabajo. A su vez, la superioridad jerárquica del empleador con relación al empleado es incontrovertible, pudiéndose citar la facultad de advertir y suspender que sólo se hace aceptable en una relación jerárquica, a pesar de que sea regulada por la ley. Se adopta la misma denominación empleada por Camino³⁵⁸ de poder de comando para conceptualizar el poder del empleador de dirigir la prestación de trabajo en su más amplia concesión, así entendida: “capacidad atribuida al empleador de dar contenido concreto a la actividad del trabajador, dirigido a la relación de las finalidades de la empresa”.

El poder directivo se expresa bajo diversas maneras, especialmente en los actos de regular la relación de trabajo, distribuyendo, dirigiendo, orientando y fiscalizando la prestación de los servicios, adecuando la prestación de trabajo a las necesidades de la empresa e imponiendo sanciones disciplinarias al empleado que no las respete. El poder de comando se divide en otros tipos de prerrogativas:

- a) Poder de organización: parte del principio de que ordenar es un acto inherente del empleador. Ese poder sufre limitaciones. Siendo quien detenta el poder de organización, es competencia

³⁵⁸ CAMINO, Carmen. *Op. cit.*, 1999, p.108.

del empleador establecer las normas de carácter técnico a las que el empleado está subordinado y que son expedidas por mero contacto verbal, individual o general, o por comunicados escritos, avisos, memorandos, etc. De esta manera, dentro del poder de organización se encuentra la posibilidad de que el empleador regule el trabajo conforme a su reglamento interno.

- b) Poder de control o de fiscalización: fiscalizar la ejecución de las órdenes conferidas al empleado. Pinto Martins³⁵⁹ cita como ejemplo de fiscalización la posibilidad que los empleados puedan ser revisados al final del horario de trabajo, destacando la importancia de que la revista sea moderada de manera que no viole la intimidad del empleado, la cual está garantizada por el inciso X del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988. Otros ejemplos de poder de fiscalización son el control del uso de los equipos de seguridad y de la manera de utilizar los equipos y herramientas de trabajo, entre otras formas de control del empleador ante el empleado.
- c) Poder disciplinario: aplicar sanciones al empleado que incumpla las órdenes generales o dirigidas específicamente a él.

Dentro de las medidas de fiscalización y control, el empleador puede disponer acerca de la forma de utilización de los equipos y herramientas de trabajo. El trabajador, al servirse de los medios de informática dados por la empresa, en gran número de ocasiones, para fines ajenos a su actividad y comprometiendo la actividad laboral, no sólo de otros empleados como la propia, transgrede la buena fe contractual que se impone al empleado.

³⁵⁹ PINTO MARTINS, Sérgio. *Op. cit.*, 1999, p.170.

Cabe citar el ejemplo al que alude Freitas Bacellar³⁶⁰ en relación a un médico que, durante su horario de trabajo, hacía fotos de algunos niños – que acudían a consulta al hospital – desnudos y las vendía por Internet, alimentando una red de pedofilia. Esta acción era llevada a cabo durante su horario de trabajo y utilizando los ordenadores y el acceso a Internet del propio hospital, y fue descubierta a través de una denuncia anónima. No cabe duda de que en el presente ejemplo, los padres de los niños sufrieran un inmenso daño moral, haciendo *jus* a una indemnización tanto en relación al médico como en relación al hospital, mediante el deber de diligencia establecido en el artículo 932 del nuevo Código Civil. La empresa, dueña del equipo que entra en la red, de la cuenta que permite la conexión y empleadora de quien está navegando o mandando correo electrónicos, es responsable de los actos de esta persona, al igual que lo es por los del conductor que al volante de un camión de su propiedad, atropella y mata a alguien.

La empresa es responsable por los daños materiales y morales causados por actos de sus empleados, conforme a la *Súmula* 341 del Supremo Tribunal Federal: “Se presume la culpa del empleador o del comitente por el acto ilícito del empleado”. Por lo tanto, si un empleado, a través del correo electrónico de la empresa donde trabaja, remite un mensaje con virus para terceros y causa perjuicios, su empleadora podrá ser obligada a resarcir los daños materiales y morales de la misma manera, sin contar la cuestión relacionada con la publicidad negativa que eso traerá para su nombre.

En el lugar de trabajo el empleador tiene una preocupación legítima para que el empleado no divulgue informaciones confidenciales de la empresa a otro o que no transmita correos electrónicos con contenido no apropiado que no estén relacionados con el trabajo, como material

³⁶⁰ FREITAS BACELLAR, Margareth de. *O Direito do Trabalho na era virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.80.

pornográfico o chistes, para no sobrecargar la red de la empresa, causando, en algunos casos, la pérdida de conexión, o bien la no recepción de archivos importantes o la necesidad de adquisición de placas de memoria para la ampliación de la capacidad de los sistemas. Como este ejemplo, hay otras numerosas situaciones concretas relacionadas con la teoría restrictiva del derecho al poder disciplinario del empleador, que desnaturalizan la argumentación en el sentido de impedir la fiscalización de las actividades del trabajador por parte del empleador.

En un concepto de sociedad globalizada, casi todo se hace por Internet y correo electrónico, ya sea en términos de ocio, investigación, diversión, comunicación, adquisición, o incluso pudiéndose realizar actos delictivos como el del ejemplo anteriormente mencionado, también en el entorno laboral, ya que las nuevas tecnologías están insertadas en las empresas como herramientas de trabajo.

Resulta pertinente el planteamiento de Freitas Bacellar³⁶¹ cuando se pregunta qué empleador permitiría que su empleado dejara de estar trabajando para hacer compras, pasear por algún Shopping virtual, o incluso ver televisión durante el horario de trabajo. Si se prohíbe que el empleador fiscalice uno de los medios de comunicación e instrumentos de trabajo mas importantes de nuestros días equivale a prohibirle verificar si la fuerza productiva contactada está o no siendo empleada de forma correcta y productiva, lo que equivale a destruir los cimientos del Derecho Laboral.

Como subraya Finati³⁶², estar conectado a Internet no significa sólo recibir informaciones y datos para la actividad profesional y empresarial. Internet permite la entrada en *sítos* cuyas informaciones no se relacionan

³⁶¹ FREITAS BACELLAR, Margareth de. *Op. cit.*, 2003, p.81.

³⁶² FINATI, Cláudio Roberto. "As relações de trabalho na era da informática". *Síntese Trabalhista*, São Paulo, n.136, p.86, oct. 2000.

en absoluto con la actividad empresarial ni tampoco refuerzan o aumentan los conocimientos del empleado internauta.

Puede suceder que el trabajador que tiene acceso a las nuevas herramientas tecnológicas las utilice para ejecutar una actividad diversa de las relacionadas con su actividad profesional, incluso en el horario de descanso. Como ejemplo, tenemos el acceso vía Internet a páginas pornográficas, de pedofilia, la descargas de fotos e imágenes, imágenes con animación, el repaso de datos desvinculados de la actividad profesional (ejemplo: poesía, chiste, historias, mensajes religiosos) a otros colegas e incluso a personas extrañas al entorno laboral (amigos, parientes etc.), acceso a salas de conversación virtual, de música, etc., consumiendo el tiempo de los empleados contratados y los recursos puestos a disposición por el empleador.

Así, adoptando las palabras de Lobato Paiva³⁶³, desde el punto de vista estrictamente técnico, el empleador tiene la posibilidad de controlar y archivar el uso de Internet y del correo electrónico que circula por la red de comunicación de la empresa.

En nuestra opinión, este poder de fiscalización no es irrestricto e ilimitado, debiendo estar precedido de determinados reglamentos previos con el fin de que no haya colisiones con el derecho fundamental de la intimidad personal, consagrado en el inciso III del artículo 1º de la Constitución Federal. Las obligaciones que derivan del contrato de trabajo imponen a las partes, mutuamente, abarcar todo un apoyo necesario para llevar el contrato a buen fin. Se trata de una obligación recíproca de cumplir con lealtad y confianza el contenido de contrato.

Las normas internas de la empresa forman parte del contrato de trabajo; deben ser observadas tanto por el empleado como por el

³⁶³ LOBATO PAIVA, Mário Antonio de. *Op. cit.*, 2002, p.12.

empleador, derivados del deber de información y explicación e inherente al principio de buena fe. Así, la política directiva de la empresa, estando ahí insertada la política de fiscalización del uso de las nuevas tecnologías en el entorno de trabajo, debe ser ampliamente difundida entre los colaboradores.

Freitas Bacellar³⁶⁴ considera que el empleado, al ser contratado, es decir, en cuanto a su admisión en la empresa, debe ser consciente, a través de una cláusula contractual, que tendrá monitoreado su correo electrónico así como el acceso a páginas de Internet, a fin de verificar si está utilizando el material dado y disponiendo de su tiempo de trabajo para fines relacionados con su actividad. De esta manera, conocedor de tal reglamento interno y mediante su consentimiento expreso, el empleador podrá monitorear su acceso a la red sin que haya violación de intimidad.

Tal posición es controvertida ya que otros especialistas en el tema no aceptan la licitud de este tipo de "cláusula de invasión de privacidad". En un sentido contrario se posiciona Carreira Calvo³⁶⁵ sustentando que tal cláusula no podría ser tolerada, y otorga primacía a los derechos de personalidad y de la protección a la intimidad de las comunicaciones. Conviene subrayar que, en el acto de la admisión, cuando el candidato se encuentra vulnerable, exigir la firma de un término que atenta contra un valor constitucionalmente tutelado resulta controvertido.

Más ajustado a la legalidad sería la implementación de una cláusula en el contrato de trabajo concienciando al empleado acerca de la existencia de una política de seguridad de la empresa que afecte al uso de Internet y del correo electrónico, así como de su monitoreo de acuerdo con las normas internas definidas y disponibles para los trabajadores.

³⁶⁴ FREITAS BACELLAR, Margareth de. *Op. cit.*, 2003, p.82.

³⁶⁵ CARRERA CALVO, Adriana. "O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho". *Revista Management*, fev. 2003. Disponible en: <<http://www.internetlex.com.br>>. Acceso el: 20 oct. 2003.

Para la adecuación de estas situaciones, hay que tomar como referencia el artículo 444 de la CLT relativo a las relaciones contractuales de trabajo que son objeto de libre estipulación por parte de las partes implicadas en todo lo que no vulnere las disposiciones de protección en el trabajo y para los contratos colectivos a los que se aplican y para las decisiones de las autoridades competentes.

Cabe destacar que esta actitud se deriva del principio de la autonomía de la voluntad, tal como se establece en el Derecho Contractual Brasileño, pero su origen se remonta al Derecho Romano. En base a este principio, "las personas son libres de contratar. Esta libertad incluye el derecho de contratar si quieren, con quien quieran y sobre lo que quieran; es decir, el derecho de contratar y de no contratar, de elegir a la persona con quién hacerlo, y de establecer el contenido del contrato"³⁶⁶.

Así, para Gonçalves³⁶⁷,

El principio de la autonomía de la voluntad se basa precisamente en la amplia libertad contractual, en el poder de las partes contratantes de disciplinar sus intereses mediante un acuerdo de voluntades, suscitando los efectos tutelados por mandato de la ley. Tienen las partes la facultad de celebrar o no celebrar contratos, sin ninguna interferencia por parte del Estado

Por lo tanto, el empleador, tomando como fundamento el poder directivo, debe establecer una política directiva sobre el uso de la red y los medios de informática en el lugar de trabajo y proporcionar previa y consciente información al empleado, así como de todo el procedimiento implementado, incluyendo las consecuencias de tal sistema de control en el contrato de trabajo, a fin de orientar el empleado acerca de lo que se considera uso indebido de estas nuevas herramientas de trabajo. Dentro

³⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, V. III, p.20.

³⁶⁷ *Ibidem*.

de este contexto, debería concretar la finalidad del uso de los equipos puestos a disposición de sus empleados, así como las políticas internas de monitoreo de las herramientas de trabajo. Esta política, que puede ser una norma colectiva o un Término Anexo al contrato de trabajo, debe tratar no sólo de que el empleado sea consciente de que la red, el equipo, el nombre de usuario y la contraseña que usa son propiedad de la empresa y de que su tráfico es continuamente monitoreado, sino también para explicar al empleado lo que se aceptará o no como conducta en las comunicaciones electrónicas, sus responsabilidades y deberes con relación al secreto de los datos y de los documentos que manipula o a los que tiene acceso.

Además, debería contener informaciones acerca de la prohibición de eliminar la correspondencia electrónica, prohibición de transmitir mensajes con contenido sexual, racial, político o religioso (ofensivos o no), prohibición de mensajes agresivos o difamatorios, prohibición de copia, distribución, posesión o impresión de material protegido por derechos de autor, prohibición de instalación o remoción de software en el equipo de la empresa, prohibición de uso de la red para actividades no relacionadas con la empresa, prohibición de uso de la red para actividades ilegales o que interfieran con el trabajo de otros (interna o externamente), prohibición de uso de los equipos informáticos de la empresa para conseguir un acceso no autorizado en cualquier otro ordenador, red, banco de datos o información guardada electrónicamente (interna o externamente), prohibición de consulta de correo electrónico de cuentas particulares (vía software dedicado o incluso *browser*) en el equipo de la empresa, incluso fuera del horario de trabajo, notificación exhaustiva de qué palabras y/o archivos no pueden utilizarse en los mensajes destinados a la red interna de la empresa, conocimiento de los límites de acceso de cada persona/sector en la estructura interna de la red de la empresa.

Carrera Calvo³⁶⁸ comenta la propuesta del especialista en Derecho de Informática, Renato Opice Blum, en relación a que las empresas que quisieran hacer el monitoreo violan la expectativa de privacidad del empleado, por medio del contrato, de códigos de conducta y de *pop ups* en el escritorio del ordenador, recordando que el usuario está siendo monitoreado. También recomienda que las empresas reserven un período diario, de 10 a 30 minutos, para que el usuario use el sistema para fines personales.

No es creíble aceptar que el trabajador pueda utilizar indiscriminadamente el correo electrónico para fines personales, y tampoco el empresario puede prohibir radicalmente su uso. Algunos autores son partidarios de la creación de un 'Código de Conducta'³⁶⁹ para la utilización del correo electrónico en el entorno de trabajo, conteniendo instrucciones claras, reglas de uso, consultas o mesas redondas con los representantes de los sindicatos de los trabajadores.

Así, el control debe seguir una especie de camino que lleve al conocimiento del contenido del correo electrónico en último caso y que proporcione suficientes indicios de conducta ilegítima por parte del empleado. Estos indicios deben basarse en criterios objetivos como, por ejemplo, la frecuencia en el número de comunicaciones de carácter personal o el título propio de los mensajes en el caso del correo electrónico. En estos casos, si el empresario tiene un indicio objetivo de que se está produciendo una situación de abuso deberá permitirse el control, estableciendo un mínimo de garantías exigibles, por parte del trabajador, con respecto a sus derechos.

³⁶⁸ CARRERA CALVO, Adriana. *Op. cit.*, 2003.

³⁶⁹ LOBATO PAIVA, Mário Antônio de. "Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho". *Âmbito jurídico.com.br*, [s.d.]. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4381>. Acceso el: 30 ago. 2003.

Vilhahermosa³⁷⁰ sustenta una opinión semejante al apuntar la diferencia entre el control del ‘tema’ o el ‘destinatario’ del mensaje y el acceso indiscriminado al contenido de los mensajes. El acceso al contenido debe ser restringido y conocido sólo cuando conduzca irremediablemente a un posible acto ilícito o que determine una de las modalidades de falta grave prevista en la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

Por lo tanto, ante los hechos y lo descrito hasta ahora, en resumidas cuentas podemos afirmar que no se puede permitir el uso absolutamente restringido del correo electrónico del empleado y aún menos, permitir el monitoreo por parte del empleador. Es preciso encontrar unas soluciones más equilibradas y de respeto para los derechos de los actores sociales. Este sería el camino de equilibrio entre los principios de protección del empleado con respecto al poder directivo del empleador, es decir, la conducta del empleador debe de estar siempre pautada por los dictámenes de proporcionalidad.

Seguidamente, vamos a analizar el significado del *jus variandi*.

3.6 JUS VARIANDI

Como ya hemos mencionado anteriormente, uno de los elementos fundamentales que caracterizan la relación de empleo deriva precisamente del derecho de propiedad, como es la subordinación del operario en relación al empleador³⁷¹. El empleador es quien asume los riesgos de la actividad, es su derecho escoger la forma en cómo deberá

³⁷⁰ VILLAHERMOSA *apud* LOBATO PAIVA, Mário Antonio de. *Op. cit.*, [s.d.].

³⁷¹ PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.95. Explica el autor que: “El operario ejerce su actividad dependiendo del empleador, que es quien lo dirige. El empleado es, por consiguiente, un trabajador subordinado, dirigido por el empleador. Esa subordinación puede ser económica, técnica, jerárquica, jurídica o incluso social”.

dirigirse su negocio para alcanzar las metas proyectadas, es decir, el empleador es la persona responsable de determinar quién, cómo y dónde deberán realizarse las tareas necesarias para el buen avance de la actividad empresarial. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico brasileño confiere al empleador el llamado poder directivo³⁷² como forma de otorgamiento de mecanismos para la protección y el desarrollo de la actividad productiva. La previsión legal del poder directivo se encuentra en el artículo 21 de la CLT³⁷³, por el que el empleador asume el riesgo de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicios.

Para clarificar mejor lo que es el poder directivo del empleador, Cruxên Gonçalves³⁷⁴ describe su concepto de *jus variandi*: “Entendemos que el *jus variandi* es la facultad del empleador, que se ejerce en virtud de su poder directivo, de introducir, unilateralmente y dentro de unos límites, modificaciones en los aspectos circunstanciales concernientes a la prestación de servicio del empleado y a la organización de la empresa”. También reproducimos el concepto de *jus variandi* elaborado por Garzón

³⁷² RIBEIRO VILHENA, Paulo Emílio de. *Op. cit.*, 1999, p.473. El autor justifica la existencia del poder de dirección aduciendo que “la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado (ejercicio del poder directivo) se explica en función directa y exclusivamente del mantenimiento y de la adecuación de la actividad de éste en favor de la empresa”.

³⁷³ BRASIL. *Consolidación de las Leyes del Trabajo*. “Artículo 2º. “se considera empleador la empresa, individual o colectiva que, asumiendo el riesgo de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicios”.

³⁷⁴ CRUXÊN GONÇALVES, Simone. *Op. cit.*, 1997, p.48. El concepto es configurado después de analizar la definición propuesta por otros autores. Conviene transcribir literalmente los conceptos. Para Délio Maranhão, “consiste en la facultad otorgada al empleador de modificar, de forma no substancial, las condiciones del contrato de trabajo, en virtud de su poder directivo”. Para GUEIROS BERNARDES, Hugo (*Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1989. V.1): “Constituye un conjunto de actos necesarios para el funcionamiento de la empresa. [...] Es la parte del poder directivo patronal que se caracteriza por la discrecionalidad, bajo los límites de la ley y del contrato, porque está destinada a posibilitar el regular desarrollo de la actividad empresarial”. Para CABANELLAS, Guilherme (*Introducción al Derecho Laboral*. Buenos Aires: Bibliográfica Omega, 1960. V.1): “Es el resultado directo de la ejecución del contrato que impone, en ciertas condiciones, modificar y variar las prestaciones. Sin embargo las innovaciones, por eso mismo, no pueden ser substanciales ni tampoco regirse por mero capricho”.

Ferreira³⁷⁵, que también engloba la integralidad de los elementos implicados en la cuestión objeto de debate: “Es una facultad unilateral, condicionada únicamente a una necesidad de la empresa y que se justifica en función de motivos especiales y racionalmente apreciados, dirigidos al desarrollo de la empresa y de la producción sin ocasionar perjuicio al trabajador”.

A partir de estos conceptos, podemos observar que el poder directivo se divide en diversas facetas, pudiendo manifestarse mediante el poder de control (fiscalización de los horarios, por ejemplo), el poder de punición (disciplinario, aplicar advertencia, suspensión) y el poder de organización (establecer qué actividad desarrollar), entre otros. Conforme apunta Ribeiro Vilhena³⁷⁶, “el sistema jurídico al reconocer el poder directivo del empleador y al tutelarlos, no hace más que asegurarle los medios de un regular desarrollo de su actividad”.

Por lo tanto, empleado y empleador desarrollan una relación en la cual no se aplica la igualdad jurídica presente en el ámbito del Derecho Civil en la medida en que una de las partes del contrato de trabajo (empleado) es dirigida y subordinada a la otra (empleador). No obstante, hay que tener en cuenta que la relación jurídica laboral no puede considerarse como una parte independiente del derecho, valiéndose el empleador de la prerrogativa de dirección para violar cualquier especie de derecho del empleado.

A partir del concepto de Garzón Ferreira, anteriormente transcrito, podemos concluir que están prohibidas las modificaciones que conllevan perjuicios para los empleados. En efecto, esta restricción deriva de normas de orden público, previstas en la ley, como el artículo 468 de la

³⁷⁵ GARZÓN FERREIRA, Inácio *apud* CRUXIÊN GONÇALVES, Simone. *Op. cit.*, 1997, p.46.

³⁷⁶ RIBEIRO VILHENA, Paulo Emílio de. *Op. cit.*, 1999, p.216.

CLT³⁷⁷, por ejemplo. Además, también es limitador del *jus variandi* el propio contrato de trabajo, que instituye para las partes (empleado y empleador) normas de naturaleza dispositiva, siempre mediante los requisitos del artículo 104 de la Ley nº 10.406, de 10 de enero de 2002.

Como hemos visto, el poder de dirección no es ilimitado y debe estar ligado a la racionalidad y a todos los límites intrínsecos de la relación de empleo. Por lo tanto, vamos a analizar algunos de estos límites.

3.7 LÍMITES DEL PODER DE DIRECCIÓN

Ya hemos explicado que la subordinación jurídica del empleado no implica que el mismo tenga que someterse a cualquier tipo de órdenes por parte del empleador, puesto que el poder de dirección de éste es ilimitado, existen límites a ese poder en función, principalmente, del principio de proporcionalidad y de buena fe de la relación laboral.

Viana³⁷⁸ indica algunos de los límites constitucionales de este poder. Considerando, inicialmente, el artículo 5º de la Carta Magna, afirma que el patrón no puede: discriminar al trabajador (incisos I y VIII); obligarlo a hacer o no algo sino en virtud de la ley (inciso II); someterlo a tortura y a tratamiento deshumano o degradante (inciso III); impedir para que manifieste su pensamiento (inciso IV); violar su libertad de conciencia y creencia (inciso VI), así como su intimidad, honor, imagen y vida privada (inciso X); obligarlo a asociarse o impedir que lo haga (incisos XVI, XVII y XX); obstaculizar su acceso a la Justicia (incisos XXXIV y XXXV), entre otros. El autor también apunta que los artículos 7º, 8º y 9º imponen al empleador una serie de obligaciones positivas y negativas, tales como

³⁷⁷ Dispone el artículo 468 da CLT: “En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la modificación de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento, y aún así siempre que no haya, directa o indirectamente, perjuicios para el empleado, bajo pena de nulidad de la cláusula que infringe esta garantía”.

³⁷⁸ VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, 1996, p.110.

pagar un salario mínimo y no discriminar a las personas portadoras de deficiencia, respectivamente.

Se observa que todos los derechos que integran el rol de las libertades públicas, constitucionalmente aseguradas, sirven de limitación a la actuación del empresario en la dirección de la prestación de trabajos. Entre estos derechos, Viana³⁷⁹ da especial énfasis a los que protegen la personalidad del trabajador, ya comentados al inicio de este trabajo. Hay, incluso, según el autor³⁸⁰, limitaciones de orden temporal y espacial, puesto que el poder directivo del empleador, por regla general, tiene sus contornos definidos sólo durante y en el lugar de la prestación de trabajos del trabajador, así como limitaciones de orden teleológico, puesto que el poder de comando tiene un objetivo que alcanzar, así que el empleador sólo puede dar órdenes a sus empleados que estén en consonancia con este objetivo.

Mascaro do Nascimento³⁸¹ identifica las restricciones del poder directivo del patrón en razón de sus diferentes tipos. Así, en cuanto al poder de organización, afirma que por imperar el principio de inmodificabilidad de las condiciones de trabajo, las modificaciones unilaterales deben tener una previsión legal. En cuanto al poder disciplinario, no se admite una doble punición para la misma falta³⁸², al no existir una previsión legal de obligatoriedad de gradación de la pena³⁸³.

En cuanto al poder de control, Mascaro do Nascimento da ejemplos de situaciones polémicas, tales como los registros corpóreos y la colocación, en el local de prestación de trabajos, de cámaras de circuito

³⁷⁹ VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, 1996, p.111.

³⁸⁰ *Idem*, p.139-140.

³⁸¹ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1994, p.157-165. Es la efectivación de la doctrina del *jus variandi*, derecho del empleador. Según el autor, el pacto laboral puede tener sus condiciones modificadas, si el cambio alcanza la función (arts. 468, párrafo único, y 450 de la CLT), el salario (art. 7º, VI, de la Constitución Federal) o el local de trabajo (art. 469 da CLT).

³⁸² Doctrina del *non bis in idem*.

³⁸³ VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, 1996, p.149.

interno de televisión. Sin decirlo expresamente, indica los derechos de personalidad como límites a la actuación empresarial:

Se observa, por tanto, que, entre los tres tipos de poder directivo del empleador, el que más posibilidad tiene de entrar en colisión con el derecho a la intimidad y a la vida privada del trabajador es precisamente el poder de control, puesto que se utiliza para fiscalizar las actividades del empleado, a fin de verificar si sus órdenes están siendo debidamente respetadas y cumplidas.

El poder de dirección del empresario, fundamentado en su derecho de propiedad, encuentra grandes y substanciales límites que tienen por objetivo siempre el de proteger a la parte más débil de la relación; es decir, aquélla que sólo dispone de su fuerza de trabajo y no detenta los medios de producción. Si no fuera así, no estaría presente uno de los requisitos básicos de las relaciones laborales, la libertad, pudiendo configurarse el trabajo forzado (típico de las sociedades esclavistas) e hiriendo otro principio fundamental que orienta la actividad del hombre, la dignidad de la persona humana.

Buscar la compatibilidad entre el derecho de propiedad y la intimidad/vida privada, significa proporcionar una “tregua” al constante embate entre el capital y el trabajo, típico de las sociedades capitalistas contemporáneas. Además, si se considera que el Derecho Laboral viene perdiendo espacio en la reglamentación estatal en virtud de las diversas vicisitudes a las que debe enfrentarse la economía mundial, las libertades públicas pueden funcionar como parámetro para evaluar la delimitación del fenómeno de la flexibilización.

Así, se procede a estudiar, seguidamente, las formas para armonizar los derechos.

La propia naturaleza de la subordinación existente en la relación de empleo, como es la subordinación jurídica, pone de manifiesto que el poder de dirección del empleador no es absoluto y que, por lo tanto, tiene limitaciones. Así, el estado de dependencia del empleado denota sólo la

subordinación jerárquica derivada del contrato de trabajo. Por consiguiente, el hecho de la existencia de los deberes de obediencia, de colaboración y de diligencia del empleado, no quiere decir que el empleador tenga disponibilidad sobre la persona del operario.

Como principales límites al poder de dirección, Viana³⁸⁴ menciona los propios derechos individuales del artículo 5º de la Constitución Federal por los cuales el empleado no puede ser discriminado, no puede ser obligado a hacer algo, sino en virtud de la ley, no puede ser sometido a un tratamiento degradante, impedido de manifestar sus pensamientos, tampoco que se le viole la libertad de credo, intimidad, vida privada, honor e imagen, entre otros.

En efecto, toda relación jurídica, ya sea de empleo o de cualquier otra naturaleza, debe asegurar la dignidad de la persona humana. No fue por menor razón que el legislador, en lo que se refiere al Derecho de Trabajo, a través del artículo 170, *caput*, de la Carta Magna, relacionó la vida digna con el principio de la valorización del trabajo humano. La dignidad humana no es sólo el fundamento del Estado Democrático de Derecho, sino de todas las relaciones jurídicas y humanas. Por esta razón, el poder de dirección nunca podrá utilizarse para la obtención de ventajas indebidas y violando los derechos fundamentales.

Conforme apunta Grau³⁸⁵:

La dignidad humana no es sólo el fundamento de la República, sino también el fin al que debe dirigirse el orden económico. Este principio compromete todo el ejercicio de la actividad económica, sometiendo a los agentes económicos, principalmente a las empresas, para que se sometan a los límites impuestos por los derechos humanos. Cualquier actividad económica que

³⁸⁴ VIANA, Márcio Túlio *apud* SIMON, Sandra Lia. *Op. cit.*, 2000, p.119.

³⁸⁵ GRAU, Eros Roberto *apud* LOBATO PAIVA, Mário Antônio de. *A privacidade do trabalhador no meio informático*. oct. 2003. Disponible en <<http://www.mct.gov.br/legis/consultoria-juridica/artigos/informatica-tecnologia.htm>>. Acceso el: 19 sept. 2003.

se desarrolla en nuestro país deberá encuadrarse con el principio mencionado.

En relación a sólo uno de los lados del poder directivo, el *jus variandi*, Cruxên Gonçalves³⁸⁶ indica cuatro especies de límites para el poder del empleador: límites externos, límites contractuales, límites relacionados con la empresa y límites relacionados con el empleado. Como límites externos cita la moral y las buenas costumbres, en el sentido de que los actos del empleador no pueden atentar contra lo que se considera justo, ideal; es decir, con respecto a los valores morales del trabajador, así como en desacuerdo con los principios que rigen la sociedad. Los límites contractuales serían aquellos delineados en el contrato de trabajo: comprenderían las condiciones pactadas por las partes, cuya modificación está prohibida en los términos del artículo 468 de la CLT. En relación a la empresa, el poder del empleador estaría limitado a la satisfacción del interés de la empresa, comprendiendo la satisfacción de todos los implicados, empleado y empleador, y no al antojo de este último de forma arbitraria. En cuanto a la relación del operario, los límites del poder directivo comprenderían la observancia y el respeto a la dignidad.

No se puede dejar de mencionar, en este sentido, como un límite más a la imposición del poder directivo del empleador, la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, ya que la protección de los trabajadores "es un punto de convergencia entre el derecho internacional y el derecho constitucional"³⁸⁷.

En este sentido, Cardoso Barzotto³⁸⁸ apunta que:

Al proclamar los derechos reconocidos por la conciencia jurídica universal como patrimonio de la humanidad, observamos, en los principios declarados, un valor

³⁸⁶ CRUXÊN GONÇALVES, Simone. *Op. cit.*, 1997.

³⁸⁷ CARDOSO BARZOTTO, Luciane. *Direitos Humanos e Trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.119.

³⁸⁸ *Ibidem*.

jurídico superior jerárquico de las normas internacionales, independientemente de la formalidad de ratificación. A ello se suma la idea de que ciertos derechos relacionados con el trabajo están vinculados a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Los instrumentos de protección para los derechos humanos trascienden el nivel estatal de la protección de la persona humana.

Esto significa que, en este ámbito, la realización de los derechos humanos trasciende el papel de cada Estado en nombre del principio de la dignidad humana. Y, la aprobación de la declaración anterior es un ejemplo de fuente de los derechos humanos, independientemente de la ratificación, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia así lo decidieron en situaciones análogas. Como afirma la autora, "aunque algunas normas laborales pueden cuestionar la universalidad de los derechos humanos, teniendo en cuenta ciertas características culturales, en su conjunto, las normas que se consideran como principios fundamentales, están dotadas de propiedades que tratan de proteger la vida y la dignidad de todo ser Humano"³⁸⁹.

Por lo tanto, considerando que el empleado, a través de la relación de empleo, posee una subordinación jurídica en relación con el empleador, podemos afirmar que el poder directivo será limitado no sólo por el propio principio de la dignidad de la persona humana, por el cual no podrá extrapolar sus prerrogativas de control, fiscalización, organización y punición en el entorno de trabajo en detrimento de la persona del trabajador, sino también en relación con los tratados internacionales y la tutela de la OIT.

En este sentido, se entiende también que es necesario definir la responsabilidad del empleador.

³⁸⁹ CARDOSO BARZOTTO, Luciane. *Op. cit.*, 2007, p.120.

3.8 RESPONSABILIDADES DEL EMPLEADOR

Asunto extremadamente polémico y que, con mucha razón, atrae la atención y el miedo del empleador es su responsabilidad civil por los actos del empleado. La normativa legal remite actualmente al inciso III del artículo 932 del Código Civil (Ley nº 10.406, de 10 de enero de 2002)³⁹⁰.

El empleado debe obedecer las órdenes del empleador, teniendo en cuenta el poder directivo inherente al patrón. Y, en virtud de eso, en el desarrollo del contrato de trabajo, los actos y decisiones del empleado obligan al empleador ante terceros. Esto puede tener una connotación positiva (si se considera que conviene para el buen desarrollo del negocio –como la realización de una venta-) o negativa (si se considera que el empleador es responsable - civil y penalmente- por los actos de sus empleados en el desempeño de la función contratada).

Así, el empleador, en la calidad de detentador de los medios de producción, es el responsable por el conjunto de bienes y derechos que integran la empresa, así como por los actos cometidos por el encargado, como establece el artículo 1.178³⁹¹ del Código Civil, de aplicación similar. Por lo tanto, en términos procesales, es parte legítima para responder

³⁹⁰ No se puede dejar de mencionar que, con la aparición del nuevo Código Civil en enero de 2002, la responsabilidad del empleador por actos del empleado ganó dimensiones más amplias y claras, solucionando los antiguos conflictos de interpretación, como apunta SILVA PEREIRA, Caio Mario da. (*Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.93-96). La legislación vigente establece: "Art. 932. Son también por la reparación civil: [...] III - el empleador o comitente, por sus empleados, dependientes y agentes, en la realización del trabajo que les compete, o en razón del mismo".

"Art. 933. Las personas indicadas en los incisos I a V del artículo antecedente, aunque no tengan directamente culpa, responderán por los actos practicados por terceros". Previamente, la legislación anterior establecía: "Art. 1521. Son también responsables por la reparación civil: [...] III - el empleador o comitente, para sus empleados, dependientes y agentes, en el ejercicio del trabajo que les compete, o en razón del mismo. "Art. 1523. A excepción de las del artículo 1.521, V, sólo serán responsables las personas que figuran en el artículo 1522, si demuestra que las mismas contribuyeron a los daños por culpa o por negligencia".

³⁹¹ BRASIL. *Código Civil*. "Art. 1.178. Los preponentes son responsables por los actos de todos los agentes, practicados en sus establecimientos y relativos a la actividad de la empresa, aunque no haya autorización por escrito".

solidariamente con su empleado por un eventual ilícito cometido, ya sea por responsabilidad civil, ya sea por responsabilidad penal, según cada situación concreta.

No puede olvidarse, como apunta Marques Gonçalves³⁹², que la utilización de las herramientas electrónicas de trabajo, así como las eventuales consecuencias derivadas del uso incorrecto, deben ser tratadas de la misma forma que otras herramientas que comúnmente son puestas a disposición por parte del empleador para que el empleado lleve a cabo su tarea, como por ejemplo un vehículo.

En este contexto surge el interés del empleador por fiscalizar directamente y con cautela los actos y el buen desempeño de los empleados. Además del interés de mantener la producción y la calidad de su producto (lo que por sí sólo ya lo legitimaría), el empleador tiene interés porque es responsable por los ilícitos civiles y penales cometidos por el empleado en el desempeño de la función. Cuando el empleado actúa en el ejercicio de la actividad comercial, no lo hace propiamente en su nombre sino en nombre de la personas que le contrataron, autorizando en consecuencia, no sólo el deber sino también el derecho de conocer los límites de las obligaciones que están siendo contraídas en su nombre. Si no fuese así, sería como mínimo injusto imputar al empleador alguna responsabilidad³⁹³. Primero, porque estaría siendo reconocido el carácter

³⁹² MARQUES GONÇALVES, Sérgio Ricardo. "E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?" *Jus Navigandi*, Teresina, v.7, n.53, 1º jan. 2002. Disponible en: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acceso el 18 mar. 2003. Como ya se ha explicado, el autor recuerda que "la empresa, dueña del equipo que tiene acceso a la red, de la cuenta que permite la conexión y empleadora de los empleados que utilizan la red para navegar o mandar e-mails, es responsable por los actos de esta persona, tanto como lo es también por el conductor que, al volante de un camión de su propiedad, arrolla y mata a alguien. Si un empleado, a través del e-mail de la empresa donde trabaja, envía un mensaje con virus para terceros y causa perjuicio, su empleadora podrá ser obligada a resarcir los daños, materiales y morales, sin contar con la cuestión relativa a la publicidad negativa que podría afectar a su nombre".

³⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.117. El autor apunta que, en los últimos tiempos, se ha preferido hablar de responsabilidad empresarial, dando una mayor proyección a la antigua responsabilidad del empresario, dado que el desarrollo de la empresa dio nueva

privado del acto del operario, lo que no se confundiría con la relación de empleo y apartaría la responsabilidad del patrón. Y si no fuera así, se tendría como segundo argumento el hecho de que niega al empleador la oportunidad de conocer qué actos están desarrollándose en su nombre, usurpándole las oportunidades de adoptar medidas preventivas para minimizar los riesgos y, en último análisis, de defenderse.

Al examinar un caso judicial, referente a un mensaje electrónico con contenido supuestamente racista, que afecta a la empresa multinacional Gessy Lever, la periodista Watanabe³⁹⁴ escribe, en un artículo, que el empleador debe reforzar sus preocupaciones relacionadas con la responsabilidad social derivada de la mala utilización de los correos electrónicos. En este artículo la autora destaca la proporción geométrica con que los mensajes electrónicos, independientemente de su contenido, se propagan por los ordenadores, incluso llegando a personas desconocidas entre sí. Por lo tanto, mensajes de contenido inocente o malicioso pueden, con facilidad, ser recibidos por personas que se sienten ofendidas. La periodista concluye comparando la situación con la de "una broma en papel con membrete de la empresa que llega a 300 lugares diferentes", subrayando que ningún otro medio de comunicación detenta un poder semejante en la actualidad. Dividiendo los aspectos fácticos que

dimensión al fenómeno. Entre las teorías que justifican esta responsabilidad, la más ampliamente aceptada es la de la sustitución, que puede resumirse así: para beneficiarse de los servicios del empleado, el empleador está ampliando su propia actividad. Empleado es solo el instrumento, una *longa manus* del empleador, alguien que lo sustituye en ejercicio de las múltiples funciones empresariales, porque le sería difícil llevarlas a cabo personalmente. Sin embargo, el acto de sustitución, en el ejercicio de sus funciones, es el acto en sí sustituido, porque se practica con ocasión del desempeño de la tarea que a él interesa y sirve, por lo que la culpa del empleado es como consecuencia de la culpa del contratista. Además, el empleador o proponente asume la posición de garante de la indemnización ante el tercero afectado, ya que el empleado o agente, por lo general, no cuenta con los medios necesarios para indemnizar.

³⁹⁴ WATANABE, Marta. "Uso indevido do e-mail corporativo por funcionário gera ação contra a Gessy". *Jornal Valor Econômico*, Porto Alegre, 9 jul. 2002. Disponible en: <http://www.valoronline.com.br/valore.../materia.asp?id=1303012&ed_ref=382&edicao=38>. Acceso el: 18 nov. 2002. La periodista enfatiza que "hay pérdida total sobre el mensaje electrónico enviado. El e-mail llega a una docena de personas. Tienden a reenviarlo a otra decena de destinatarios. En muy poco tiempo el mensaje aparece en la pantalla de cientos de individuos, la mayor parte de desconocidos entre sí".

afectan al caso, aclara que la “Gessy Lever se convirtió en el blanco directo de la acción porque el empleado utilizó la dirección de correo electrónico corporativo con el nombre de la empresa. Aquel correo electrónico que se ajusta al formato ‘fulano@empresa.com.br>’”.

A partir del estudio del caso mencionado, para tratar de ampliar las formas de protección de la empresa se sugiere que, al final de todo e-mail que posea el dominio particular de la empresa, se adopte como rutina la inserción de mensajes que alerten de la finalidad exclusivamente profesional de la herramienta y que soliciten la comunicación inmediata acerca de su eventual mal uso³⁹⁵. Eso no libera automáticamente la empresa pero, al menos, dificulta la adopción de la teoría de la apariencia³⁹⁶.

Otra situación es la tecnología electrónica que no ha traído sólo ventajas sino también problemas inherentes que deben ser administrados y solucionados a lo largo de la convivencia.

Las exigencias de lo cotidiano –ya sea en casa o en el entorno de trabajo – obligan a todos a defenderse de la manipulación de los ordenadores. De la misma forma, propicia el conocimiento de problemas a

³⁹⁵ La idea que se presenta tiende a caracterizar más fácilmente el abuso o mal uso de las atribuciones de los empleados en el uso del correo electrónico, lo que permite al destinatario, quien quiera que sea, ya que se desconoce hasta donde podría llegar, teniendo conocimiento que el contenido del mensaje electrónico no tenga relación alguna con la empresa, impidiendo que puedan producirse nuevos casos como lo sucedido con la Empresa Gessy Lever, anteriormente narrado.

³⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, 2000, p.120. Estudiando la responsabilidad civil del empleador, el autor expone que: “La cuestión se hace un poco más compleja cuando se trata de un acto practicado por el empleado con abuso o mal uso de sus atribuciones. A menos que el afectado tenga conocimiento de este exceso o mal uso, el empleador es el responsable de la reparación del daño, incluso porque el tercero no tiene deber ni condiciones de saber los límites de las funciones del empleado, reputándose legítimos, ante la teoría de la apariencia, todos los actos practicados en la esfera de sus aparentes atribuciones. Como es notorio, la teoría de la apariencia equipara el estado de hecho al estado de derecho en ciertas circunstancias y con respecto a ciertas personas. Entonces, basta que la capacidad del encargado sea aparente para determinar la responsabilidad del comitente. Se considera suficiente la razonable apariencia del cargo. Claro está que el lesionado debe ir de buena fe, es decir, convencido que el encargado se hallaba en el ejercicio de su función en el momento de la práctica del acto”.

los que debe enfrentarse quien maneja esta tecnología. En relación a la utilización del correo electrónico, son bastante habituales dos hipótesis que conllevan severas dificultades para el usuario del correo electrónico: la contaminación del ordenador por virus y la práctica del spam. Estos dos elementos, asociados a la piratería y al exceso de archivos inútiles, son obstáculos que interfieren en la actividad empresarial.

Un gran problema histórico enfrentado por todos los usuarios de ordenadores, apunta a los virus que causan grandes daños, derivando en las más variadas sorpresas que van, desde un pequeño dolor de cabeza por una jugarreta, hasta un gran problema, tal vez irresoluble, cuando se produce la pérdida de archivos esenciales. Los virus destruyen programas de ordenadores (software) y hasta partes físicas, como el Hard Disk (HD).

En relación a la contaminación del ordenador por virus, el correo electrónico se presenta como fuerte divulgador, propiciando su envío a una infinidad de usuarios en un corto espacio de tiempo. Cada mensaje recibido es una nueva oportunidad de contaminación por un virus. En ese diapasón, la acumulación de mensajes particulares amplía las probabilidades de problemas de esa naturaleza, especialmente porque los usuarios domésticos no adoptan tantas medidas preventivas como las empresas, incluso en razón del coste de adquisición de nuevos programas.

Y, considerando la hipótesis en discusión, sin duda surgirán nuevos *onus* para el empleador, dado que él es el último responsable de los riesgos de la actividad, como establece el artículo 2º de la Consolidación de las Leyes de Trabajo. Además, las medidas preventivas disponibles en el mercado para que la empresa se prevenga de los virus, que todos los días se incrementan, corresponden naturalmente a nuevos gastos en la adquisición de software más modernos y actualizados. Y además de los perjuicios financieros directos, hay incontables perjuicios indirectos, como la pérdida de informaciones importantes, la paralización de servicios, etc.

Otro ejemplo de problema inherente al correo electrónico que acontece en el entorno de trabajo es la llamada basura electrónica, *junk e-mail* ou *spam*³⁹⁷. A pesar de que no se encuentre una definición exacta, basura electrónica sería aquella famosa maleta directa que se recibe con transmisión de propagandas u otros anuncios, la mayoría de las veces indeseables, cuyo remitente es incluso desconocido. Para facilitar mejor la identificación, se tiene como otros ejemplos notables las famosas ‘corrientes’, *links* para *sitos* pornográficos o comerciales, etc.

El permiso de la empresa para hacer circular este tipo de mensaje, naturalmente, perjudica el desempeño de sus actividades, ya que el objeto de este tipo de correspondencia electrónica está totalmente desvinculado del entorno de trabajo, sirviendo sólo para alterar el foco y disminuir la concentración del empleado. Pero más que eso, la circulación interna de este tipo de documento (muchas veces producida de manera reiterada con el mismo objeto en períodos diferentes) deriva en la sobrecarga del servidor, afectando al sistema informático.

Abordando el impacto del *spam* en la actividad empresarial, Lobato Paiva³⁹⁸ explica que el perjuicio se produce a gran escala, sin embargo de

³⁹⁷ LOBATO PAIVA, Mario Antonio de. *O imprestável chamado spam*. 17 oct. 2002. Disponible en: <<http://www.direito.com.br/doutrina.ASP?O=I&T=1877>>. Acceso el: 25 jun. 2003. El autor define la basura electrónica como “el correo no pedido o no deseado encaminado a un grande número de usuarios con el objetivo de divulgar promociones comerciales o la proposición de las más diversas ideas”. El mismo autor también presenta otros sinónimos para la palabra, tales como *mail bombing*, *unsolicited bulk e-mail* (UBE), *unsolicited commercial e-mail* (UCE).

FARANO STACCHINI, Fernando. “Aspectos jurídicos do lixo eletrônico”. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 18 set. 2002. El autor apunta que, “además de facilitar actividades ilegales (ya que muchos de los *spams* promueven corrientes de dinero, sitios de pornografía, racismo, discriminación religiosa, etc.), causa daños al proveedor (que carga con el coste y el riesgo de procesamiento de tales mensajes) y al usuario de correo electrónico, que paga por el tiempo de acceso para recibir (bajar), abrir y apagar los mensajes. También se argumenta que la obtención de la dirección electrónica del destinatario y el envío del Spam muchas veces se produce mediante violación de los preceptos constitucionales que aseguran el derecho a la privacidad y el secreto de correspondencia y de comunicaciones”.

³⁹⁸ LOBATO PAIVA, Mario Antonio de. *Op. cit.*, 2002. El autor observa que “enviar e-mails no cuesta casi nada a la persona que les envía; el receptor del mensaje carga con todos los costes. Cuando un usuario recibe una docena de mensajes *Spam* en una

difícil percepción. Eso sucede porque la basura electrónica afecta a la empresa indirectamente, a través de los equipos de informática, comportando consecuencias claras para los responsables del mantenimiento de la red de informática, más disfrazadas para los usuarios responsables por la divulgación del e-mail dentro de la empresa.

No menos importantes, incluso porque supondría la responsabilidad penal del empleador, son los actos de piratería³⁹⁹ que podrían ser practicados por el empleado mediante la utilización de las herramientas electrónicas que el empleador pone a disposición. Son varias las opciones posibles de piratería, dependiendo de la naturaleza de la actividad empresarial. Puede producirse incluso sin la intención del agente. Varios actos ordinarios practicados a lo largo del día, incluso sin intención, pueden constituir actos de piratería como la simple recepción y transmisión de determinados archivos o programas, siendo punible de acuerdo con la legislación vigente.

Por otro lado, en las hipótesis en que el empleado procede con intención de falsificar es indiscutible que hay quiebra de la buena fe que rige cualquier especie de contrato, especialmente después de la llegada de la Ley nº 10406, de 10 de enero de 2002, que valorizó expresivamente el instituto.

El acto alcanza mayores dimensiones cuando implica la competencia desleal, es decir, el empleado, se sirve del acceso privilegiado que posee, piratea informaciones del empleador con el propósito de obtener ventaja financiera, sea para sí mismo o para otro.

semana, el coste no es tan obvio; sin embargo, cuando el volumen de mensajes alcanza algunos millares, como en el caso de grandes corporaciones, los *spams* conllevan perjuicios considerables ya que utilizan los servidores SIVITIP para procesar y distribuir mensajes, y ocupan espacio en el disco del servidor y en el disco de los usuarios finales (CPU). Además, la distribución del Spam puede multiplicar el riesgo de distribución de ataques de virus simultáneamente, exponiendo el mismo archivo infectado a un número enorme de usuarios”.

³⁹⁹ Últimamente, hay una tendencia a llamar la piratería de falsificación, con el objetivo de quitar el glamour que implica la palabra y elevar la conciencia del delito. Por lo tanto, se utilizan las dos palabras como sinónimos.

Las repercusiones de la práctica de esta especie de acto en el contrato de trabajo será objeto de análisis más adelante, bajo título propio.

Además de la basura electrónica, es perjudicial para el buen desempeño del sistema la circulación de archivos pesados (conteniendo sobrecarga de *bits*), tales como fotos o películas. Eso convierte todo el sistema de computación de la empresa en más lento, determinando unos perjuicios para la actividad empresarial, que se ve limitada ante el interés privado del empleado. Además del tiempo consumido por el empleado en el examen de este tipo de documento, hay que añadir el espacio necesario para almacenarlo.

Este conjunto de aspectos técnicos, que se repiten varias veces a lo largo del día, también atrae el interés del empleador porque representa una evidente disminución de la productividad de los lucros de la empresa, repercutiendo en un nítido perjuicio no sólo para el empleador sino incluso para los propios empleados. El uso desvirtuado de las herramientas electrónicas afecta a la lentitud injustificada del sistema de ordenadores a causa del uso excesivo y desvinculado de la actividad empresarial.

El mal uso del correo electrónico y del acceso a Internet está en relación con factores económicos, ya que, como se dijo anteriormente, su mal uso puede causar perjuicios a los empleadores puesto que el tiempo de inactividad no está descontado del pago del salario.

Además de todas las situaciones ya planteadas, hay que recordar que el empleado coloca su fuerza de trabajo a disposición del empleador mediante el pago de una contraprestación (salario). Por otro lado, en el momento en que el empleado dedica tiempo considerable a actividades relacionadas al uso del correo electrónico – y separadas del trabajo – deja de contribuir con su parte en el contrato de trabajo, sin embargo, sin perjuicio de la parte del empleador (pago de los salarios).

Por lo tanto, cuando hay un uso desproporcionado e indebido de herramientas de esa naturaleza, indiscutiblemente habrá perjuicios directos e indirectos para el empleador, puesto que el mismo pierde aunque parcialmente la fuerza de trabajo que contrató. Eso genera la necesidad de contratación de más empleados o la realización de trabajo extraordinario no necesario (lo que siempre agrega gastos y supone un detrimento del negocio). Desde el punto de vista empresarial, el empleado debe ser, además de todo, productivo.

Tampoco se puede ignorar que, con la llegada de las nuevas herramientas electrónicas, el intercambio de informaciones es más fácil y rápido. En estas condiciones, el empleador también debe estar atento a que no se produzca un vaciamiento de informaciones estratégicas de su empresa.

También hay que tener presentes los gastos indirectos que supone la utilización del correo electrónico e instrumentos similares como el mantenimiento y la sustitución de hardware y software, así como los infortunios que pueden comportar atrasos y gastos, como la propagación de virus anteriormente indicada. Con el apoyo de datos estadísticos⁴⁰⁰ se puede comprobar el exceso de tiempo consumido y relacionado con la dispersión derivada de la utilización indebida de las herramientas de informática.

⁴⁰⁰ GONÇALVES, Sérgio. *Op. cit.*, 2002. Para ilustrar la dimensión del tema, rescatamos las palabras del autor cuando apunta que: "Estudios divulgados en EEUU muestran que, en el entorno de trabajo con acceso a Internet, el 87% de las personas usan el e-mail para asuntos que no tienen nada que ver con su trabajo, el 21% de los empleados se divierten con juegos y chistes, el 16% planean viajes, el 10% mandan datos personales y buscan empleos, el 3% conversan (o ligan) en chats, el 2% visitan sitios pornográficos y, en todos esos casos, generan tráfico en la red de la empresa y abren la puerta hacia riesgos mayores: entrada de virus y vaciamiento de informaciones secretas o confidenciales que pueden, incluso, perjudicar seriamente su negocio".

BORBA, Antonio. "Empresas perdem dinheiro com *spam*". *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 7 maio 2001. Citando otra investigación, el autor revela que "empleados gastan casi 50 minutos por día chequeando, escribiendo y contestando e-mails, de los cuales 34% son innecesarios y pocos exigen atención inmediata. Esto resulta en cerca de 11 días de trabajo perdidos por año para administrar e-mails inútiles, sin contar los sitios visitados a partir de estos e-mails. Ahí, dependiendo de la persona, el tiempo que se pierda puede ser mucho más".

Analizando las consecuencias que la utilización indebida de las herramientas electrónicas genera en el ámbito empresarial a partir de los elementos presentados, tanto sean fácilmente perceptibles – como en el caso del derecho de propiedad y la responsabilidad civil-, o de difícil percepción -aspectos electrónicos y económicos implicados-, hay que ser sensible y reconocer que, tanto la corriente favorable al control como la corriente contraria, poseen argumentos para sustentar sus posiciones, enriqueciendo el debate que la presente investigación se propone enfrentar.

CAPÍTULO IV

LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

4. LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Cuando el trabajador celebra un contrato de empleo pone a disposición del empleador su fuerza física y/o intelectual, asumiendo la obligación de prestar trabajo conforme a lo pactado, recibiendo, en contrapartida, la remuneración correspondiente. Los autores han apuntado como elementos indispensables para la caracterización de la relación de empleo la competencia de los siguientes requisitos: personalidad, no-eventualidad, subordinación y salario.

a) La *personalidad* significa que el contrato de trabajo es *intuitu personae* en relación al empleado, que debe, él mismo, prestar los trabajos contratados que dan origen a la relación de empleo. Esta personalidad tiene un fuerte vínculo con el elemento confianza. Cuando el empleado es contratado, lo es por poseer condiciones indispensables para la ejecución del trabajo, como capacidad técnica e idoneidad.

La personalidad no existe con relación al empleador. Éste se ha despersonalizado con los grandes emprendimientos empresariales, a través de los que se multiplican los prepuestos en los diversos cargos de gerencia, jefatura y supervisión. Quien responde por los créditos del trabajador no es una persona natural o jurídica, sino el emprendimiento productivo, el establecimiento en que se inserta el empleado.

b) La *no-eventualidad* indica que la prestación de trabajos debe tener un carácter de permanencia, aunque de corto período. No es empleado quien presta un trabajo esporádico. Por otro lado, dadas las características de la relación de empleo la misma está orientada por el

principio de continuidad de la relación de empleo, según el cual la misma es por un plazo indeterminado, presumiéndose que el operario no tiene interés en que se acabe la relación contractual, puesto que es éste el medio de su mantenimiento y el de su familia.

c) *Subordinación*, que es la sumisión del empleado al poder directivo del empleador en el modo de dirección y de su obligación de hacerlo.

El contrato de trabajo tiene en su núcleo la subordinación del empleado al empleador⁴⁰¹, siendo éste el requisito más importante. La subordinación es jurídica y hace referencia a la dirección en el modo de ejecución de las actividades afines al empleado, a la fiscalización de esas actividades, así como al cumplimiento, por parte del operario, de las normas generales de la empresa, tales como el horario de trabajo, las normas de seguridad e higiene, la utilización de equipos de seguridad y la preservación del patrimonio material.

No se trata de subordinación total y de la propia persona del empleado. Superada la fase de esclavitud, el operario pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, observando los límites y los criterios de preservación de la salud, y no su propia persona, como cosa destituida de toda y cualquier personalidad jurídica. Por este pacto se sujeta a las reglas de comportamiento en lo que se refiere a la empresa y a sus actividades, y al modo de trabajar, sin sufrir con ello ningún despojo en su dignidad de persona humana. Por lo tanto, no tiene el empleador espacio para adentrarse en la intimidad del empleado, en su vida privada, en detrimento de su dignidad y honor.

⁴⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional del Trabajo de la 3ª Región. Recurso Ordinario nº 313/97. Decisión del 2º Grupo. *Revista LTr*, São Paulo, nov. 1997.

d) *Salario* es la contraprestación de los trabajos pagados. Sin salario no existe vínculo de empleo, a menos que haya un incumplimiento por parte de aquél que contrató los servicios

4.1 COLISIÓN DE DERECHOS EN LA RELACIÓN LABORAL

Como ya hemos visto al ocuparnos de las libertades públicas, los derechos sufren limitaciones de orden interno, caracterizados como los inherentes a su propia naturaleza, así como limitaciones de orden externo, debidos al conflicto entre derechos diferentes. Los internos, tanto del derecho a la intimidad y a la vida privada como del derecho a la propiedad, ya han sido objeto de análisis anteriormente⁴⁰². Aunque vamos a profundizar en la distinción de los principios y reglas más adelante, es necesario examinar con detenimiento las relaciones laborales.

En este tópico vamos a analizar las *limitaciones de orden externo*, es decir, las colisiones entre estos dos derechos en el ámbito de la relación laboral. Previamente, conviene trazar algunos parámetros básicos y generales.

El contenido de los derechos que integran la función de las libertades públicas es bastante amplio. Muchas veces, la consecución de uno de ellos puede conllevar la confrontación directa con el otro que tiene, en el ordenamiento jurídico (normalmente, en la Constitución), el mismo nivel jerárquico. Se producirá, entonces, la llamada *colisión de derechos*. Para Gomes Canotilho⁴⁰³, ese fenómeno surge “cuando el ejercicio de un derecho fundamental por parte de su titular colisiona con el ejercicio del derecho fundamental por parte de otro titular”, dando lugar a “un auténtico conflicto de derechos”. Según el autor, la confrontación puede suceder de

⁴⁰² Conforme al ítem 2.3.4 del Capítulo II e ítem 1.2, de este Capítulo, respectivamente.

⁴⁰³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.643.

dos formas: (I) el ejercicio de un derecho choca directamente con el ejercicio de otro derecho; y (II) el ejercicio de un derecho entra en confrontación con un bien jurídico (colectivo o del Estado) protegido por la Constitución.

En el primer caso, la colisión implica directamente a los titulares de los derechos. Para Pereira de Farias⁴⁰⁴, ese choque se caracteriza “cuando el *Tatbestand* (supuesto de hecho) de un derecho intercepta el supuesto de hecho de otro derecho fundamental”. Por ejemplo, en el caso de la elaboración y publicación de caricaturas ofensivas, el derecho de expresión (inciso IX del artículo 5º) podrá entrar en colisión con el derecho a la imagen (inciso X del artículo 5º). En el ámbito de la relación de trabajo, cuando el empleador, fundamentado en el derecho de propiedad (inciso XXII del artículo 5º) y en la verificación eventual de hurto de mercadería producida o comercializada por él, exija que sus empleados se sometan a los registros corpóreos, así podría vulnerar su intimidad (inciso X del artículo 5º).

En el segundo caso, la colisión implica al titular del derecho (individuo) y a la colectividad y/o al Estado, que salvaguarda un determinado bien jurídico, cuya preservación es fundamental para la comunidad. Según Gomes Canotilho⁴⁰⁵, “no se trata de cualquier ‘valor’, ‘interés’, ‘exigencia’, ‘imperativo’ de la comunidad sino de un bien jurídico. Se exige, por lo tanto, un objeto (material o inmaterial) valioso (bien) considerado como digno de protección, jurídica y constitucionalmente garantido.”

Con respecto a la aplicabilidad de los derechos de personalidad en los contratos de trabajo, se puede decir que el trabajo se identifica con las condiciones existenciales necesarias para el desarrollo físico, psíquico y

⁴⁰⁴ PEREIRA DE FARIAS, Edilson. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e de expressão*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris - SAFe, 2000, p.93.

⁴⁰⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Op. cit.*, 2000, p.644.

social de trabajador y puede asumir un significado propio para la doctrina de los derechos de personalidad.

La vinculación horizontal de los derechos fundamentales por parte de la particular naturaleza de la relación laboral hace que el empleado renuncie a parte de sus libertades en la medida en que se pone a disposición del empleador, que lo fiscaliza. En razón de esta característica, el ámbito laboral ha sido favorable y propicio para esta vinculación horizontal de los derechos fundamentales, cuya temática se ha descrito en el primer capítulo.

Subraya que los derechos fundamentales no poseen sólo una eficacia vertical (individuo-Estado), sino también una eficaz horizontal, establecida entre sus propios particulares individuos que claramente se aplica a las relaciones laborales. Por lo tanto, las personas también están obligadas a respetar los derechos fundamentales. En el contexto laboral concreto, el empleador debe respetar los derechos de la personalidad de sus empleados

Zeno Simm⁴⁰⁶, citando al Catedrático español Valdés Dal Ré, afirma que los derechos inherentes a la persona humana de los que es portador el trabajador, o mejor dicho, cualquier ser humano es portador, son previos a un eventual contrato de trabajo celebrado y poseen un valor superior a los derechos que pueden haber sido acordados en el contrato.

A partir de ahí, se puede analizar la hipótesis de la irrenunciabilidad de los derechos de personalidad por el trabajador.

Peres Gediel⁴⁰⁷ considera que sólo a partir de los elementos externos, tales como el interés social y el interés del mercado, el

⁴⁰⁶ SIMM, Zeno. "Os direitos fundamentais nas relações de trabalho". *Revista LTr*, São Paulo, v.69, n.11, p.1287-1303, nov. 2005.

⁴⁰⁷ PERES GEDIEL, José Antônio. "A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador". En: WOLFGANG SARLET, Ingo. *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

trabajador podrá adquirir una relevancia jurídica inseparable del trabajo. El carácter instrumental y patrimonialista del Derecho Laboral dificulta la aplicación de los derechos de personalidad en los contratos de trabajo. Este carácter es el resultado de la importancia del trabajo en la economía de mercado.

La acumulación y concentración de capital genera una desigualdad entre los contratistas que afecta significativamente a los contratos de empleo. Es de suma importancia que la protección jurídica supere la garantía de autonomía privada y comience a regular los contratos, establecimiento unos límites a los abusos que se derivan del ejercicio del poder directivo empresarial, especialmente en relación con los casos de violación de la privacidad y la intimidad de sus empleados.

La promulgación de la Constitución Federal de 1988, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, propone la estructuración del ordenamiento jurídico, teniendo como base la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales. Los valores sociales del trabajo se han elevado a fundamento de la República, y los derechos sociales de los trabajadores a derechos fundamentales. Cabe entonces al Estado Democrático de Derecho intervenir en las relaciones jurídicas, ya sean laborales o no, a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, por consiguiente, el respeto de la Carta Magna.

Peres Gediel⁴⁰⁸ propone que la autonomía privada se establezca en el Texto Constitucional por medio de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, como es el caso del libre ejercicio de cualquier trabajo, profesión u oficio, previsto en el inciso XIII del artículo 5º.

⁴⁰⁸ Ibidem.

La autonomía privada puede chocar con otros principios constitucionalmente establecidos; sin embargo, los derechos fundamentales deben servir como límites para la autonomía privada, al mismo tiempo que la propia autonomía privada podría interferir con el ejercicio de los derechos fundamentales. El ejercicio de la actividad económica también debe estar limitado por los derechos fundamentales y debe respetar, sobre todo, la dignidad de la persona humana.

En las relaciones iuslaborales hay un problema evidente de conflicto entre la renuncia a los derechos fundamentales de la persona y el ejercicio de la libertad económica y de la libre empresa, propio de la autonomía privada por parte del empleador.

Conviene reiterar que los derechos de la personalidad son irrenunciables y que el empleador debe respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores que, también, limitan la autonomía privada limitada. Ello no nos impide afirmar que tales derechos podrían también limitar el poder directivo de la iniciativa empresarial.

En la gran mayoría de las ocasiones el empleado se encuentra en una situación inferior y de desigualdad frente al empleador, y la mayoría de los empleados acaban por firmar los contratos de trabajo que ya están constituidos y son auténticos contratos por adhesión. El empleador estipula todas las cláusulas del contrato y el empleado, ya que necesita ese empleo para proveer a su sustento y al de su familia, acaba aceptando todos los términos previamente impuestos. Existe una igualdad formal entre los sujetos, pero también una desigualdad material, sin perjuicio del papel equitativo que efectúa el poder público y la negociación colectiva en la regulación del trabajo.

Dado que la relación de trabajo se inserta en este contexto, resulta cada vez más importante la indisociabilidad, considerada a partir de los derechos de personalidad entre el trabajador y el trabajo, incluso como

una forma de proteger la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Conviene destacar que la Constitución Federal de 1988, en su artículo 170, establece que el orden económico se fundamenta tanto en la valoración del trabajo humano como en la libre iniciativa. El mismo artículo garantiza la propiedad privada. Como se puede constatar, hay principios constitucionales que, cuando se aplican al caso, pueden entrar en conflicto con otros principios también garantizados constitucionalmente.

El trabajador tiene garantizada la protección de su intimidad y su vida privada (artículo 5, inciso X, de la Constitución Federal) también en el ámbito de sus relaciones laborales. Es difícil de suponer que un trabajador tenga violada su dignidad o su intimidad y su vida privada, ya que los derechos fundamentales se extienden a todos y a cualquier ser humano.

Peres Gediel⁴⁰⁹, además de otros autores, propone que, cuando la autonomía privada y los derechos y las obligaciones contractuales que de ella se derivan entran en confrontación con los derechos fundamentales, el caso sea analizado a la luz del principio de proporcionalidad. Cada vez que la autonomía privada, por medio de las exigencias contractuales, fuera ofensiva para la dignidad de la persona humana y los derechos de personalidad y afecte a la esencia de la persona, estará extrapolando los límites de la actividad económica. Esto sucede porque los derechos fundamentales interfieren en la autonomía privada y la limitan.

Una vez caracterizada la existencia de la colisión, se hace necesario encontrar una fórmula para armonizarla, ya sea entre los derechos, ya sea entre el derecho y el bien constitucionalmente protegido.

⁴⁰⁹ PERES GEDIEL, José Antônio. *Op. cit.*, 2006.

La cuestión central es: ¿cómo resolver este conflicto de derechos, del poder de control empresarial con respecto a la intimidad de los trabajadores? Valdés Dal-Réb⁴¹⁰ propone dos formas para solucionarlo. La primera es por medio de la ponderación, ya que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es limitada y no absoluta, y un derecho fundamental sólo puede ser sacrificado en razón de otro derecho fundamental. La otra forma es por medio de la técnica de modulación, ya que es necesario coordinar los derechos en conflicto, debiendo existir un contraste del derecho fundamental, en el marco del principio de autonomía de la voluntad. En este caso, la colisión sería solucionada en el ámbito contractual, siendo observado el principio de buena fe.

La manera de resolver este tipo de conflictos que nos parece más clara es la aplicación del principio de proporcionalidad, utilizándose el criterio de ponderación, que deberá aplicarse en el caso concreto. Por lo tanto, las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden producirse en el caso de que sean indispensables y proporcionadas, y no podrán ser utilizadas por la pura conveniencia de los intereses empresariales. En el Tribunal Constitucional Español se ha utilizado el principio de proporcionalidad en sus tres dimensiones: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Como se ha señalado, los derechos fundamentales tienen limitaciones. Baylos Grau⁴¹¹, Catedrático español en Castilla-La Mancha, aborda esta cuestión y afirma que el principio de neutralidad contribuye a

⁴¹⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996. Idem. *El Libro Verde de la Comisión Europea*. 2007. Disponible el: <<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/1stContenido>>. Acceso el: 18 jul. 2014.

⁴¹¹ BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. "La nueva posición de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones de trabajo españolas". *Contextos - Revista Crítica de Derecho Social*, Buenos Aires: Editores del Puerto, n.1, 1997.

Idem. "La huída del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización". En: ALÁRCÓN, M. R.; MIRÓN, Mar (Coords.). *El trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*. Madrid: Marcial Pars, 2000.

eso. Este principio, según el autor, "consiste en afirmar que la libertad y la autonomía en la organización de la empresa impide que la misma esté obligada a una actuación en positivo en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores".

Por lo tanto, el empleador debe cumplir con la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, no debe ser obligado a someter su empresa al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sólo las medidas derivadas de la ley o de un acuerdo de negociación colectiva, por ejemplo, pueden obligar al empresario a realizar determinados comportamientos con el fin de satisfacer los derechos fundamentales de los trabajadores.

Zeno Simm⁴¹² aborda el *jus resistentiae* de los trabajadores. De esta manera, cuando reciba una orden ilegal o ilícita o cuando tenga algún derecho sacrificado de forma desproporcionada, el trabajador debe ejercer el *jus resistentiae* y asegurarse de que su derecho no sufra violaciones.

En el caso concreto y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la ponderación entre la dignidad de la persona humana y los derechos de la personalidad frente a la libertad de contratar, medirá si la limitación es excesiva o apropiada. Como ejemplos pueden mencionarse los casos de exámenes de pre-admisión a las revistas de rutina, el uso de tecnología que favorece una 'intrusión' en la vida privada de los empleados, como es el caso del control de la correspondencia electrónica. Los artículos 20 y 21 del Código Civil protegen el secreto de la correspondencia, así como otros aspectos de la vida privada de las personas que pueden y deben utilizarse en el ámbito laboral.

⁴¹² SIMM, Zeno. *Op. cit.*, 2005.

Específicamente en los casos de choque entre los derechos de personalidad de los trabajadores con el poder directivo ejercido por los empleadores, deberá realizarse un juicio de ponderación, utilizándose el principio de la proporcionalidad en el análisis del caso concreto.

Hay casos en los que la propia Constitución Federal autoriza la limitación de un determinado derecho fundamental: un ejemplo claro es el inciso XII del artículo 5º, que considera la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en el caso de que exista una orden judicial para fines de investigación penal o instrucción procesal penal. Tal limitación hecha por el legislador es admitida, puesto que existen ciertas limitaciones que son inherentes al propio derecho fundamental. El legislador no debe, sin embargo, establecer limitaciones directas y específicas; el análisis del caso concreto y la solución del choque deben ser hechas por el juez.

Si en la esfera civilista hay casos de violación de la vida privada de las personas y de sus derechos de personalidad, en la esfera iuslaborales, en la cual hay una subordinación del empleado al empleador, es también mayor el riesgo de que se produzca tal violación. De ahí la importancia de la protección de los derechos de personalidad de los trabajadores y de la limitación de la autonomía privada y, desde luego, de la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana, principio supremo de la Carta Magna.

Podemos afirmar que la nueva estructura organizacional de las empresas favorece estos comportamientos. Las empresas utilizan como justificación la constante búsqueda de la productividad y la preservación del nombre de la propia empresa para interferir en la vida privada y en la intimidad de los trabajadores por medio de la adopción de prácticas abusivas como las inspecciones íntimas y la violación de la correspondencia electrónica de los trabajadores. La defensa del derecho de propiedad también es muy utilizada por el empresariado, que no toma

en consideración la importante función social que la propiedad debe tener y que, incluso, es protegida constitucionalmente.

El funcionamiento cotidiano del contrato de trabajo permite la violación de los derechos de personalidad de los empleados por parte de los empleadores, y por lo general puede producirse una violación de la intimidad, de la vida privada, del honor y de la imagen del trabajador. Un acto ilícito puede causar serios daños a la dimensión psicológica de los individuos, llegando a afectar ámbitos profesionales, sociales y familiares, y otros.

En su artículo 483, la Consolidación de las Leyes del Trabajo protege el honor y la buena fama de los trabajadores, prohibiendo que el empleador emplee una conducta que pueda violar tales derechos. El mismo artículo prohíbe que el empleador trate al empleado con rigor excesivo, limitando el poder directivo empresarial. En el caso de que el empleador viole tal norma, estaremos ante una hipótesis de rescisión indirecta, que podrá producir una indemnización por daños morales.

Del Rey Guanter⁴¹³ apunta que un factor que impulsó la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones laborales fue la coincidencia existente entre estos derechos y el propio contrato de trabajo, ya que ambos tienen un carácter antropocéntrico. La protección de la dignidad de la persona humana, su intimidad y su privacidad establece una correlación entre la Constitución y el ordenamiento laboral. El trabajo es un ámbito de suma importancia para que el individuo pueda afirmarse socialmente, además de desarrollar su propia personalidad e incluso su libertad. El trabajo está condicionado a los derechos fundamentales, debidamente protegidos en la Carta Magna.

⁴¹³ DEL REY GUANTER, Salvador. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

Zeno Simm⁴¹⁴ apunta que, con la democratización del Estado, también se produjo la democratización de la empresa, y el poder directivo está limitado por los instrumentos de protección de los derechos de los trabajadores. El autor destaca que esta protección se realiza por medio de los instrumentos de información y la consulta, para que se adopten las decisiones importantes y que afectan el ámbito social. Todos estos factores, según Simm, ponen aún más de manifiesto la relevancia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las empresas.

En otros casos, la propia Constitución da la solución al conflicto. Por ejemplo, el derecho de propiedad (inciso XXII del artículo 5º) convive con la posibilidad de desapropiación, condicionada esta última a la necesidad o utilidad pública, o al interés social, mediante justa y previa indemnización en dinero (inciso XXIV del artículo 5º). El texto constitucional compatibiliza la inviolabilidad de la correspondencia (inciso XII del artículo 5º) con el bien “defensa nacional”, autorizando la restricción de aquel derecho en épocas de disturbio social, como en el estado de sitio (inciso III del artículo 139).

Lo mismo sucede con la libertad de asociación (inciso XVII del artículo 5º), que se armoniza con el bien “seguridad pública”, puesto que el propio constituyente prohíbe la asociación con carácter paramilitar. En otros casos, el constituyente remite a la ley ordinaria la posibilidad de solucionar la colisión, a veces autorizando la restricción del derecho. Obviamente, la ley infraconstitucional siempre deberá observar la esencia del derecho, bajo pena de padecer de vicio de inconstitucionalidad. La inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, por ejemplo, puede romperse, por orden judicial, para fines de investigación penal o instrucción procesal penal, de la forma que la ley lo establezca (inciso XII del artículo 5º y Ley nº 9.296, de 1996). La libertad de profesión debe

⁴¹⁴ SIMM, Zeno. *Op. cit.*, 2005.

observar la regulación constante de ley ordinaria, en lo que respecta a la cualificación profesional necesaria (inciso XIII del artículo 5º).

Las colisiones apuntadas anteriormente, a título de ejemplo, tienen un punto en común: en todas hay una fórmula genérica para solucionar el conflicto, ya sea dictada por la propia Constitución Federal, ya sea por la legislación ordinaria, conforme a una autorización expresa del constituyente.

Sin embargo, existen otras colisiones que se originan desde el ejercicio efectivo del derecho, las cuales no encuentran solución en fórmulas predeterminadas. En esos casos, sólo a través del análisis del caso concreto se podrá verificar cuál de los derechos debe sufrir restricción.

En este sentido, David Araújo y Serrano Nunes Júnior⁴¹⁵ afirman:

La cuestión que merece más atención es precisamente la de que los derechos en colisión permanecen desamparados en la anterior previsión constitucional, es decir, cuando el conflicto normativo, en el que se encuentran los diferentes derechos constitucionales, no deriva de la abstracción reglamentaria de la norma, sino que surge del ejercicio convergente de dos derechos que, en cierta medida, son antagonistas.

Aunque este tipo de colisión surja sólo en el momento del ejercicio efectivo del derecho, para su solución es imprescindible trazar algunas reglas básicas, es decir, algunos *criterios de compatibilización* entre los derechos implicados⁴¹⁶.

⁴¹⁵ DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.21.

⁴¹⁶ PEREIRA DE FARIAS, Edilson. *Op. cit.*, 2000, p.95-96. El autor hace una diferenciación entre conflicto de reglas y colisión de principios. Tal diferenciación, sin embargo, no tiene relevancia para el presente estudio, puesto que el propio autor admite que el conflicto de reglas no se presta a solucionar conflictos entre las libertades públicas. Según el autor, establecido el conflicto entre las dos reglas, para verificar cuál

En primer lugar, Gomes Canotilho y Moreira⁴¹⁷ excluyen del ámbito de las colisiones las formas de ejercicio de los derechos que no tienen un respaldo constitucional. No habría confrontación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, por ejemplo, en los casos de calumnia, injuria o difamación, puesto que la protección de la libertad de expresión no engloba el “derecho a la calumnia, injuria o difamación”.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la libertad religiosa no comprende el derecho de realizar sacrificios humanos, el derecho de propiedad no exime al titular del pago de impuestos, el derecho de huelga no justifica la destrucción de la maquinaria de la empresa, el derecho a la educación no autoriza la enseñanza de doctrinas racistas, etc. Estos casos están más próximos a las limitaciones de orden interno, inherentes al derecho propiamente dicho y que implican el *abuso* de su ejercicio, que a las limitaciones de orden externo, es decir, de las colisiones de derechos.

Sólo después de identificar la existencia de la verdadera colisión se deberá hacer lo que Gomes Canotilho y Moreira⁴¹⁸ llaman “juicio de reflexión o valoración de prevalencia”. Para los autores,

Es evidente que las reglas del derecho constitucional de los conflictos deben construirse sobre la base de una armonización de los derechos y, en el caso que fuera necesario, en prevalencia (o proporción de prevalencia) de un derecho o bien en relación con otros [...]. Sin embargo, una eventual relación de prevalencia sólo teniendo en cuenta las circunstancias específicas, podría determinarse, puesto que sólo bajo estas condiciones es legítimo decir que un derecho tiene más peso que otro [...], es decir, un derecho prefiere otro ante las circunstancias del hecho.

de ellas deberá prevalecer, habrá que recurrir a tres criterios: el cronológico (prevalecerá la regla más reciente), el jerárquico (prevalecerá la regla jerárquicamente superior) y el de la especialidad (prevalecerá la regla especial, en detrimento de la general). Para las libertades públicas, las reglas normalmente se encuentran en la Constitución, siendo ambas de la misma época, dado que poseen la misma jerarquía. Además, una de sus características es exactamente el grado de generalidad.

⁴¹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p.136.

⁴¹⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, 1991, p.646-647.

Para concretar ese juicio de reflexión, Gomes Canotilho y Moreira⁴¹⁹ afirman que la primera y principal regla es la de la *máxima observancia* y de la *mínima restricción*, de manera que se establezca durante el ejercicio concreto de los derechos en colisión una relación de conciliación. En el caso que no sea posible restringir un derecho de forma abstracta, el juicio de reflexión será lo que se deberá concretizar en un caso específico, puesto que la restricción de un derecho sólo encontrará justificación en la necesidad o en la importancia de la prevalencia del otro derecho.

También teniendo por objeto el mínimo sacrificio de los derechos implicados en una colisión, Pereira de Farias⁴²⁰ afirma que la reflexión debe estar basada en tres principios doctrinales:

- a) el principio de unidad de la Constitución, puesto que los diversos preceptos que componen el texto constitucional deben interpretarse como un todo y no aisladamente;
- b) el principio de concordancia práctica, puesto que la interpretación de los preceptos constitucionales, teniendo por objeto la efectiva armonización, debe alcanzar la concreción máxima de los derechos implicados; y
- c) el principio de proporcionalidad, la prevalencia de un derecho en detrimento de otro debe ser absolutamente necesaria para solucionar la colisión existente.

La consideración concomitante de estos criterios amplios y genéricos servirá como orientación para solucionar el roce que pueda llegar a producirse entre derechos constitucionalmente asegurados, integrantes del rol de las libertades públicas. Es precisamente uno de estos conflictos el que en numerosas ocasiones se desencadena en el desarrollo de la relación de empleo, del que nos ocuparemos a continuación, ya que no existe una legislación específica para proteger la personalidad del empleado en la relación de empleo.

⁴¹⁹ Ibidem, p.134.

⁴²⁰ PEREIRA DE FARIAS, Edilson. *Op. cit.*, 2000, p.98.

Esa generalidad es la principal virtud del ordenamiento jurídico brasileño, puesto que posibilita que todas las situaciones que implican estos bienes de la personalidad se adapten a la previsión normativa, sin sufrir una eventual rigidez provocada por el legislador infraconstitucional, como sucede, por ejemplo, en España, ya que varias de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores español que tutelan la intimidad sufren duras críticas de algunos autores: unos, en virtud de la falta de claridad del texto⁴²¹; otros, en virtud de la flagrante inconstitucionalidad⁴²².

Es, por tanto, el grado de generalidad de la protección constitucional lo que permite solucionar con mayor acierto la colisión entre los derechos del empleador y empleado. Ello porque, como se ha visto con ocasión del estudio de las reglas básicas para solucionar la colisión de derechos, es imprescindible el análisis del caso concreto. Así, con el reglamento constitucional genérico, al que hay que añadir la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado y la analogía, actualmente, en Brasil, es posible tutelar, el derecho a la intimidad y a la vida privada del empleado, en Brasil, sin la necesidad – por lo menos en principio – de un título legal específico.

Por parte de algunos autores no se discute la incidencia y eficacia de los derechos de personalidad⁴²³ en la relación laboral. Viana, como ya hemos visto, coloca los derechos integrantes del rol de las libertades públicas como límites al poder directivo del empleador⁴²⁴. Para Rojas

⁴²¹ Por ejemplo, el artículo 20.3, que pretende regular las formas de vigilancia y control.

⁴²² Por ejemplo, el artículo 18, que regula los registros (Ídem, p.181-182).

⁴²³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos; ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, p.142-143) consideran que los derechos de la personalidad del trabajador son derechos constitucionales laborales 'inespecíficos', por ser atribuidos, en general, a todos los ciudadanos, independientemente de estar en una relación laboral, es decir, independientemente de ser empleados. Para ellos, se trata de derechos del 'ciudadano-trabajador', que son ejercidos como 'trabajador-ciudadano'.

⁴²⁴ Conforme al ítem 1.2.1 de este Capítulo.

Rivero⁴²⁵, “aunque los derechos fundamentales deben [...] ponderarse a la luz del contrato de trabajo, desconocerlos supondría atentar contra la Constitución misma”.

Es innegable que existen algunas peculiaridades en la relación de trabajo, puesto que es patente la posición de subordinación del trabajador en relación al empleador. Pero la simple condición de *empleado* no es incompatible con el *status* de ciudadano, dentro o fuera del marco acotado por su prestación de servicios. Esa afirmación es extensible a todos y cada uno de los derechos fundamentales. Los iuslaboralistas españoles afirman que el reconocimiento de esa ciudadanía acarrea al empleador una doble situación: primero, restringe el ejercicio de su poder de dirección, que siempre deberá limitarse a estos derechos, intrínsecamente relacionados con la dignidad de la persona humana; segundo, le impone obligaciones en el sentido de facilitar la tutela y la promoción de estos derechos.

Por otro lado, como ya se ha visto y según Monteiro de Barros⁴²⁶, “la misma Constitución garantiza el derecho de propiedad; por lo tanto, en el entorno de trabajo, el derecho a la intimidad sufre limitaciones, que no pueden, sin embargo, herir la dignidad de la persona humana”.

Por consiguiente, la gran demarcación de la compatibilidad entre el derecho de propiedad del empleador y el derecho a la intimidad y a la vida privada del empleado está en la *dignidad de la persona humana*. Para comprobar esa afirmación y para comprender mejor la problemática que implica el embate capital-trabajo en la perspectiva de las libertades públicas, nos ocuparemos del análisis de algunas “colisiones” que habitualmente surgen en el desarrollo de la relación de empleo.

⁴²⁵ ROJAS RIVERO, Gloria P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Trotta, 1991, p.39.

⁴²⁶ MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p.32-33.

La elección de algunas situaciones hipotéticas partió de que se produjeron casos similares en circunstancias objetivas. Aunque el análisis del hecho concreto sea imprescindible, hay que establecer algunos parámetros básicos para solucionar las colisiones.

La subordinación es el rasgo característico del contrato de trabajo pero esto no implica que el empleado esté sometido física y moralmente al empleador. La subordinación, como se ha visto, es meramente jurídica. El poder de dirección del empleador se ejerce con respecto a la organización de la empresa, al modo de ejecución de los trabajos, a la fiscalización de las actividades del operario. El empleador no puede exigir del empleado la práctica de actos que contravengan sus convicciones religiosas, ideológicas, éticamente sustentables en la esfera de la individualidad y en relación con la sociedad.

Para fines de tutela de los derechos de personalidad del empleado el poder directivo del empleador se clasifica en tres tipos: a) poder de dirección en la forma de ejecución del trabajo; b) poder de organización de la empresa; c) poder de fiscalización. De forma sucinta, conviene analizar las consecuencias que derivan de estos poderes.

A) Poder de dirección en la forma de ejecución del trabajo

El empleador tiene el derecho-poder de determinar las reglas que se observarán para ejecutar su actividad-fin, organizándola a su albedrío. A este derecho-poder, sin embargo, se opone el deber de organizar la ejecución de los trabajos de modo que se preserven la salud y la integridad física y mental del trabajador, bajo pena de responder por los daños que resulten de la mala organización.

Es así como el empleador debe responder por los daños debidos a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que afecten al operario de forma permanente o temporal y que tenía la obligación de prevenir. Asumiendo los riesgos de la actividad económica, a través de la

cual obtiene lucros, el empleador no puede relegar a un segundo plano la implantación de medidas de seguridad contra los accidentes y los daños a la salud.

En la organización del modo de ejecución del trabajo, compete al empleador velar por la inexistencia de discriminación, impidiendo que el empleado sea sometido a condiciones humillantes, incluso de presión para aumentar la producción a cualquier precio.

B) Poder de organización de la empresa

La organización estructural de la empresa debe observar los criterios que no afecten a la esfera de la intimidad del trabajador, en su vida privada, en su libertad de expresión, impidiendo por todos los medios la discriminación por diferencias de sexo, edad, raza, credo, etc., ofreciendo a todos iguales oportunidades de desarrollo profesional. En este contexto se inserta la diligencia que debe tener al elegir a sus encargados, que actuarán en los diversos niveles jerárquicos como gerentes, jefes de sección, jefes de servicios y supervisores, ya que responderá por lesiones materiales y morales y por actos de sus representantes.

C) Poder de fiscalización

La fiscalización abarca horarios, uso de equipos de seguridad, ejecución de la actividad productiva conforme con las normas técnicas e internas de la empresa, preservación del patrimonio, del orden y del bienestar en el entorno de trabajo. La realización de la fiscalización debe hacerse de modo que se observen los derechos de personalidad de los empleados, que no se admita la vulneración de la dignidad de la persona humana bajo pretexto de fiscalizar sus actividades. Lo que está sujeto a la fiscalización son los actos, la manifestación concreta del empleado en el entorno de trabajo, y no su intimidad, su vida privada, su honor.

4.1.1 La posición de algunos autores sobre el tema

Conviene destacar la posición de algunos profesionales de derecho que vertieron su opinión sobre el tema, con el objetivo de demostrar las divergencias y convergencias al respecto y que aún parecen estar distantes de un consenso.

Para Opice Blum y Canha Abrusio⁴²⁷:

En Brasil, la legislación, en teoría, prohíbe el monitoreo de correos electrónicos, excepto en los casos de conocimiento previo por parte del empleado y en caso de una orden judicial. Por lo tanto, las empresas brasileñas que quieran interceptar las comunicaciones tendrán que garantizarlo mediante políticas internas y con la elaboración de contratos con los empleados, comunicándoles con antelación, que serán monitoreados.

Menicucci Grossi⁴²⁸ admite que el empleador quiera prevenirse de posibles daños a su imagen y a su negocio que, una vez que se produzcan, podrían causar grandes perjuicios: "Sin embargo, no debemos confundir este monitoreo de carácter meramente preventivo y cautelar con una vigilancia e indiscriminada invasión a la privacidad del empleado", ya que una vez que el empleado esté informado y tenga conocimiento de que el correo electrónico es una herramienta de trabajo, "ya sea a través de un acuerdo, convenio colectivo o mediante el propio instrumento del contrato de trabajo, la invasión de la privacidad estaría desvirtuada, convirtiéndose en un monitoreo legalizado". Es decir, el "empleado ya estaría previamente advertido de que no debería disponer de su instrumento de trabajo para diversión", porque de lo contrario "entraría en los requisitos tipificados de despido por causa justa y quedaría excluida la posibilidad

⁴²⁷ OPICE BLUM, Renato; CANHA ABRUSIO, Juliana. *A guerra dos e-mails*. 12 jun. 2002. Disponible en: <<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?ctd=1011&1=renato>>. Acceso el 12 jun. 2003.

⁴²⁸ MENICUCCI GROSSI, Bernardo. *A privacidade e o usuário de correio eletrônico: efeitos no contrato de trabalho*. 14 maio 2002. Disponible en: <<http://www.infojus.com.br>>. Acceso el 14 maio 2003.

de que el empleado demandara a su empleador una acción de reparación de daños morales causados "por un despido improcedente".

El artículo 482 de la CLT establece las motivaciones de la rescisión del contrato de trabajo por justa causa; b) incontinencia de conducta o mal procedimiento; y) negligencia en el desempeño de sus funciones; h) cualquier acto de indisciplina o insubordinación; k) un acto perjudicial para el honor o buen nombre [...] contra el empleador y los superiores jerárquicos [...]. Por lo tanto, tales requisitos se adecuan "a la situación en la que el empleado, al utilizar el correo electrónico, lo hace con una finalidad distinta a la deseada. Por lo tanto, resulta esencial "la prevención del empleador al advertir a sus empleados que existe un monitoreo de carácter esencialmente cautelar, con el objetivo de un mejor desarrollo del horario de trabajo y la preservación del honor y la imagen de la empresa".

Para Campos de Assis y Mendes⁴²⁹:

El monitoreo es legalmente viable y sostenible, y debe usarse con prudencia y cautela, ya que los excesos, o incluso la imprudencia o la temeridad, podrían dar lugar a trastornos reales en la vida íntima de los empleados y terceros, susceptibles de indemnización por los daños morales o materiales resultantes de su violación, en las esferas civil y laboral. Como cautela, los puntos conectados con el monitoreo también debe ser analizados, tales como la responsabilidad civil y penal de la empresa y de la persona responsable del funcionamiento de la vigilancia; la forma en cómo se recopilarán estos datos, se almacenan y posiblemente se transmiten a terceros y la decisión de monitorear o no las informaciones potencialmente confidenciales para la propia empresa.

Faria Martins⁴³⁰ establece una condición para el monitoreo diciendo que "la fiscalización y el monitoreo de los correos electrónicos sólo podrán

⁴²⁹ CAMPOS DE ASSIS E MENDES, Adriano. *Aspectos jurídicos do monitoramento de e-mails e de acesso à internet em redes corporativas*. 28 maio 2002. Disponible en: <<http://www.jurisnauta.com.br>>. Acceso el: 28 maio 2003.

⁴³⁰ FARIA MARTINS, Henrique de. *E-mail de funcionários pode ser violado?* 28 maio 2002. Disponible en: <http://www.cbeji.com.br/artigos/artviolacaode_emails.htm>. Acceso el: 28 maio 2003.

realizarse mediante la previa anuencia de los empleados, por escrito, que deberá ser entregada por el mismo en el momento de su contratación o de la implantación de un sistema de e-mails". Tales comunicaciones "deben estar accesibles para los empleados y ser adoptadas como política interna del lugar de trabajo". Destacamos, también, que "aunque se adopten todas éstas medidas por parte del empleador y que las mismas tengan anuencia del empleado, no representan garantías absolutas frente a las numerosas posibilidades que pueden surgir en el contexto práctico de cada caso".

Marques Gonçalves⁴³¹ es más minucioso y apunta que:

Las reglas deben ser discutidas y adaptadas a las realidades de cada empresa, pero, en líneas generales, recursos, locales y herramientas de trabajo deben utilizarse exclusivamente para esta finalidad. Es saludable que haya, dependiendo de las características de la red de la empresa y de sus empleados, una cierta tolerancia para la navegación y uso de Internet, incluso porque la red es dinámica y la descentralización de la información lleva al usuario a navegar bastante hasta encontrar lo que necesita. Sin embargo, no es ninguna amenaza para el empleado o su privacidad impedirle que use los medios de la empresa en beneficio propio o en perjuicio de la empresa y de su jerarquía, si desde luego él mismo tiene el debido conocimiento de sus obligaciones.

El autor continúa añadiendo que "tampoco se puede alegar coacción o abuso del poder económico para que estos acepten las reglas, puesto que, de la misma manera que si el empleado quiere salir a pasear, utiliza su salario y compra un coche, pero no usa el de la empresa, tampoco si quiere mandar e-mails, ligar, visitar páginas Web, buscar empleo o incluso hablar mal del jefe, debería comprar un ordenador y, en su casa, entrar en Internet. En su domicilio, su privacidad estará resguardada y su navegación por la red será siempre libre".

⁴³¹ MARQUES GONÇALVES, Sérgio Ricardo. *Op. cit.*, jan. 2002.

Siqueira de Queiroz Simões⁴³² sugiere otra vía para evitar trastornos en la relación laboral aconsejando:

Nunca es demasiado observar que la renuncia de un empleado provoca una pérdida para las tres partes involucradas directa e indirectamente: El trabajador (que estará desempleado); el empresario (que tendrá que pagar la liquidación de cese por despido y la contratación de un nuevo empleado para compensar la ausencia del despedido); y el Estado (el país tiene el aumento incontenible de desempleo). Por lo tanto, es aconsejable que el empleador utilice la posibilidad de impedir el acceso a sitios inadecuados, así como el envío de imágenes por correo electrónico o, también, crear normas internas que prohíben al empleado el uso de Internet para fines no compatibles con asuntos no relacionadas con la empresa o, incluso, insertarlas en el contrato de trabajo, con el fin de justificar la rescisión de la relación de empleo y evitar posibles demandas judiciales de parte a parte.

Martins de Souza⁴³³ es uno de los autores que defienden el control. Lo justifica legalmente y establece un paralelismo interesante entre los dos derechos constitucionales cuando apunta que:

La inviolabilidad y el derecho a la propiedad, así como el cuidado de la función social, son garantías fundamentales aseguradas en la Carta Magna vigente, de donde se desprende que el titular tiene "el derecho de usar, disfrutar y disponer de sus bienes", siendo cierto que "los frutos y los productos de la cosa, aun cuando estén separados, pertenecen a su propietario, salvo si, por motivos jurídicos, pertenecen a otros". En este sentido, privilegiando el derecho de propiedad del empleador, la legislación en vigor establece que pertenecen exclusivamente al empleador, los inventos (Ley nº 9.279, de 14 de mayo de 1996) y programas de ordenador (Ley nº 9.609, de 19 de febrero de 1998), desarrollados por empleados, cuando estén previstos en el contrato de trabajo.

⁴³² SIQUEIRA DE QUEIROZ SIMÕES, Felipe. *Internet: direito do empregado x interesse do empregador*. jun. 2002. Disponible en: <<http://www.jus.com.br>>. Acceso el 10 jun. 2003.

⁴³³ MARTINS DE SOUZA, Mauro Cesar. "E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado". *Jornal Trabalhista Consulex*, n.860, abr. 2001. Disponible en: <<http://kpius.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>. Acceso el 28 jun. 2002.

El correo electrónico es una herramienta de trabajo suministrada por el empleador al empleado para la realización del trabajo, por tanto sobre él incide el poder de dirección del empleador y en consecuencia el derecho del mismo en fiscalizar su uso por parte del funcionario. Las direcciones electrónicas gratuitas y/o particulares, siempre que se utilicen en el lugar de trabajo, se encuadran, en teoría, en el mismo caso.

El Juez Luiz Alberto Vargas⁴³⁴, pone de manifiesto algunas consideraciones importantes para los que pretenden profundizar la cuestión del control del e-mail por parte del empleador. Son estas:

I. La existencia de una política transparente y proporcional que haga el empleado consciente del carácter no confidencial de sus comunicaciones en el lugar de trabajo es la mejor manera de conciliar las exigencias de seguridad con un entorno de trabajo más agradable y productivo.

II. Parece ser esencial que la empresa advierta a los empleados que todos los mensajes de cualquier tipo, incluso los protegidos por contraseña, están potencialmente disponibles para el conocimiento de la empresa.

III. El monitoreo del correo electrónico recibido por los empleados es, en cualquier caso, una violación de la privacidad de terceros que, probablemente, desconozcan las normas empresariales y que el destinatario no pueda tener privacidad en sus comunicaciones.

IV. El constante monitoreo y sin clara finalidad específica de todas las comunicaciones de 'intranet' no es justificable, por ser desproporcionado.

V. El control por parte de la empresa del tiempo y de las direcciones electrónicas navegadas en Internet por parte del empleado es razonable, bajo el argumento que el uso de equipos comerciales deba ser productivo.

⁴³⁴ VARGAS, Luiz Alberto de. "Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos". *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, Forense / ANAMATRA, v. I, jan.-fev.-mar. 2002.

Goñi Sein⁴³⁵, profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca, realiza un valioso estudio sobre los límites del poder de control empresarial, abordando con maestría la tutela general del derecho a la intimidad del trabajador, abordando el control empresarial en el proceso de selección de personal, en la actividad de trabajo, extraños a la causa contractual, comportamientos extralaborales del trabajador y trata de la protección jurisdiccional del derecho a la intimidad del trabajador, inclusive realizando una aproximación en el ámbito penal.

Específicamente en lo que se refiere al control empresarial, en el Capítulo II de su obra, p.109, destaca: “El poder de control constituye una particular dimensión del poder directivo que reconoce al empresario para el ejercicio de la facultad fiscalizadora sobre la organización productiva [...].” Destaca que “la atribución de poderes tendentes a la organización productiva de la empresa debe ir acompañada de facultades destinadas a la comprobación del grado de diligencia empleado por el trabajador en la ejecución de su trabajo, porque, de nada serviría una facultad de dirección que no llevara anexa la facultad de verificar el grado de ejecución de las órdenes dadas.”

A partir de las disposiciones del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, previsto en el número 3, el autor admite: “la posibilidad de que el empresario pueda adoptar medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.” Destaca, por otro lado, que las medidas no pueden violar la tutela privada del trabajador, que debe ser respetada.

En la actualidad, en el ámbito del Derecho del Trabajo son frecuentes los debates acerca del monitoreo audiovisual en los lugares de trabajo, de la necesidad y finalidad del mapeo genético en los procesos

⁴³⁵ GOÑI SIEN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas, 1988.

selectivos o durante la vigencia del contrato de trabajo, de la realización de exámenes para el diagnóstico de enfermedades como SIDA, cáncer, dependencias químicas (tabaquismo, alcoholismo y otras drogas), exámenes y tests psicológicos para definir el perfil psicológico del examinando. No hay reglas jurídicas que regulen específicamente cada uno de estos temas, como por ejemplo sobre la garantía del trabajo del empleado con SIDA o cáncer, o de criterios para la utilización del monitoreo electrónico en el lugar de trabajo, entre otros.

Algunas conductas del empleador, en el ejercicio de su poder directivo y con la utilización de innovaciones biotecnológicas, pueden provocar discriminación y exclusión, violar la intimidad y la privacidad e, incluso, causar daños a la salud física o psíquica del empleado o, también, provocar acoso en el entorno laboral, afectando a la salud y la seguridad de los trabajadores.

La OIT denomina como química de la intrusión la combinación de amenazas a la privacidad de datos, la invasión creciente a la intimidad física y la mayor vigilancia personal.

Lima dos Santos⁴³⁶ recomienda que el monitoreo audiovisual esté precedido de la necesaria información para el empleado. La escucha y las grabaciones telefónicas, a su vez, sólo se justifican si son necesarias para la seguridad de la empresa y del propio empleado. Por otro lado, un control de esta naturaleza debe guardar conexión con el servicio ejecutado, bajo pena de provocar una invasión injusta en la intimidad y privacidad del empleado.

Conviene considerar que la adopción del control durante la ejecución de las actividades laborales del empleado por parte del

⁴³⁶ LIMA DOS SANTOS, Ronaldo. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à Justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003.

empleador, a través de los medios de recursos audiovisuales, puede generar un entorno de trabajo hostil y afectar negativamente a la salud psíquica del trabajador, desencadenando enfermedades como la depresión y el síndrome del pánico.

En este contexto, se amplía la discusión acerca de la posibilidad de monitoreo, por parte empleador, del uso de Internet por el empleado y, peor aún, de los mensajes recibidos y remitidos por el empleado con el uso del e-mail corporativo. Es preciso establecer el justo equilibrio entre el poder directivo del empleador y la intimidad del empleado.

Durante la jornada de trabajo, el empleado siempre precisa de la autorización del empleador para ausentarse, fuera del intervalo legal, para resolver algunas cuestiones personales (hacer compras, ir al banco y tantas otras actividades). No se debe de proponer una solución diferente cuando estas mismas actividades de otros pueden desarrollarse por Internet; es decir, el uso de Internet en el lugar de trabajo para fines particulares debe observar el Código de Conducta de la empresa. No parece razonable que el empleado ocupe una parcela significativa de la jornada útil de trabajo para fines particulares, a menos que esté autorizado por el empleador.

En síntesis, la utilización abusiva, o sin autorización del empleador, de Internet para fines particulares (investigación escolar, sitio de compras, foros de discusión, redes sociales, etc.) es una conducta antiética que puede desembocar en una de las hipótesis del artículo 482 de la CLT (mal procedimiento o indisciplina, por ejemplo). Por otro lado, el monitoreo abusivo del empleador en cuanto al uso de Internet o de los mensajes recibidos o remitidos por el e-mail corporativo también puede ser traducido en una conducta antiética del empleador, susceptible de justificar la rescisión indirecta del contrato de trabajo e, incluso, una demanda de indemnización por daños morales.

La sociedad ha evolucionado de forma rápida, y la evolución tecnológica propicia un crecimiento y cambios profundos en las distintas áreas del conocimiento; lo que es considerado actual hoy se vuelve obsoleto mañana. En este mundo de cambios constantes, las relaciones sociales no están inmunes; por el contrario, forman parte del todo y sufren de forma directa toda esta evolución.

Sobre la restricción de las libertades, de los derechos y de las garantías, Gomes Canotilho⁴³⁷ escribe las siguientes palabras, sistemáticamente repetidas: “Los derechos y las libertades limitan el poder y se afirman sin límites”. Propone que se haga “una aproximación conceptual tendente a permitir un lastre dogmático común” para lo que considera que, así como hay intervenciones restrictivas jurídico-públicas, como en una sentencia jurisdiccional privativa de libertad, también puede suceder en el ámbito privado; es decir, existe la posibilidad de que se produzca una reducción de la protección de un derecho. Sostiene que:

Esto no significa, se note, que estemos a tomar partido a favor de uno de los sujetos en litigio, puesto que el simple reconocimiento de una intervención restrictiva puede no decir nada en cuanto al resultado de la ponderación o equilibrio entre los derechos en conflicto existentes. Además, puede también no revelar nada en cuanto a la licitud de la ingerencia restrictiva. Y prosigue, diciendo:

El ámbito de protección significa que un bien es protegido, pero, en este ámbito, pueden intervenir medidas desventajosas por parte de entes públicos o de entes privados, que, incluso siendo lícitas, carecen de justificación y de límites. El ámbito de garantía efectiva es el dominio dentro del cual cualquier ingerencia, pública o privada, es lícita.

Gomes Canotilho considera, por lo tanto, el siguiente procedimiento metódico: (1) en primer lugar, se analiza si existe una intervención

⁴³⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. (brasileira). 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.273.

restrictiva de los Poderes Públicos o de sujetos privados en el ámbito de protección de un derecho personal y constitucional o de un derecho de personalidad civil; (2) en segundo lugar, se investiga si la intervención restrictiva obedece a las exigencias formales y materiales legitimadoras de la intervención restrictiva (por ejemplo, fundamento legal, derecho competidor, proporcionalidad de la intervención). Estos criterios, conocidos en el ordenamiento jurídico brasileño como realizadores del principio de proporcionalidad, son de hecho los que mejor resuelven las eventuales colisiones y, además, propician, efectivamente, la realización del derecho.

Trayendo estas consideraciones al presente estudio, se concluye que el derecho de propiedad del cual emana el poder de empleo y el derecho a la intimidad del trabajador encuentran sus límites en el principio de dignidad de la persona humana, viga maestra del ordenamiento jurídico y fundamento del Estado Democrático de Derecho.

Partiendo de este supuesto y considerando los aspectos que afectan al uso de Internet y del correo electrónico en el lugar de trabajo, cabe apuntar algunas conclusiones: 1ª) el derecho de propiedad cede en la medida de su función social; y 2ª) el contrato de trabajo, igualmente, en cumplimiento a esa misma función (social), debe abrir la posibilidad para que el ejercicio del poder de empleo se actúe en favor de la fiel observancia de las normas de conducta en el ejecución contractual y de la buena fe objetiva exigida por ambas partes.

Dentro de este complejo sistema de normas (principios y reglas), aunque no exista una legislación propia que regule el uso de Internet y del e-mail por parte del empleado en el lugar de trabajo, se impone la conclusión de que el acceso al contenido de los mensajes enviadas y/o recibidos por el empleado en su cuenta electrónica personal, sin la debida autorización, hiere a la dignidad humana, caracterizando un abuso del ejercicio del poder de empleo. Por otro lado, hay que admitir que el e-mail

profesional o corporativo merece un tratamiento distinto por tratarse de una herramienta de trabajo, y su utilización restrictiva y abusiva puede causar perjuicios al empleador y al buen desempeño de las actividades desarrolladas por el empleado en el curso de la jornada de trabajo.

En relación a todo esto, conviene hacer algunas recomendaciones: es viable la previa definición de reglas entre el empleador y los empleados en cuanto a la utilización o no del e-mail personal en servicio y la prohibición de abuso; la posibilidad o no de envío y/o recepción de mensajes de orden personal desde el e-mail profesional, de forma comedida, valiendo el mismo para el acceso a Internet. Además, nada impide que en este reglamento conste que el empleador, en el uso de su prerrogativa de fiscalizar el trabajo, pueda realizar el control formal del e-mail personal y el control material del e-mail profesional, respectivamente sin y con acceso al contenido de los mensajes, aplicando, si es el caso, las sanciones disciplinarias establecidas por la legislación vigente. Y también hay que reseñar la conveniencia de que esta fiscalización se haga de forma generalizada e impersonal, a fin de evitar abuso, arbitrio y discriminación.

Las citadas reflexiones muestran un sentido favorable hacia el control, variando sólo con respecto a las cuestiones de interpretación, el grado de permisibilidad admitido y el rito procesal para su fiscalización. Por parte de la doctrina se aprecia la voluntad de dar contornos a la norma en el sentido de adecuar los viejos institutos a las nuevas situaciones surgidas por la inserción de nuevas tecnologías en la empresa.

Este procedimiento interpretativo deberá ser ampliamente utilizado en beneficio de los implicados, para que se amortigüen los impactos negativos y las arbitrariedades que permean esas cuestiones hasta que haya reglamentos, normas y convenciones de la empresa claros que

delineen la utilización de los aparatos tecnológicos puestos a disposición del empleado por parte de la empresa.

4.2 INSTRUMENTOS DE CONTROL EMPRESARIAL

Hasta que el legislador patrio no elabore una ley específica para dirimir los conflictos entre empleado y empleador derivados de la utilización de las herramientas electrónicas, las partes podrán valerse de la libre estipulación, conforme autoriza el artículo 444⁴³⁸ de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, siempre que se observen los límites preestablecidos por las normas públicas y que no resulte una restricción ilegal de derechos.

Se entiende que estas hipótesis no serían necesarias si los criterios propuestos fuesen orientados por los principios de razonabilidad y de buena fe, siendo públicos dentro de la empresa, también, los límites entre lo permitido y lo prohibido en lo que se refiere a relación de la utilización de herramientas electrónicas.

En lo que respecta a la forma para el citado ajuste, la misma podría producirse en principio de manera individual o colectiva. Como forma individual, podría el empleador valerse de un simple añadido en el contrato de trabajo o la institución de un Reglamento Interno⁴³⁹ de la

⁴³⁸ Las relaciones contractuales de trabajo pueden ser objeto de libre estipulación de las partes implicadas en todo lo que no contravenga a las disposiciones de protección del trabajo, a los contratos colectivos que les sean aplicables y a las decisiones de las autoridades competentes.

⁴³⁹ Para MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri (*Curso de Direito do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.219), el reglamento de la empresa “consiste en un conjunto sistemático de normas sobre condiciones generales de trabajo, previendo diversas situaciones a que los interesados se someterán en la solución de los casos futuros”. MARANHÃO, Délio (*Instituições de Direito do Trabalho*. 20.ed. São Paulo: LTr, 2002. p.526) aduz: “El reglamento es un acto, originalmente, unilateral. De ahí compete, igualmente, al empleador el derecho de modificarlo en el ejercicio de su poder de comando. Sucede, sin embargo, que a ese reglamento se adhieren, tácita o expresamente, los empleados. Y esa adhesión convierte en bilaterales las cláusulas reglamentarias sobre las condiciones de trabajo, que pasan, por eso, a integrar los

empresa que regulara la utilización de las herramientas electrónicas de trabajo. En la forma colectiva, podrían adoptarse las formas clásicas de negociación: acuerdo⁴⁴⁰ y convención⁴⁴¹ colectiva. A pesar de reconocer que las convenciones colectivas regulan unos puntos comunes para empresas completamente diferentes – como metalurgia, por ejemplo, que puede ser considerada desde una montadora automovilística hasta pequeñas empresas – se entiende que la convención colectiva no sería una forma muy apropiada para la situación en cuestión.

Recordamos que las herramientas electrónicas son bastante específicas, especialmente si consideramos que las empresas poseen niveles de informatización muy diferentes, lo que podría conllevar dificultades para reunir las necesidades de todos en un único instrumento, pecando por la generalidad.

Entre la forma individual y la colectiva se considera más conveniente la individual, porque las negociaciones colectivas poseen un plazo máximo de validez de dos años⁴⁴², siendo después necesarias

contratos individuales, creando para los empleados un derecho contractualmente adquirido”.

⁴⁴⁰ SOUZA CAMPOS BATALHA, Wilson de; LABATE BATALHA, Sílvia Marina. *Sindicato, sindicalismo*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1994. p.163. Los autores apuntan que los acuerdos colectivos “son los celebrados entre los sindicatos representativos de categorías profesionales con una o más empresas de la correspondiente categoría económica y que estipulan condiciones de trabajo, aplicables en el ámbito de la empresa o de las empresas que adhieren a las respectivas relaciones de trabajo”.

⁴⁴¹ La convención colectiva de trabajo es el instrumento normativo en que ambos sindicatos, que representan sus respectivas categorías, profesional y económica, ajustan condiciones de trabajo. Campos Batalha (*Op. cit.*, p.163), amparado en el artículo 611 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, aduce que “convención colectiva de trabajo es el acuerdo de carácter normativo, por el cual dos o más sindicatos representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el ámbito de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo”. La Fuerza Sindical ya se posicionó en el sentido de ser favorable a la inclusión de una cláusula en las convenciones colectivas garantizando el derecho de los trabajadores a la privacidad en el uso de e-mail.

⁴⁴² Específicamente en lo que se refiere a la duración de los convenios colectivos, se establece expresamente en la ley (§ 3º del artículo 614 de la CLT) que el plazo máximo de validez es de dos años. A pesar de tal plazo, el artículo 615 Consolidado asegura la prórroga, la revisión, denuncia o la revocación (total o parcial) de la convención colectiva en cualquier momento, siempre que mediante la aprobación de la “Assembleia Geral dos Sindicatos” firmantes y observado el quórum, previsto en el artículo 612 Celetista. Con respecto a las eventuales divergencias sobre la eficacia de la convención colectiva en el

nuevas negociaciones. Así, partiendo del presupuesto de que la formalización de los límites acerca del uso de las herramientas electrónicas es aportar la seguridad a los empleados y a los empleadores de lo que es permitido y prohibido, la práctica característica de las negociaciones colectivas desembocaría en un debate amplio y en constantes cambios. Estas consecuencias no guardan una perfecta relación con las ideas de perennidad y seguridad que deberían orientar un reglamento que regulara los límites de utilización de las herramientas electrónicas en el entorno de trabajo.

De modo general, la mayoría de los operadores de Derecho que escriben sobre el tema son partidarios de elaborar una especie de 'Código de Conducta', en forma de reglamento interno, como el medio más adecuado para regular lo que está permitido y prohibido con respecto a la utilización de las herramientas electrónicas en el entorno de trabajo. Así, independientemente de la forma escogida (sea individual o colectiva), es esta la denominación que utilizaremos en el presente estudio.

4.3 POLÍTICAS RECOMENDADAS PARA LA UTILIZACIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO EN EL AMBIENTE DE TRABAJO

Se constata la relevancia de la promulgación de normas y directrices, como forma de prevención de posibles litigios que auxilien al sindicato, a la empresa y al trabajador en orden a la utilización de los

tiempo, explica, VIANA, Márcio Tulio (*Curso de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Prof Arion Sayão Romita*. Convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo. São Paulo: LTr, 2002, p.567) que: "La discusión no es nueva - y divide a buena parte de los autores. Para algunos, si la ley exige la fijación de un plazo para todo el convenio, es exactamente para que sus cláusulas sigan en vigor en aquel plazo. Así, nada impide que hoy se cree y mañana se suprima una ventaja, sea cual sea. Para otros, el plazo que la ley exige, tiene que ver con la eficacia normativa del convenio, es decir, con su poder de regular los nuevos contratos que van surgiendo. Así, por ejemplo, si el empleado está trabajando en la empresa durante el plazo, la ventaja se incorpora en su contrato; pero si es contratado después del plazo, no se incorporará. Esta sería la razón por la cual el Art. 114 de la CLT obliga a la sentencia normativa a respetar las disposiciones convencionales más beneficiosas: si estas no estuviesen más en el contrato, ¿qué utilidad tendría la norma?"

medios electrónicos, evitando la creación y la perpetuación de situaciones difíciles de resolver, una vez establecidas.

Los autores Barba Ramos y Rodríguez-Piñero⁴⁴³ defienden un Código de Postura, el cual integraría:

A) Comunicación sindical

1 - El Comité de empresa, el Sindicato y sus representantes tienen el derecho a utilizar las herramientas informáticas de la empresa para sus actividades garantizadas en la Constitución Federal de 1988 y en la Consolidación de las Leyes del Trabajo, tanto de manera interna como externa.

2 - Esto incluye el derecho de enviar información al Sindicato/Comité de la empresa a todos los empleados usando los medios de comunicación electrónica a su disposición.

3 - Los empleados tienen derecho a utilizar las herramientas informáticas de la empresa para la comunicación con su Sindicato/Comité de empresa y sus representantes.

B) Comunicación con fines no profesionales

1 - Los empleados tienen el derecho de utilizar las herramientas informáticas de la empresa con fines no profesionales, tanto de manera interna como externa, siempre que no sean abusivas y con la condición de no interferir en sus responsabilidades profesionales (uso social del e-mail).

C) Control y vigilancia de las comunicaciones

⁴⁴³ BARBA RAMOS, Francisco; RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel. "Alternativas de regulación de los derechos". *Derecho y conocimiento*, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, v.1, p.13-33, ago. 2002. ISSN 1578-8202. Disponible en: <http://V2.viex.com/global/redi/detalle-doctrina_redi.asp?articulo=157693>. Acceso el: 10 ago. 2002.

1 - El empleador se compromete a que el uso de las herramientas informáticas de la empresa por parte de los empleados no sea objeto de control o de vigilancia sistemática.

2 - La comunicación será vigilada y controlada únicamente si el empleador esté obligado legalmente a hacerlo o si tiene razones suficientes para creer que el empleado está cometiendo una infracción penal o una falta disciplinaria grave. En estos casos, la vigilancia y el control tendrán lugar con la presencia del representante del Sindicato y un representante designado por el empleado.

D) Condiciones relativas al uso de herramientas informáticas - Los empleados tienen el derecho de usar las herramientas informáticas de la empresa con las siguientes condiciones:

1 - La comunicación debe ser legal y no debe contener declaraciones ofensivas y difamatorias.

2 - Las herramientas informáticas de la empresa no deben ser usadas para acosar sexualmente otros miembros del personal, ni con fines ofensivos relacionados con su sexualidad, edad y etnia. El correo electrónico no se podrá utilizar para fines nocivos a la empresa o a terceros.

3 - El empleador puede pedir que se incluya una cláusula de no responsabilidad en cuanto a los empleados en las comunicaciones internas o externas, especificando que los puntos de vista expresados son del autor y no de la empresa.

Otras premisas que también pueden observarse son las expuestas por Martins de Souza⁴⁴⁴, que delinean la política efectiva de comunicaciones electrónicas en los Estados Unidos, adaptadas a las

⁴⁴⁴ MARTINS DE SOUZA, Mauro Cesar. *Op. cit.*, 2001.

particularidades locales de cada empresa con expresa concordancia por escrito de los empleados, y que integrarían los siguientes elementos esenciales: declaración de que la red computacional es de propiedad de la empresa, garantizar el derecho de monitorear e interceptar el correo electrónico, declarar que la correspondencia electrónica no puede ser apagada, prohibir la transmisión de declaraciones sexualmente ofensivas, agresivas o difamatorias, prohibir la copia, distribución o impresión de material protegido por derechos de autor, prohibir el uso de la red para actividades no relacionadas con la firma, prohibir el uso de la red para actividades ilegales o que interfieran con el trabajo de otros y prohibir el uso de los equipos informáticos de la empresa para conseguir acceso no autorizado a cualquier otro ordenador, red, banco de datos o información conservada electrónicamente (conocido como *hacking*).

El autor apunta que debe analizarse con bastante cuidado la conveniencia de acceso a Internet por parte de los funcionarios en el lugar de trabajo ya que no hay una legislación específica. El mismo es de la opinión de que se adopte una reglamentación interna, de forma bilateral, o incluso, que se establezca la cuestión en el contrato y/o en la norma colectiva. Además, como ya hemos advertido, el factor seguridad y el consecuente monitoreo de los mensajes de e-mails de los empleados por parte de empresas que ponen a disposición el acceso a Internet y las direcciones electrónicas, no es absoluto y debe armonizarse con el derecho de privacidad de los usuarios.

En este sentido, se reitera que las medidas recomendables en los casos de correo electrónico en el entorno de trabajo serían: 1) creación de cláusulas en los contratos de trabajo, o incluso de un Código interno sobre el tema; y 2) es preferible que, además del correo electrónico de trabajo, el funcionario tenga otro, para uso personal.

En el caso de los *sites* pornográficos, es conveniente, y hasta cierto punto necesario, su bloqueo por parte de la empresa, además de impedir

la transmisión de imágenes por Internet. Esta medida restrictiva y simple de 'bloquear' determinados tipos de direcciones electrónicas obviamente evita futuras coacciones, y su violación generaría un incuestionable incumplimiento de las reglas por parte del empleador. Es recomendable que el empleador se sirva de la posibilidad de impedir el acceso a *sites* impropios, así como a la transmisión de imágenes por e-mail, o crear normas internas prohibiendo al empleado la utilización de Internet para fines no apropiados con asuntos relacionados a la empresa, o insertarlos incluso en los contratos de trabajo, a fin de justificar un eventual rescisión de la relación laboral y evitar posibles demandas judiciales de parte a parte.

La globalización de las comunicaciones de las redes de transmisión de datos (o Internet) es un fenómeno para el cual el legislador brasileño todavía no ha encontrado una respuesta definitiva. La falta de una legislación específica lleva a los operadores de Derecho a recurrir a los principios generales de Derecho y a otros textos del ordenamiento jurídico, con el fin de resolver situaciones que la informática y las nuevas tecnologías vienen introduciendo en el mundo jurídico, de forma cada vez más veloz.

4.4 VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD DEL TRABAJADOR

Para deslindar más claramente las situaciones de conflicto de los derechos de personalidad en ámbito laboral, comenzamos destacando algunos ejemplos.

a) Empresa distribuidora farmacéutica, en exceso de fiscalización, realizaba un registro individual de todos sus empleados al final de cada turno, cuando se les obligaba a desnudarse completamente ante la persona encargada de registrarlos y que incluso les obligaba a que caminaran unos metros. Tal procedimiento fue objeto de reclamación

laboral ante la 29ª Junta de Conciliación y Juzgado de Belo Horizonte, que juzgó improcedente la demanda de indemnización por daño moral. La decisión de la 2ª Sala del Tribunal Regional del Trabajo de la 3ª Región dio instrucciones al Recurso Ordinario nº 313/97, reformando la decisión de la 29ª JCJ, otorgando al autor la indemnización por daño moral⁴⁴⁵. Nos permitimos transcribir una síntesis de la citada decisión, dada la relevancia de los fundamentos de la decisión:

A La circunstancia de que la empresa trabajara con drogas valiosas, muy reconocidas por el comercio ilegal, justifica la realización de una fiscalización rigurosa, incluso de un registro, y también porque el empleador está obligado a velar para que esos medicamentos no sean objeto de tráfico ilícito, evitando su comercialización indiscriminada. De ahí que el registro deberá ser admitido como último recurso para defender el patrimonio empresarial y salvaguardar la seguridad dentro de la empresa, a falta de otras medidas preventivas; incluso así, cuando se utilice, deberá respetar la dignidad del trabajador, evitando herirle el derecho a la intimidad. Si el registro conlleva el hecho de que el empleado deba desnudarse completamente y también que tenga que caminar por un pequeño trayecto, la fiscalización atenta contra el derecho a la intimidad del empleado y autoriza el pago de indemnización por daño moral (Art. 5º, X, de la Constitución Federal de 1998, “De los Derechos y Garantías Fundamentales”).

“En una época en que los imperativos económicos del mercado cuestionan los dogmas tradicionales” del Derecho Laboral, incluso el principio de protección, el vigor de los derechos fundamentales de los trabajadores en las empresas podrá traducirse en “un antídoto para emancipar el contrato de trabajo” de su excesiva subordinación a la economía, permitiendo que esa disciplina recupere su papel de asegurar la autorrealización del empleado como ciudadano⁴⁴⁶. En esta hipótesis, la empresa poseía un sistema de circuito interno de TV, medio para

⁴⁴⁵ FABBRINI MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1996. V.2.

⁴⁴⁶ Según RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “Constituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro”. *Giornali di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Roma, n.65, 1995.

controlar todos los actos de sus empleados, teniendo en cuenta la naturaleza del emprendimiento, que exigía un alto control a fin de evitar la comercialización ilegal o el desvío de drogas valiosas. En este control no se vislumbra agresión a la intimidad del trabajador, porque se hacía en el entorno de trabajo, donde sus actos se encontraban vinculados a la actividad profesional, sujeta a la dirección y fiscalización del empleador. Sin embargo, es humillante el registro de la forma como se había realizado.

La tecnología ofrece condiciones de fiscalización, como el circuito interno de TV, que permitiría prescindir del registro, que se presenta siempre como humillante. El acto de desnudarse ante una persona extraña agrede el sentimiento de pudor, generando una situación constrictiva.

Hay cuestiones de orden psicológico que no pueden excluirse de la apreciación del acto, como la autoaceptación o no del propio cuerpo, su satisfacción con él, la existencia de marcas y señas en partes íntimas, las cuales exponen no sólo el cuerpo, sino también la psicología de la persona, afectando sentimientos capaces de provocar disturbios emocionales.

b) Otro tipo de registro ampliamente utilizado en tiendas, especialmente las de departamentos, es la de bolsos de los empleados, a la salida. En la puerta se obliga a los empleados a abrir sus bolsos y mostrar lo que tienen en su interior al encargado.

El registro de esta forma es igualmente invasivo. También aquí se lesiona la intimidad del trabajador. El bolso se asemeja a un retiro íntimo de la persona. Dentro de él pueden ponerse fotos de seres queridos, correspondencia, objetos de uso íntimo, documentos etc. Al tomar conocimiento de su contenido, el empleador está invadiendo la intimidad y la vida privada de la persona del empleado, lo que configura, por sí sola, una lesión al derecho a la intimidad y a la privacidad.

En estos registros humillantes, hay una inversión del principio constitucional de que todos son inocentes hasta que no se demuestre lo contrario, lo que sólo sucede mediante el debido proceso legal, donde se procede a probar la práctica del acto ilícito. Cuando se realiza un registro de esta especie, se tiene como principio que la persona del trabajador es deshonesto, necesitando, especialmente, probar su honestidad, cuando lo que debería de prevalecer sería lo contrario.

Si se produce una ofensa al empleado que sufre el registro mediante alguna de las formas antes descritas, el empleador no puede imponerlo a cualquiera de sus empleados, aunque ejerza cargos de jefatura y supervisión.

El sentimiento de pudor transita por una doble vía. Al igual que la persona no quiere desnudarse ante otra por entender que tal procedimiento hiere su dignidad, ni exponer sus pertenencias íntimas, igualmente la otra puede no querer ver el cuerpo desnudo de otros, por sentir que está hiriendo y sentirse herida en su sensibilidad. Para los que entienden la importancia de la dignidad y procuran respetarla, invadir la intimidad de otros constituiría una falta de respeto, sea por el que medio sea.

c) El desnudo de la mujer que contrae matrimonio es una forma odiosa de discriminación y de interferencia en la vida privada del empleado. Además de agredir la institución de la familia, tiene objetivo burlarse de derechos debidos a la maternidad. Así, muchas empresas exigen que, para contratar a la mujer, que aporte un certificado de esterilidad, lo que constituye una agresión al ejercicio de derecho de ejercer la maternidad.

d) La denuncia infundada de práctica por actos penales, como el hurto, con el fin de motivar el despido sin cargos para el empleador, ha sido una práctica común constatada por quienes lidian con procesos laborales.

Tales denuncias ante la autoridad policial implican una intimidación, a veces incluso bajo amenazas, de los empleados denunciados para que declaren. Generalmente, el empleado denunciado queda retenido, horas o días en las comisarías de policía, donde se le somete a un tratamiento indigno. Este procedimiento crea al trabajador una situación de constreñimiento, afectándole emocionalmente y en su derecho al honor.

La denuncia de hechos tipificados como delitos o faltas a fin de que se verifiquen de acuerdo con la legislación en vigor para que las autoridades puedan dirimir si ha sido de su autoría, es bien diferente de la actitud arbitraria de inmediato encarcelamiento del presunto "delincuente".

e) Para concluir la relación de ejemplos, se cita la información desacreditada de la conducta del trabajador, que circula entre las empresas con el objetivo de impedir que el trabajador obtenga un nuevo empleo. Es común que las empresas amenacen que van a adoptar esta medida hacia los empleados que presentan acciones en el Juzgado Laboral con el fin de ver reparadas las lesiones a sus derechos como el reconocimiento de tiempo de trabajo clandestino, pago de salarios retenidos o de vacaciones no concedidas y de horas extras no pagadas.

Serían muchos los ejemplos que se podrían enumerar y, aún así no se agotarían. Se entienden suficientes tales ejemplos para llegar, más adelante, al análisis de las consecuencias directas sobre el contrato de trabajo.

Conviene hacer también referencia a la jurisprudencia nacional sobre cuestiones que implican el uso del correo electrónico por parte del empleado en la empresa y lo que decidió el Tribunal del Trabajo.

La primera de ellas se refiere al litigio que tuvo inicio con una reclamación laboral presentada por un funcionario de banco que requirió, entre otras cuestiones, el derecho a la liquidación de cese de trabajo en virtud del despido que consideraba con falta de motivación. Fue

distribuída para la Décimo Tercer Tribuna del Trabajo de Brasilia. En el momento de la reclamación alegó haber rescindido el contrato puesto que el reclamante había enviado, a través del e-mail puesto a disposición por la empresa, fotos pornográficas. El ilustre juez de 1º grado, después de citar algunos autores, legislación y la jurisprudencia de la Corte constitucional, concluyó que la prueba pretendida por el reclamado, que evidenciaría la justa causa alegada, no podría ser admitida en juicio en razón de la flagrante ilegalidad, ya que violaba la correspondencia del autor. Según describe la sentencia, el contra-argumento de la Reclamada es que la cuenta del correo electrónico que concedió al Reclamante fue con la condición de que su utilización fuera exclusivamente para tratar de asuntos y materias relacionadas con el servicio de trabajo, condición que no había observado el autor al enviar correspondencia electrónica (e-mail) remitiendo las citadas fotos.

Concluyó así el magistrado laboral⁴⁴⁷:

Aunque en los autos pueda existir la prueba de que la cuenta de e-mail haya sido distribuida al autor con esa restricción/condición, tal circunstancia, en modo alguno, autorizaría al Reclamado, a quebrar el secreto de la correspondencia, tener acceso al contenido del e-mail sin la anuencia del autor o de alguno de los integrantes de la cadena.

En el mismo sentido cabe citar la 'Ementa' (Síntesis) del Tribunal Regional del Trabajo de São Paulo⁴⁴⁸ cuando se presentó un interesante caso sobre la utilización indebida del correo electrónico por parte del empleado en horario de trabajo y por los medios de producción puestos a disposición por el empleador. En la misma se concluye que:

'EMENTA' (SÍNTESES): Justa Causa. Un 'e-mail' se caracteriza como correspondencia personal. El hecho de

⁴⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 10ª Região. Disponible en: <<http://www.trt10.gov.br/publicacoes/sentencas/2000/13061309102001601.html>>. Acceso el 15 jun. 2003.

⁴⁴⁸ Idem. Tribunal Regional do Trabalho. 11ª Região. Disponible en: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acceso el 15 jun. 2003.

haber sido enviado por un ordenador de la empresa no le retira esta calidad. Aunque el objetivo de la empresa sea el de la fiscalización de los servicios, el poder directivo cede con respecto al derecho del trabajador a la intimidad (CF, Art. 50, inciso VIII). Un único 'e-mail', enviado para fines particulares, en horas de café, no tipifica una justa causa.

Estas decisiones pueden considerarse temerarias ya que darían carta blanca al empleado que, escudado en el secreto de la correspondencia y de la intimidad, derechos garantizados en la Constitución, podría servirse del e-mail para cualquier fin ya que el empleador no tendría el derecho de filtrarlo para investigación y una correcta aplicación de los bienes utilizados para la producción. Las mencionadas conclusiones no solucionan de manera eficaz el problema sino que por el contrario, en nuestra opinión, implican una mayor inseguridad en las relaciones laborales. Conviene recordar también que el derecho al secreto de la correspondencia y a la intimidad es igual a los demás derechos, ya que no es absoluto y puede ceder ante los intereses constitucionalmente relevantes siempre que sea necesario para lograr un fin legítimo, proporcionando el respeto al contenido esencial del derecho.

No se debe permitir que la aparición de las nuevas tecnologías conlleve la desaparición de algunas características, implicaciones o ámbitos del derecho al secreto de las correspondencias y a la intimidad de los empleados en la empresa, ya que son cada vez mas frecuentes y esenciales para el intercambio de información. No existen premisas legales sobre el tema en el Derecho actual que hagan viable la correcta aplicación del derecho, puesto que lo más correcto sería una reestructuración de este derecho adecuándolo a las nuevas tecnologías de la información, para que no permitan decisiones radicales que redunden sólo en beneficio de una de las partes.

No se pueden vulnerar los derechos constitucionalmente protegidos debiendo, entretanto, el empleador optar, sensata y ponderadamente, por políticas adecuadas de control de la actividad que

favorezcan un entorno de trabajo relajado y confiable, que proporcione autonomía e intimidad, evitando el recelo, la presión y el malestar de los trabajadores por medio de conductas excesivas derivadas del poder empresarial.

El empleador podrá ejercer el control tecnológico sobre sus trabajadores, siempre que cuente con indicios suficientes de que se está produciendo una desviación en la utilización de los medios de producción y atendiendo a los estrictos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en la utilización de medidas de vigilancia y control que sirvan a los fines a los que se pretenden, causando el menor impacto posible sobre la intimidad y la dignidad del trabajador, pero no vetando ese control en todos los casos.

Para adoptar una decisión judicial se deben tener en cuenta muchas especificidades. El monitoreo por parte del empleador es legítimo, siempre que sea ejecutado en conformidad con las exigencias aquí expuestas.

Después de los trámites regulares del proceso laboral, la sentencia del 1º grado de Brasilia fue objeto de recurso en la instancia superior, donde fue discutida la cuestión relativa a la obtención lícita o no de la prueba así como la configuración o no de la falta grave en los actos practicados por el reclamante.

Entendió la jueza del Tribunal⁴⁴⁹, en conformidad con el recurso interpuesto por la Reclamada-recurrente, basándose en el principio de personalidad, que:

La aplicación del principio de proporcionalidad tiene el objetivo de impedir que a través del dogma de respeto de determinadas garantías, se violen otros derechos, sino mayores, de igual importancia, o que, igualmente,

⁴⁴⁹ *Consultor Jurídico*. Disponible en: <http://www.cf6.uol.com.br/consultor_view.cfm?id=11595&ad=b>. Acceso el 6 jul. 2003.

necesiten ser preservados, en el caso de los presentes autos, la propia reputación de la exigida, que podría ver su imagen afectada. La citada teoría, por tanto, tiene por objetivo el de sopesar los intereses y los valores en cuestión, con respecto a la consideración de la prueba obtenida a través de un medio ilícito, de forma que sea posible la verificación de la relación coste-beneficio de la medida, a través de la ponderación entre los daños causados y los resultados que se esperan obtener.

La protección de la individualidad, de la libertad, de la personalidad o de la vida privada, a pesar de que es esencial en el marco del Estado de Derecho, no puede ser absoluta, ya que podría asentarse en detrimento de otras garantías de igual importancia. Este hecho da lugar a la necesidad de ponderación para que no se genere un mayor perjuicio para los ciudadanos, en el caso de admisibilidad o no de una prueba obtenida ilegalmente.

En este caso, a nuestro parecer, la Jueza dictó de forma correcta cuando dice que el correo electrónico es una herramienta de trabajo puesta a disposición del empleado en el trabajo y que, por lo tanto, el empleador puede monitorear siempre que haya indicios de mala utilización. Véase:

Entiendo que, siendo la Reclamada detentora del proveedor, cabe a ella el derecho de rastrear o no los ordenadores de su empresa, especialmente cuando son suministrados a los empleados para el trabajo. Desde el momento en que surge una duda de uso indebido de los e-mails, por un cierto grupo, sólo se podrá resolver esa duda a través del rastreo de su proveedor. La empresa podría rastrear todas las direcciones electrónicas, porque no habría ninguna intimidad que debiera ser preservada, puesto que el e-mail no puede utilizarse para fines particulares.

También apunta la responsabilidad de la empresa, puesto que el empleado utiliza en su nombre el correo electrónico para practicar actos de improbidad que podrán atribuirse a la empresa ya que el empleado actúa en nombre de la misma.

A este respecto la sentencia (*acórdão*)⁴⁵⁰ establece:

Cuando el empleado comete un acto de improbidad o incluso un delito sirviéndose del e-mail de la empresa, ésta, como regla general, responde solidariamente por tal acto. Bajo este aspecto, podemos entonces constatar lo grave y delicada que es esta cuestión, que demanda la apreciación jurídica de los profesionales del Derecho. Encuadrando tal situación en la Consolidación de las Leyes del Trabajo, constatamos que tal conducta es absolutamente impropia, pudiendo configurarse la justa causa para la rescisión contractual, dependiendo del caso y de la gravedad del acto practicado.

Con respecto a la falta grave, la Jueza se posicionó en el sentido de que con el envío de fotos pornográficas por el empleado se configura la tipificación legal denominada de mal procedimiento, que permite la escisión del vínculo laboral por parte del empleador sin *onus* a través del despido llamado sin justa causa.

Resulta curioso que ya se produjeran hechos semejantes al citado en 1968, sin embargo con instrumentos diferentes, puesto que en aquella época, la informática era incipiente en los lugares de trabajo. Según describe Lamarca⁴⁵¹, en cierta ocasión un empleado introdujo a escondidas una revista pornográfica (de circulación prohibida) en una sección donde trabajaban menores de ambos sexos, resultando este acto único en el despido del funcionario por mal procedimiento.

Según Ferreira Cesarino Júnior⁴⁵², el mal procedimiento viene a ser “la actuación desenfrenada, desordenada, fuera de los procedimientos normales”. En nuestra opinión, la Jueza encuadró de forma correcta el acto practicado por el Reclamante, puesto que el envío de las fotos mencionadas debe considerarse como un mal procedimiento en el

⁴⁵⁰ Acórdão es la última sentencia o decisión final que, atribuida por una instancia superior, comienza a valer como modelo para resolver casos, cuestiones y/o situaciones análogas.

⁴⁵¹ LAMARCA, Antônio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p.392.

⁴⁵² FERREIRA CESARINO JÚNIOR, Antônio. *Direito Social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970, p.231.

desempeño de sus funciones, de acuerdo con la mayoría de algunos autores y la jurisprudencia, que considera esta figura como una desviación de conducta relacionada con la práctica sexual o con su divulgación de manera directa o indirecta.

Además, otras figuras observadas en el artículo 482 de la CLT pueden encuadrarse a título de ejemplo puesto que casi todas las faltas graves pueden también llevarse a cabo por vía electrónica, con respecto a otras que no tienen una cobertura legal laboral relativa a las conductas del empleado que utiliza el e-mail para fines distintos. La primera de ellas es el desinterés que, según Russomano⁴⁵³, representa “la negligencia, la imprudencia, la falta de voluntad, el repudio manifestado por el trabajador durante la ejecución de las tareas que le son confiadas. Es aquel que bromea durante el servicio, desviando la atención del trabajo”.

En la hipótesis de la sentencia (*acórdão*), si el empleado envía habitualmente archivos por *e-mail* durante el horario de trabajo, sin duda estará, dependiendo de la proporción, cometiendo esta falta grave puesto que su conducta redundará en una caída en su producción o en la calidad de los servicios prestados por la pérdida de tiempo desperdiciado en otras actividades distintas de aquellas para las cuales fue contratado.

Otra figura que puede considerarse es la de la indisciplina, puesto que, según Russomano⁴⁵⁴:

El trabajador, cuando está contratado, celebra el pacto que, como regla general, es del tipo de los contratos de adhesión. En este están implícitas todas las cláusulas disciplinarias mencionadas en el Reglamento interno de la empresa. El reglamento dicta, por lo tanto, genéricamente las reglas que guiarán la acción de todos los empleados dentro del lugar de trabajo, disciplinando la conducta de los mismos. Por lo tanto, cualquier violación del Reglamento es un acto que rompe las

⁴⁵³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Forense, 1984, p.349.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p.361.

normas disciplinarias de la empresa, en otras palabras, el acto de indisciplina.

Por consiguiente, el acto del empleado al servirse de los medios electrónicos puestos a disposición como herramienta de trabajo para otros fines es responsable de esta falta grave especialmente cuando exista un reglamento de la empresa que regula y prescribe su uso. Siendo así, se entiende que la utilización del correo electrónico podrá configurar varias figuras típicas que determinan la ruptura del vínculo de empleo por justa causa, y no sólo el de la figura del mal procedimiento, como entienden algunos autores, como Sayão Romita⁴⁵⁵, cuando apunta: “El uso indebido del correo electrónico configura el mal procedimiento, previsto en la consolidación de las Leyes del Trabajo (Art. 482, "b") como una falta grave que autoriza al empleador a despedir al trabajador, sin ningún gravamen”.

Existe también un segundo aspecto de la decisión establecida por el Tribunal Regional del Trabajo de la 2ª Región mencionada que hace referencia a la proporcionalidad de la falta. Concluye la sentencia (*acórdão*) que: “Un único *e-mail*, enviado para fines particulares, en horario de café, no tipifica una justa causa”.

Se debe reconocer al trabajador el derecho a la comunicación externa durante el horario del trabajo, incluido dentro de la empresa. El empleador tiene que aceptar lo que se llama derecho al uso social del *e-mail*. Lógicamente, dentro del entorno de trabajo también puede haber el uso personal, no abusivo y justificado, de los medios de comunicación de la empresa. Los citados acontecimientos son cada día mas habituales fruto de la evolución de la nueva organización del trabajo: de la misma manera que el empleador puede exigir, en determinadas circunstancias, que el trabajador no sólo actúe en el ámbito de la empresa, sino también

⁴⁵⁵ SAYÃO ROMITA, Arion. “Uso indevido do correio eletrônico como justa causa para despedida”. *Repertório de Jurisprudência*, [s.l.], n.15, Caderno 2, p.421, ago. 2002.

en su domicilio – lo que se conoce como teletrabajo –, es lógico también que el empresario permita una determinada permeabilidad, no abusiva, y el uso personal de los medios de comunicación.

Es un intercambio moderno: si una empresa es flexible y le corresponde un trabajador flexible, es lógico que tanto el trabajo estrechamente profesional como el personal tendrán fronteras mucho más flexibles, difíciles de separar de manera absoluta.

Es muy difícil que un empresario moderno que se preocupe por los aspectos concernientes a la calidad del trabajo, a la participación de los trabajadores y a la identificación de los objetivos de la empresa, sea un empresario que organice, de manera absoluta sus propios medios de comunicación para un determinado uso de carácter laboral. Sería muy difícil y podría ser una opción retrógrada. El empresario que opte por aquella no tendría justificación alguna para exigir una cuota personal al propio trabajador, además de la estrechamente profesional. Hoy los empresarios modernos entienden que todo lo que sea de conocimiento personal del trabajador redundará en beneficio de la eficiencia de la empresa. El problema está en ver que el uso social, el uso extraprofesional, no tenga elementos de abuso y perjuicio objetivo para la empresa, y es ahí donde se tiene que intentar obtener un equilibrio.

Así, el correo electrónico puede ser utilizado en el ámbito de la empresa, sin embargo de forma moderada, que no implique en perjuicios funcionales o de cualquier otra orden a la empresa. La óptica que debe observarse no debe ser limitada a la cantidad de e-mails, y sí al perjuicio que su utilización pueda ocasionar a la empresa.

4.5 PROYECCIONES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Partiendo de la premisa de que es posible el control por parte del empleador de las herramientas electrónicas, siempre que se realice sin abusos de derecho y mediante normas claras (tanto a los ojos del

empleado como del empleador), nos vamos a ocupar en este apartado de las proyecciones en el contrato de trabajo derivadas del incumplimiento de las reglas previamente instituidas por medio del Código de Conducta para el uso de las herramientas electrónicas.

El tema merece un análisis pausado, especialmente porque la principal controversia que surgió en los primeros casos que se produjeron y se hicieron públicos en Brasil son los relacionados con el uso indebido de las herramientas electrónicas, de cómo y qué tipo de falta se les debes aplicar especialmente en relación con los episodios que implica la aplicación por justa causa⁴⁵⁶.

En su momento, la repercusión fue amplia e inmediata, creando incluso manifestaciones públicas de la CUT⁴⁵⁷ sobre el acto patronal. La desproporcionalidad entre la falta y la punición fue considerada como un argumento para contestar este tipo de punición. Otro punto que se trató fue la ausencia de un amparo legal consagrando la conducta supuestamente irregular. Hay que adelantar que ninguna de las dos posiciones tuvo éxito.

El presente ítem se centra, inicialmente, en la aplicación del principio de proporcionalidad para, seguidamente, analizar

⁴⁵⁶ De acuerdo con el informe: E-mail obsceno lleva a GM a despedir a 33 (*O Estado de São Paulo*, São Paulo, 23 maio 2002), la General Motors despidió, simultáneamente, a 33 personas, acompañado de 111 advertências por escrito para los empleados de la filial de São Caetano do Sul, no ABC Paulista. Hay noticias de despidos por justa causa en la Ford Motors y HSBC Seguros de Brasil S/A.

ESPÍNOLA BORGES, Ricardo Luis. Da justa causa. En: DUARTE, Bento Herculano (Coord.). *Manual de Direito do Trabalho*: Estudos em homenagem ao Prof. Cassio Mesquita Barros: São Paulo: LTr, 1998, p.492. Espínola Borges, amparando la preocupación popular con la ilegitimidad de una rescisión contractual por justa causa, apunta que: "La justa causa para el cese del contrato individual de trabajo, con el pasar de los años ha llevado a la preocupación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia patrias con respecto a su aplicación al caso concreto ya que, si por un lado asegura la ruptura del vínculo de empleo ante la fisura de su 'soporte psicológico y moral', en palabras de Russomanno, por otro ha permitido a la acusación que practique un acto ilícito a la parte frágil de aquel, como alternativa, de empleadores sin escrúpulos para evadir los pagos previstos por la ley en el caso de rescisión inmotivada".

⁴⁵⁷ CUT - Central Única dos Trabalhadores.

individualmente las hipótesis de justa causa⁴⁵⁸ que pueden encontrar un soporte fáctico relacionado con el tema. En la parte final vamos a describir las medidas que pueden adoptarse para evitar el daño moral relacionado con la violación de la vida íntima del empleado y con la declaración judicial de nulidad del despido por justa causa.

4.5.1 Proporcionalidad entre la falta y la punición

Es preciso que el poder sancionador del empleador sea amparado, principalmente, mediante el principio de proporcionalidad de la punición⁴⁵⁹, lo que haría posible que a las herramientas electrónicas, sólo por ser un objeto más reciente en las relaciones laborales, se las pudiera dar un tratamiento diferenciado. Por otro lado, ignorar el amplio (y, a veces, descontrolado) poder que emana de tales herramientas es irresponsable. En la práctica, todos los actos que se realizan a diario también pueden realizarse electrónicamente. Como ejemplo cabe citar la contratación de cualquier especie de bien y actos bancarios. Además, los actos electrónicos pueden ser practicados, con facilidad, en proporciones

⁴⁵⁸ Debido a la amplitud del tema y a la necesidad de imponer límites en el presente trabajo, la materia relacionada con la justa causa será examinada principalmente a la luz de las enseñanzas de Evaristo de Moraes Filho, Wagner Giglio, Valentin Carrion, Délio Maranhão y Carmen Camino.

⁴⁵⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 1996, p.137: “[...] solamente la falta grave, manifestación externa de un acto de voluntad dolosa o culpablemente grave, es lo que justifica la ruptura brusca del contrato de trabajo. Conviene subrayar también, y una vez más, que las otras faltas, de naturaleza leve o muy leve - en este caso ya próxima al caso fortuito, como aclara Chironi - deben ser punidas proporcionalmente, de manera leve o muy leve.” GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.15-16. Al analizar la proporcionalidad del castigo de la falta del empleado, el autor apunta que: “El poder disciplinario reconocido al empresario le autoriza a sancionar al trabajador que comete la falta, advirtiéndole, verbalmente o por escrito, suspendiéndole o despidiéndole. Este poder es, sin embargo, limitado por la noción de justicia, que supone su uso normal. Se entiende fácilmente, por eso, que el empleador será responsable por el abuso de poder de comando, causador de injusticia. Sería injusto, por ejemplo, despedir al empleado por motivos fútiles, irrelevantes, porque el hombre es un ser imperfecto y de él no se exige siempre un comportamiento impecable. Manda el buen sentido y el ideal de la justicia, que se concreta en el principio general del derecho - que recomienda a cada uno su parte (*suum cuique tribuere*), debe existir proporcionalidad entre el acto ilícito y su castigo, aplicando el empleador sanciones menos severas para las infracciones más leves y reservando el despido para las más graves”.

mucho mayores y, tal vez, desmedidos, tanto en relación a la cantidad, tiempo o extensión de los efectos.

Siguiendo este orden de ideas, no se puede aceptar que determinados actos del empleado, en la vida real, sean tan graves y capaces que no hagan necesaria la gradualidad de las puniciones para alcanzar la justa causa y, por otro lado, que sea imposible reproducir el paradigma en relación a la utilización indebida de las herramientas electrónicas. Para comprender mejor la situación, cabe pensar en el caso de una empresa de su propiedad, si sería razonable aplicar una mera advertencia para el empleado que, aunque solo haya sido una vez, haya realizado una negociación habitual – en la forma preconizada en la línea ‘c’ del artículo 482 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo – provocando unos perjuicios efectivos. Es posible que la respuesta sea negativa, es decir, que es razonable despedir por justa causa el empleado que realizó una negociación habitual incluso en una única ocasión. Entonces, ¿por qué tratar de forma diferente el hecho sólo porque los medios utilizados (en este caso electrónicos) son diferentes si el resultado obtenido es el mismo?

Sobre esta cuestión Maranhão⁴⁶⁰ explica que: “la gravedad del delito, con relación al empleado, se debe evaluar, por regla general y concretamente, considerándose no sólo una medida abstracta de conducta -el buen trabajador- sino la situación personal del agente y otras circunstancias concretas de tiempo, medios, costumbres, etc.”

En relación a la proporcionalidad de la punición, no se la debe de vincular a una hipótesis abstracta, debiendo apreciarse el caso concreto para medir cuál es la respuesta adecuada del empleador: advertencia, suspensión, despido por justa causa.

⁴⁶⁰ MARANHÃO, Délio *apud* MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Op. cit.*, 1998, p.573.

No es porque la situación coincida con una de las hipótesis, a las que aludiremos más adelante, en las que el empleador deberá obligatoriamente proceder a la resolución del contrato por justa causa. Por lo tanto, no hay motivo para esperar a que se produzca un hecho idéntico al descrito para aplicar la justa causa.

Despidos de esa naturaleza deben ser amparados en un examen amplio de la situación y con pruebas sólidas. Sólo entonces, se tomará una decisión, de acuerdo con cada caso concreto.

Con respecto al segundo argumento (ausencia de amparo legal consagrando la conducta), conviene mencionar que no hay necesidad de crear nuevas figuras para obtener la subsunción del hecho protagonizado por el empleado en el uso de herramientas electrónicas. De hecho, todos los actos practicados por los medios electrónicos son realizables, de la misma forma, antes de la invención del ordenador y otras herramientas inherentes al mismo.

Así, son perfectamente aplicables al empleado que comete infracciones con la utilización de las herramientas electrónicas las mismas hipótesis y penas ya consagradas en las líneas del artículo 482 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. Para una mejor comprensión, vamos a presentar algunos casos.

A) Acto de improbidad

Analizando el acto de improbidad⁴⁶¹ como presupuesto para la justa causa a la luz de las suposiciones propuestas en el presente estudio,

⁴⁶¹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.359-360. Al analizar la línea 'a' del artículo 482 Celetista, el autor explica que: "La jurisprudencia la ha caracterizado principalmente como 'atentado contra el patrimonio del empleador, de terceros o de compañeros de trabajo (GOMES e GOTTSCHALK, *Curso de Direito do Trabalho*)'. La doctrina es muy variable, a veces la conceptualiza como una violación de un deber legal, a veces como un deber moral, o bien como una 'obligación general de conducta no específica constituyendo una falta grave, incluso fuera del servicio' (MARANHÃO, *Instituições...*). Consiste en actos 'que

adoptamos el caso de un empleado que, intencionalmente, contamina con un virus el sistema informático de la empresa, provocando la pérdida de documentos y estragos físicos en los ordenadores, además de un retraso en la realización de servicios.

Huyendo un poco de los límites del presente trabajo, se puede considerar como un acto de improbidad la alteración o exclusión de documentos electrónicos esenciales para la empresa.

B) Incontinencia de conducta o mal procedimiento

La propia definición⁴⁶² autoriza que todos y cualquier acto irregular practicado por el empleado por medio de las herramientas electrónicas sea encuadrado en esta situación, siempre que no sea posible encuadrarlo en un caso específico y que revista gravedad suficiente para hacer imposible la vigencia del contrato de trabajo.

Para una mejor comprensión, se citamos un caso verídico que implica el envío de fotos pornográficas por correo electrónico⁴⁶³. También

revelan claramente deshonestidad, abuso, fraude o mala-fe' (RUSSOMANO, *Comentários à Constituição Federal*, art. 482). Acción u omisión dolosa del trabajador, buscando una ventaja para sí o para otros, derivada del empleo y con perjuicio real o potencial para alguien, apunta LAMARCA (*Manual das Justas Causas*), repitiendo dos ejemplos: a) empleado que recibe comisión de proveedores; b) falsa declaración de dependientes con el fin de justificar que se les otorgue el salario-familia".

GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.*, 2000, p.55. El autor apunta que "toda y cualquier manifestación del empleado – ya sea a través de actos, gestos, palabras y hasta omisión - tendente a causar daño a bienes materiales, siempre que demuestre claramente su deshonestidad, configura la justa causa".

⁴⁶² GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.*, p.79. "[...]el concepto de mal procedimiento solo podrá tener como base la exclusión de las demás justas causas. Por lo tanto, el mal procedimiento hace las veces de la fosa común, en el marco de los hechos delictuosos: todo cuanto es incompatible para el empleado en el ejercicio de sus funciones, todo cuanto autorice y justifique el despido – y no pueda ser clasificado como otra justa causa específica– se hace 'encajar' como mal procedimiento. De ahí afirmamos que constituye mal procedimiento todo y cualquier falta grave, practicada por el empleado, que sea imposible o muy onerosa para el mantenimiento del vínculo de empleo, y que no se encuadre en la definición de las demás justas causas."

⁴⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Décima Região. Recurso Ordinário nº 0504/2002. Proc. 13.00061312200. 131ª Vara do Trabalho de Brasília/DF. Relatora: Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Reclamante: Elielson Lourenço do Nascimento. Reclamado: HSBC Seguros Brasil S/A. *Diário Oficial do Estado*, Brasília, 19 jul. 2002.

es posible encuadrar en esta línea el caso de empleados que envían habitualmente *e-mails* impertinentes, como *spams*.

4.5.2 Negociación habitual

La negociación habitual que autoriza el despido del empleado por justa causa es aquella que corresponde al verdadero acto de competencia⁴⁶⁴, por lo que está expresamente prohibida por el empleador.

Tomamos como ejemplo una empresa que mantiene contacto diario con los clientes mediante comunicación por correo electrónico. Yendo mucho más allá, pensemos que la empresa realiza servicios mediante computación gráfica. En esta situación, se propone la siguiente hipótesis: el empleado, utilizando los medios de producción de propiedad de la empresa (incluido el correo electrónico), concierne la realización de un servicio particular, relacionado con la actividad-fin de la empresa y utilizando todas las herramientas puestas a disposición por el empleador. En este contexto hay una clara competencia desleal mediante la desviación del cliente y un perjuicio económico evidente para el empleador.

A) Desidia

Desidia significa descuido, pereza, indolencia, negligencia, omisión, incuria, desatención, indiferencia, desinterés, relajamiento, falta de exactitud en el cumplimiento del deber, mala fe. Como síntesis de todos estos significados, Maranhão⁴⁶⁵ afirma que: “de las obligaciones específicas que dieron lugar al contrato de trabajo del empleado es la de

⁴⁶⁴ MARANHÃO, Délio. *Op. cit.*, 2002, p.570. “Como está na lei, a atividade do empregado, por conta própria ou alheia, estranha ao contrato de trabalho, não constitui, em si mesma, falta alguma. O direito que tem o empregado - em tese - de prestar serviços a mais de um empregador é ponto pacífico. De tal maneira que sólo la falta se caracteriza cuando esta actividad se traduce en competencia desleal para el empleador o perjudica el servicio del empleado.”

⁴⁶⁵ MARANHÃO, Délio. *Op. cit.*, 2002, p.572.

dar, en el cumplimiento de su prestación, el rendimiento cuantitativo y cualitativo que el empleador normalmente puede esperar de una ejecución en buena fe. La negligencia es la violación de esas obligaciones”.

La configuración de la desidia, por medio del uso indebido de las herramientas electrónicas, tal vez sea el ejemplo más fácil de ser asimilado. Basta considerar el tiempo excesivo desperdiciado por el empleado en la elaboración y lectura de correspondencia electrónica particular, de manera que, a pesar de estar físicamente presente en el lugar de trabajo, su producción es sorprendentemente baja, conllevando un sensible perjuicio para la producción.

También sirve como ejemplo la práctica reiterada de circulación de e-mails particulares, así como publicidad para colegas de trabajo, que puede provocar una reducción en masa de la producción.

En esta situación, hay que tener mucho cuidado para que no haya interpretaciones equivocadas de la situación. Conviene recordar que a veces, el hecho de encontrar asuntos de interés en Internet, por ejemplo, cuando sean necesarias largas y necesarias búsquedas, no puede ser confundido con la desidia.

B) Violación del secreto

La justa causa que implica la violación del secreto tiene origen en el acto del empleado que revela, en beneficio propio o de terceros, un secreto perteneciente al empleador. Es una infracción al deber de fidelidad del empleado y, acto seguido, al deber de buena fe que rige cualquier contrato⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ En este sentido, Délio Maranhão señala que: “La obligación de fidelidad impone, como consecuencia lógica, la confidencialidad de los empleados en materia de secretos de la empresa. Ya dice el viejo refrán que “el alma del negocio” es el secreto”. CAMINO,

La violación de secreto podría producirse cuando un simple e-mail que contiene informaciones o archivos confidenciales o privilegiados, es enviado desde dentro de la empresa a un competidor o a un empresario tercero por un empleado de la misma.

C) Acto de indisciplina e insubordinación

Aquí se identifican dos figuras diferentes: la indisciplina y la insubordinación. La diferencia entre las dos es que, la primera trata de la inobservancia de las órdenes genéricas y que todos los empleados indistintamente deben observar; en cambio, la segunda se aplica a órdenes directas y específicas.

La figura de la indisciplina se deriva, naturalmente, de una violación del Código de Conducta previamente instituido por la empresa para disciplinar lo que es permitido y prohibido en relación a las herramientas electrónicas. Esta hipótesis correspondería disfrazadamente, a una condición para el empleador de crear nuevas figuras de justa causa.

Usada sabiamente, y siempre a la luz de los principios de razonabilidad y de buena fe, el empleador podrá minimizar los riesgos de una eventual responsabilidad civil y penal, siempre que tenga un Código de Conducta bien elaborado. La figura de la insubordinación podría presentarse incluso en el caso de que no existiera regulación con respecto al uso de las herramientas electrónicas cuando el empleado desobedece una orden directa relativa a que no utilice el e-mail para fines particulares o incluso visite páginas en Internet que divulguen pedofilia, lo que sería naturalmente prohibido.

D) Acto lesivo al honor y a la buena fama.

Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 21.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.280. La autora apunta que la violación del secreto "trae una natural carga de improbidad, pero merece una tipicidad específica, ciertamente porque repercute directamente en la relación de trabajo".

El acto lesivo al honor o a la buena fama, sea de otro empleado o del propio empleado o, también de terceros (líneas “j” y “k” del artículo 482 de la CLT), puede fácilmente ser ejecutado por medio del correo electrónico. En este caso, el acto que determina la justa causa estaría representado por una correspondencia, materializando la opinión del empleado en relación al superior o a su igual.

Como ejemplo, podemos citar el caso de la Gessy Lever, en que un empleado envió el e-mail de contenido, supuestamente racista. De la misma manera, se puede mostrar el caso de un empleado que, sirviéndose de la dirección electrónica general de la empresa, respondió al e-mail con ofensas personales y directas a clientes o proveedores.

E) Prácticas constantes de juegos de azar

Es una falta contractual practicada, ordinariamente, fuera del lugar de servicio, en opinión de Maranhão⁴⁶⁷. En los casos de práctica habitual de juegos de azar⁴⁶⁸ que implica el uso de las herramientas electrónicas, es posible la identificación de la falta incluso dentro de la propia empresa. Abundan los envíos de *e-mails* promoviendo incontables *sites* en Internet que patrocinan juegos de azar que podrían ser utilizados por el empleado. En el momento en que el empleado cede a la tentación y juega, posibilita

⁴⁶⁷ MARANHÃO, Délio. *Op. cit.*, 2002, p.580. Abordando la hipótesis de la práctica habitual de juego de azar, explica el autor, amparado en la opinión de Russomano, que: “Es precisamente esta falta la que rompe la obligación general de conducta del empleado, que se refleja en el contrato. Russomano hace hincapié en que es una falta practicada fuera del servicio. “El empleado que juega en el lugar de trabajo, en horas de servicio, deben ser prontamente despedido, pero no por la falta de la línea “i”, y sí por un mal procedimiento y por indisciplina”.

⁴⁶⁸ CAMINO, Carmen. *Op. cit.*, 1999, p.278-279. Explica la autora que: “El concepto genérico de “juego de azar” está amparado en la Ley de las Contravenciones Penales (Decreto-ley 3.688, de 1941), en su artículo 50, 3º, letra ‘a’: “se considera juegos de azar: a) el juego en el que la ganancia o la pérdida dependen únicamente o principalmente de la suerte [...]. Las especies consagradas en las letras “b” y “c” se refieren a los juegos específicos: b) las apuestas en las carreras de caballos fuera de hipódromos o de lugares donde son autorizados; c) las apuestas sobre cualquier otra competición deportiva”.

el soporte fáctico suficiente para la aplicación de la línea 'i' del artículo 482 Celetista.

F) Otras hipótesis

A priori, no se vislumbra la forma en la que el empleado, por medio de las herramientas electrónicas, pueda incurrir en las hipótesis previstas en las líneas 'd', 'f' e 'i' del artículo 482 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo que, respectivamente, contemplan los casos de condena penal, embriaguez y abandono del empleo, dadas las particularidades fácticas necesarias para que se aplique la norma. Sin embargo, eso no es sinónimo de que resulte imposible dicho encuadramiento, especialmente porque los casos concretos vividos en la práctica diaria por los distintos operadores de Derecho pueden trascender a la imaginación, alcanzando, a veces situaciones inesperadas.

G) Daño moral

No se puede olvidar que para toda acción existe una reacción correspondiente. En este contexto, llama la atención la creciente práctica de los empleados que presentan reclamaciones laborales demandando la condena de los empleadores al pago de indemnización por daño moral. Más común también es la demanda por daño moral que acompaña a las causas que hacen relación a una diversificación de despidos por justa causa, tema que hemos abordado anteriormente.

No vamos a discutir en esta sede la banalización del instituto ya que en la actualidad, todo afecta a la moral de las personas, provocándoles daños. Y eso no sucede sólo en el Derecho del Trabajo sino en diversas ramas del Derecho. La intención es sólo alertar al lector que opta por la fiscalización de las herramientas electrónicas de trabajo, con respecto a los riesgos que implican. En el caso en examen, como ya hemos visto, hay una tenue línea que separa el derecho del empleador de fiscalizar el uso de las herramientas electrónicas del empleado, que va del

derecho a la intimidad y privacidad, el secreto de la correspondencia (incisos X y XII del artículo 5º de la Constitución Federal) a favor del empleado, hasta el derecho de propiedad (inciso XXII del mismo artículo) a favor del empleador. Y todo ello para limitar el debate constitucional vinculado a la materia.

Sin ánimo de ser exhaustivos obre el tema, no se trata de que cualquier especie de justa causa, al ser revertida judicialmente, representaría automáticamente el acoso moral del empleado. Suelen producirse en casos más restringidos a hipótesis que desprejarían a la persona del empleado.

Se cita como ejemplo el acto de improbidad (línea 'a' del artículo 482 de la CLT) y la embriaguez (línea 'f' del mismo artículo). La situación que se diseña no se limita sólo al daño moral derivado de la reversión de la justa causa. Hay que considerar el daño moral que se produciría en el caso de que se comprobara la violación de la intimidad y de la vida privada del empleado, o incluso el secreto de su correspondencia. Resulta difícil formular consideraciones sobre el tema, puesto que no hay norma legal que discipline objetiva y detalladamente ninguno de ellos. Por analogía y porque es la situación mas próxima que cabe imaginar, podemos encontrar ayuda en Pamplona Filho⁴⁶⁹ al examinar la manifestación del daño moral en los casos de registro personal del empleado.

⁴⁶⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 31.ed. São Paulo: LTr, 2002, p.104. "Dado que no existe, aún, una regulación específica en el derecho positivo brasileño sobre el derecho de registro del empleador, entendemos que tal derecho deba ser ejercido de forma razonable, con preocupación constante en no violar la esfera patrimonial de intereses de los empleados".

A partir de este autor⁴⁷⁰ cabe añadir propuestas de directrices para pautar los procedimientos del empleador en orden a reducir las posibilidades de agitar aspectos morales de los empleados, que son de integral aplicación al caso. Inicialmente, al menos, las mismas directrices pueden ser adoptadas para orientar la conducta de empleados y empleadores, así como de los operadores de Derecho en los casos prácticos.

La intención del presente ítem es valorar la adopción de una sistemática clara de control y monitoreo de las herramientas electrónicas, evitando malos entendidos entre empleados y empleadores y obteniendo un entorno de trabajo más afín y productivo para todos.

Por lo tanto, vamos a ocuparnos seguidamente de describir el daño moral conceptuándolo y presentando sus peculiaridades.

⁴⁷⁰ Ibidem. Siempre que se sustituye la palabra 'registro' por 'monitoreo de las herramientas electrónicas', se adoptan las sugerencias del autor como precaución para evitar un acoso moral: "Primero, que todos los trabajadores deban tener conocimiento de la práctica del uso del registro por parte del empleador. Segundo, que el registro sea impersonal, es decir, dirigido a todos los empleados, evitando la parcialidad y la persecuciones por parte de los agentes de la empresa. Tercero, que en la empresa exista una comisión paritaria de representantes de empleados y empleadores para organizar el registro de los empleados. Cuarta, que el empleado tenga conocimiento de que será vigilado durante la prestación de los servicios mediante aparatos audiovisuales y mecánicos. Quinto, que haya una regulación de normas colectivas, ordenando la fiscalización de los empleados".

CAPÍTULO V

DAÑO MORAL

5. DAÑO MORAL

5.1 LA ETIMOLOGÍA DE LAS PALABRAS DAÑO Y MORAL

Conviene partir de la etimología del término daño moral para después tratar las peculiaridades que el tema suscita.

La palabra daño proviene del término latino *damnum*. En un sentido vulgar, daño significa mal que se hace a alguien; perjuicio; destrucción; inutilización o deterioración de algo ajeno. Este perjuicio puede ser tanto material como moral. Se define daño como cualquier acto o hecho humano productor de lesiones a intereses ajenos jurídicamente protegidos. Siempre que, debido a un acto o hecho, se sufra una disminución o sustracción de cualquier bien de carácter jurídico, se estará ante el daño.

La concepción normalmente aceptada con respecto al daño es aquella que implica una disminución del patrimonio de alguien debido a la acción lesiva de terceros. El patrimonio abarca la moral y la personalidad. En el mismo sentido, Enneccerus⁴⁷¹ apunta: "Daño es toda desventaja que sufrimos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etc.)".

Previamente a los significados apuntados, afirmaba Paula Salazar⁴⁷² afirmaba que:

Daño, en el sentido más amplio, es toda y cualquier sustracción y disminución impuesta al conjunto de nuestros bienes, de las utilidades que forman o

⁴⁷¹ ENNECCERUS, Ludwig *apud* REIS, Clayton. *Dano moral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.2.

⁴⁷² PAULA SALAZAR, Alcino de. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p.125.

proporcionan nuestro bienestar, todo lo que, en pocas palabras, nos suprime una utilidad, un motivo de placer o nos impone un sufrimiento es daño, tomando la palabra en su significado genérico. En el ámbito del derecho, sin embargo, el daño tiene un significado más reducido: es la ofensa o lesión de los bienes o intereses susceptibles de protección jurídica.

Moral deriva del latín *morale*, relativo a las costumbres. Es el conjunto de reglas de conducta consideradas válidas, ya sea de modo absoluto para cualquier tiempo o lugar, ya sea para un grupo o una persona. El conjunto de facultades morales; brío, vergüenza. Lo que hay de moralidad en cualquier cosa. Lo que tiene buenas costumbres⁴⁷³.

Moral, según el vocabulario jurídico, en la forma sustantiva, designa la parte de la filosofía que estudia las costumbres para señalar lo que es honesto y virtuoso según los dictámenes de la conciencia y los principios de humanidad. Es más amplia que la del Derecho puesto que muchas “reglas” de moral, impuestas a los hombres como deberes, no se abordan en el Derecho. Estas reglas o normas orientan a los hombres para que puedan convivir mejor. La moral es un principio de libertad. Algunos autores sustentan que la moral está impregnada de amplia dinamicidad; evoluciona conforme a los cambios en las costumbres. También apuntan que los principios morales varían, de acuerdo a los grupos en que se aplican, en cuanto al sexo, edad, religión, etnia etc.

En relación a Brasil, hubo una indudable resistencia por parte de algunos autores y de la jurisprudencia con relación a la compensación de daños morales mediante indemnización. En el Supremo Tribunal Federal, los Ministros Pedro Lessa y Orozimbo Nonato fueron, en su momento, voces que se oponían a la tesis de la compensación. Sin embargo, esta orientación cambió siguiendo el rumbo de la historia y del mejor derecho, adecuándose a la praxis. Actualmente, tal tipo de discusión resultaría

⁴⁷³ BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. 2. versión, informatizada.

inocua ya que incluso hay preceptos constitucionales que regulan la temática (incisos V y X del artículo 5º de la Carta Magna)⁴⁷⁴.

5.2 CONCEPTUALIZACIÓN Y ESTUDIOS HISTÓRICOS

A través de una retrospectiva histórica observamos que el concepto del daño, es decir, el bien en particular, debe estar subordinado al bien común para que haya una convivencia armónica de los diversos derechos de cada individuo que compone la sociedad, y el respeto a ese principio es uno de los presupuestos fundamentales de este orden social⁴⁷⁵.

El instituto del daño moral ya era conocido y aplicado, según los historiadores, algunos siglos antes de Cristo, en Babilonia, en el territorio de la Mesopotamia. En aquella época, el daño moral y su reparación se regían por un cuerpo codificado de leyes, denominado Código de Hammurabi (1792 – 1750 A.c.). Tenía como principio la protección de los más débiles y oprimidos. Este Código, gravado en un monolito de basalto negro, está conservado en el Museo del Louvre. Lo integra un sistema de leyes sumerias y acadianas que fueron adaptadas y ampliadas por Hammurabi. Constaba de 282 artículos, del período de 1728 a 1686 A.c., y en el mismo ya existían vestigios de regulación de la responsabilidad civil. Además, los capítulos IX y X establecían penas a quien injuriase y difamase la familia. Establece un orden social basado en los derechos del individuo y aplicado por la autoridad de las divinidades babilónicas y del

⁴⁷⁴ “TÍTULO II. De los derechos fundamentales y garantías. Capítulo I. De los derechos y deberes individuales y colectivos. [...] Arte. 5º. Todos son iguales ante la ley, sin distinción alguna, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País el derecho inviolable a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los siguientes términos [...] V – se garantiza el derecho de respuesta, proporcional a la ofensa, así como la indemnización por daños materiales, morales o imagen; [...] X - son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, garantizando el derecho a una indemnización por el daño material o moral derivado de la violación;”

⁴⁷⁵ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.30.

Estado. El texto del Código pone de manifiesto la preocupación de Hammurabi por dar al lesionado una reparación equivalente. Esta noción pecuniaria de reparación del daño, para los súbditos del rey Hammurabi, era posible en virtud de las normas contempladas en el Código. Los párrafos del Código aportan una rica información e interpretaciones de lo que fue un sistema de leyes, fruto de los hábitos y costumbres de una civilización pujante y atrayente. Así, el célebre axioma primitivo “ojo por ojo y diente por diente” constituía una forma de reparación del daño, insertado en los párrafos 196, 197 y 200 del Código. Expresaba la Ley del Talión, la justicia hecha por las propias manos, que originó la autotutela de los días actuales⁴⁷⁶. Agra Belmonte⁴⁷⁷ destaca que la Ley del Talión, aunque de manera primitiva, intentaba regular la reparación del daño, determinando al causador una punición de igual valía.

La noción de reparación del daño se encuentra claramente definida en el Código de Hammurabi. Las ofensas personales eran reparadas en el seno de la misma clase social, a causa de ofensas idénticas. Sin embargo, el Código incluía también la reparación del daño a costa del pago de un valor pecuniario⁴⁷⁸.

En aquella época ya existía una preocupación social de forma que el Derecho, mediante la codificación establecida por el Rey de la Babilonia, atribuía a los ofensores una especie de multa o compensación pecuniaria, cuyo objetivo fundamental consistía en evitar los abusos de violencia y reprimir el sentimiento de venganza⁴⁷⁹. Cabe observar que el bien tutelado estuvo presente en todas las civilizaciones, puesto que de

⁴⁷⁶ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1999.

⁴⁷⁷ AGRA BELMONTE, Alexandre. *Danos morais no Direito do Trabalho: identificação, tutela e reparação dos danos trabalhistas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.13.

⁴⁷⁸ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999.

⁴⁷⁹ MELO DA SILVA, Wilson de. *O dano moral e sua reparação*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.15.

una forma u otra, las reglas eran establecidas para que el ultrajado fuese resarcido⁴⁸⁰.

Manu, en la mitología hindú, fue el hombre que sistematizó las leyes sociales y religiosas del hinduismo. Esas leyes antiguas son llamadas Código de Manu. Hasta hoy están presentes en la vida social y religiosa de la India, donde el hinduismo es la principal religión. Guardando una cierta semejanza con el Código de Hammurabi, el Código de Manu también contemplaba una especie de reparación de daño cuando se produjeran lesiones. Lo mismo se verifica en relación al Código de Ur-Nammu. Los legisladores permitían a las víctimas de daños una oportunidad para resarcirse a costa de una suma en dinero. La diferencia entre el Código de Hammurabi y el de Manu era que, en el primero, la víctima se resarcía a costa de otra lesión que llevada a cabo el inicialmente lesionado; en el de Manu, lo era a expensas de un cierto valor pecuniario, arbitrado por el legislador. Por lo tanto, se puede observar la evolución entre los dos sistemas que consiste en la reparación de una ofensa por otra en el primero y, en la reparación de un acto lesivo por el pago de una suma en el segundo⁴⁸¹.

Hay que hacer también referencia al texto legal más antiguo de que se tiene conocimiento, la Tabla de Nippur⁴⁸², datada en 2.050 A.c., también conocida como la Ley de Ur-Nammu, rey de Ur, redactada en sumerio. En la parte legible de la Tablilla se destacan tres fragmentos, incompletos, pero que tiene sentido: “Si un hombre corta el pie de otro con un instrumento... suyo... será condenado a pagar 18 siclos de plata”. “Si un hombre a un hombre con una arma el hueso de... quebra pagará 1 mina de plata”. Finalmente: “Se un hombre a un hombre con un instrumento ‘geshpu’ ha cortado la nariz (?) pagará 2/3 de un mina de

⁴⁸⁰ ALVES ANDRADE, Ronaldo. *Dano moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 110.

⁴⁸¹ SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, 1999.

⁴⁸² CASILLO, João. *Op. cit.*, 1994, p.13 e 16.

plata”. Estos fragmentos – que pueden pertenecer al más antiguo cuerpo de leyes de que tenemos noticia – presentan la característica de mostrar la antigua preocupación por la indemnización de los daños a la persona, incluso con una fijación ‘a forfait’.

Sin embargo, era imposible que la conciencia humana se acomodara a ese tipo de principio que en muchos causaba repugnancia. Además, el hombre económico descubrió que no ganaba nada con esa práctica.

La Ley de las XII Tablas atestigua esta transición puesto que, a medida en que el Estado comenzó a intervenir de manera más significativa en la vida del ciudadano, comenzó también, a castigar, teniendo en cuenta no sólo el carácter de ofensa para el individuo sino también la perturbación de la comunidad. Surgió entonces la distinción entre los delitos públicos, actos ilícitos considerados lesivos al interés de la sociedad cuyas penas corpóreas o pecuniarias no beneficiaban a sus víctimas y, los delitos privados que acarreaban el pago de una cierta cantidad de dinero como resultado de la lesión. Así, “ellos eran reprimidos por la autoridad, considerados como sujetos pasivos; posteriormente, se intervenía sólo para constituir la composición, evitando los conflictos. Sin embargo, no se podía hablar todavía de responsabilidad civil y responsabilidad penal, dado que estas estaban íntimamente ligadas”⁴⁸³.

Egipto se configuró como la región más desarrollada culturalmente en África. Estaba regido por un sistema de dinastías cuya figura central era el Faraón, que tenía el poder absoluto. El sistema social era extremadamente rígido, organizado, y los delitos eran punidos de manera

⁴⁸³ CASILLO, João. *Op. cit.*, 1994, p.16.

ejemplar. Los egipcios castigaban severamente los delitos de cualquier naturaleza, incluso los de naturaleza moral⁴⁸⁴.

En el Derecho Romano, se constata, inicialmente, que esta civilización es la consagración del Talión: “celui qui frappé cherche a se venger, a la rendre lé mal pour lé mal”, y el hábito culmina en la regla jurídica “*Si nembrum rupsit, ni cum eo pacit*” (si alguien hiere a otro, que sufra la pena del Talión, salvo si existían acuerdos)⁴⁸⁵. En la Roma antigua, veneraban el honor, y en la historia de la ciudad hay ejemplos de hombres públicos que enaltecían su importancia. Marco Túlio Cícero, en su famoso discurso contra la Catilina, afirmó que el “honor es el principio de los grandes hombres”⁴⁸⁶. Florindo⁴⁸⁷ afirma que “los romanos tenían una profunda preocupación por el honor, diciendo la honesta fama ‘*est alterum patrimonium*’ (es otro patrimonio)”.

Como bien apunta Belmonte⁴⁸⁸, “en los primordios del antiguo Derecho Romano predominó la venganza privada, siguiendo posteriormente a esa fase la de la composición voluntaria, la de las composiciones legales y la de la reparación por el Estado”. Los romanos poseían una exacta noción de reparación pecuniaria del daño. Todo acto considerado lesivo al patrimonio o al honor de alguien implicaba la correspondiente reparación. Había una exacta noción de los delitos privados y públicos: los de naturaleza pública eran considerados más graves, ya que ofendían al Estado, sobre el cual se asentaba toda la estructura político-económico-social del sistema vigente de la época; de ahí el porqué de los delitos contra el Estado eran graves y redundaban en represiones extremas⁴⁸⁹. Melo da Silva⁴⁹⁰ apunta que los ciudadanos

⁴⁸⁴ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *O dano moral na dispensa do empregado*. São Paulo: LTr, 1998, p.55.

⁴⁸⁵ CASILLO, João. *Op. cit.*, 1994, p.19.

⁴⁸⁶ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.56.

⁴⁸⁷ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 1999, p.12.

⁴⁸⁸ AGRA BELMONTE, Alexandre. *Op. cit.*, 2001, p.259.

⁴⁸⁹ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.56.

romanos, “para valorar una injuria, en sentido estricto, llevada a cabo contra ellos, sometían a la víctima a la acción pretoriana a la que se denominada *injuriaum aestimatoria* y por la cual podían reclamar una reparación siempre consistente en una suma de dinero, que el juez decidiría prudentemente”.

A su vez, informa Floriano⁴⁹¹ que la *actio injuriarum*, común a todos estos tipos legales, objetivada en una pena que el juez debía fijar mediante reflexión de lo que pareciera justo, considerando las circunstancias del caso concreto –*quantum ah eam, iudiciaequm vidibitus*-. La acción era activa y pasivamente intransferible a los herederos y prescriptible en un año.

El resarcimiento por daño estaba previsto en la ley de las XII Tablas (451 y 449 A.c.), *Institutas, Codex Justinianus y Digestus o Padectas*. En Roma, inicialmente, las obligaciones personales se garantizaban por la propia persona y no por su patrimonio. En el caso de que no cumpliera sus obligaciones, el acreedor podía vender al deudor como esclavo, encadenarlo o matarlo. Además, en el caso de que existiera más de un acreedor, el deudor era descuartizado y las partes de su cuerpo eran divididas entre los acreedores. Así no existía la reparación pecuniaria del daño, sino sólo la venganza por el propio deudor. Posteriormente, como apunta Vieira de Oliveira⁴⁹², el Derecho Pretoriano trajo la fórmula denominada *actio injuriarum aestimatoria*, donde el juez, en los casos de lesión personal, podría decidir dentro de los límites de la equidad. Así, apunta que en los últimos tiempos de la legislación había la posibilidad de que la víctima pudiera ser reparada por las restricciones causadas a su bienestar, así como las humillaciones impuestas. Avanzando en el tiempo, cabe citar el Código de Derecho Canónico de 1918, que contenía algunos pasajes que tutelaban el honor e imponían

⁴⁹⁰ MELO DA SILVA, Wilson de. *Op. cit.*, 1999, p.15-16.

⁴⁹¹ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1999, p.12.

⁴⁹² VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p.43.

una reparación civil o espiritual. Como ejemplo de esta protección puede destacarse el artículo 2.355⁴⁹³. Podemos concluir que en el Derecho Romano clásico primaba la tesis de la reparación de los daños morales a cambio de una suma pecuniaria, libremente decidida por el juez considerando las peculiaridades del caso concreto. Nótese que el Derecho moderno sigue, en líneas generales, los mismos principios ya aplicados en la Antigüedad por los romanos. Esta exposición lleva a la conclusión de que la moral vivida en sociedad está sometida a un constante cambio puesto que siempre fue un elemento esencial del desarrollo histórico en el proceso de la civilización.

Hechas estas premisas, iniciamos la descripción actual de las concepciones del daño descritas.

La persona puede ser lesionada tanto en su patrimonio como en sus sentimientos afectivos, su dignidad, libertad y otros. Por eso, el Derecho trata de proteger estos atributos del ser humano, aplicando sanciones a los que atentan contra ellos. El Derecho se inclina cada vez más por la protección de los derechos de personalidad y, por consiguiente, por la valorización del hombre en detrimento del patrimonio. En lo que se refiere específicamente al Derecho del Trabajo, la reparación de los daños morales tiene como principal objetivo proteger el trabajo.

La sociedad, con el paso de los años ha evolucionando y, las personas, preocupadas por el éxito individual, tiene un perfil cada vez más capitalista y superan la barrera de la propia dignidad e incluso el respeto hacia el prójimo para alcanzar así sus objetivos. Las relaciones cotidianas con otras personas están cada vez más sujetas a

⁴⁹³ *Código de Derecho Canónico de 1918*. "Art. 2.355. Si alguien, no con actos sino a través de las palabras o por escrito, o de cualquier otra forma, injuria a un tercero, o le perjudica en su buena fama y reputación, no sólo se obliga, a tenor de los cánones 1.618 y 1.938, a dar la debida satisfacción y a reparar los daños sino que también se convierte en susceptible de ser receptor de penas y penitencias proporcionadas, incluso si se trata de clérigo, a quien, si es el caso, se debe imponer la suspensión o la privación de oficio o beneficio.

acontecimientos que provocan alteraciones en la integridad moral y a las costumbres; actitudes que muchas veces pueden parecer simples para algunos, acaban hiriendo de forma contundente a la dignidad de otros. La integridad construye el carácter del ser humano y define cuál es la postura que la persona mantendrá en la sociedad. Así, se pueden definir las agresiones a la moral, al honor y a la dignidad –frecuentes en la vida cotidiana de las personas – como acciones que causan un daño moral.

Daño moral, en el sentido literal de la palabra, significa un sentimiento de dolor, sufrimiento moral, como pena o aflicción. Sin embargo, en la cuestión de la definición de daño moral, sería injusto atenerse sólo a un autor en cuanto varios otros expresan sus conceptos a partir de diferentes concepciones, contribuyendo a una mejor comprensión de la materia.

Según Diniz⁴⁹⁴, “daño moral viene a ser la lesión de intereses no patrimoniales de una persona física o jurídica, provocada por un hecho lesivo”. Para Veiga Júnior⁴⁹⁵, “daño moral es el que repercute en lo íntimo de una persona porque, provocado por acción u omisión de otros, causa en alguien un dolor o cualquier sentimiento susceptible de generar efectos sobre el estado psicológico”. Melo da Silva⁴⁹⁶ lo define así: “Son lesiones sufridas por el sujeto físico, o persona natural de derecho en su patrimonio ideal, entendiéndose por patrimonio ideal, en contraposición a patrimonio material, el conjunto de todo lo que no sea susceptible de valor económico”.

Minozzi⁴⁹⁷ afirma:

⁴⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.81.

⁴⁹⁵ VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da. *A competência da Justiça do Trabalho e os danos morais*. São Paulo: LTr, 2000, p.67.

⁴⁹⁶ MELO DA SILVA, Wilson de. *Op. cit.*, 1999, p.489.

⁴⁹⁷ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale: danno morale*. 2.ed. Milano: Societa Editrice Libreria, 1909, p.208.

Daño moral consiste en la penosa sensación de ofensa, en la humillación ante terceros, el dolor sufrido, en fin, en los efectos puramente psíquicos y sensoriales experimentados por la víctima del daño, como consecuencia de eso, ya sea provocada por el recuerdo del defecto o de la lesión, cuando no haya dejado residuo concreto, ya sea por la actitud de repugnancia o por la reacción al ridículo adoptada por las personas que lo afrontan.

Azevedo cita a Garcia Lopez⁴⁹⁸, de la Universidad de Navarra, y sostiene que daño moral “es el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o la pérdida de algunos de los bienes correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho al que se resarcen por vía satisfactoria, bajo el criterio equitativo del juez”.

Intentando expresar con fidelidad lo que es efectivamente el lesionado por el daño, es decir, los derechos de la persona humana, Vieira de Oliveira⁴⁹⁹ optó por utilizar la denominación ‘daño personal en lugar de ‘daño moral’. Entiende que esta nomenclatura abarca el término persona en toda su dimensión –integridad psicofísica, intelectual, afectiva, moral y social-. El citado autor considera el daño como “lesión (efecto) de un acto humano ilícito, comisivo u omisivo, derivado del dolo o de la culpa que hiere el interés ajeno jurídicamente protegido”. Más específicamente, Carrion⁵⁰⁰ considera así el daño moral en el Derecho del Trabajo: “Daño moral es lo que comprende los derechos de personalidad, sin valor económico, tal como el dolor mental, psíquico o físico. Independiente de las indemnizaciones previstas por las leyes laborales y se caracteriza por los abusos cometidos por los sujetos en la relación laboral”. Más adelante enfatiza que éste no se caracteriza por el simple ejercicio de un derecho, como el registro personal del empleado, sino sólo si hay un abuso insensato.

⁴⁹⁸ GARCÍA LOPEZ, Rafael *apud* CHAVES DE AZEVEDO, Jackson. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p.208.

⁴⁹⁹ VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, 2002, p.39 e 28.

⁵⁰⁰ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.355.

Süssekind, Maranhão, Vianna y Lima Teixeira Filho⁵⁰¹ apuntan que “daño moral es el sufrimiento humano causado por un acto ilícito por parte de un tercero que molesta los bienes inmateriales o perjudica los valores íntimos de la persona, que constituyen el pilar sobre el que está moldeada su personalidad y su postura en las relaciones en la sociedad”. Bajo el mismo enfoque, Florindo⁵⁰² define así el daño moral: “El derivado de una lesión al honor, al dolor-sentimiento o físico, el que afecta a la paz interior del ser humano, en fin, una ofensa que cause un mal, con fuertes conmociones en la personalidad del individuo”.

Alvim⁵⁰³ apunta que daño, “en términos generales, tiene que ser la lesión de un derecho jurídico, incluido aquí el daño moral. En un sentido estricto, el daño es la lesión del patrimonio, entendido como el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, apreciables en dinero”.

Según Oliveira⁵⁰⁴, el daño es el elemento fundamental para la configuración de la responsabilidad civil puesto que no existe responsabilidad sin la presencia de un daño efectivo, y el daño que interesa al estudio de la responsabilidad civil es el que constituye el requisito de la obligación de indemnizar.

El verdadero concepto de daño moral está contenido en la conciencia y sentimiento interior de cada una de las personas en relación a sí mismas o ante la sociedad, razón por la cual, en esta Tesis Doctoral, se adopta el concepto formulado por Domingues⁵⁰⁵ al ser el más adecuado para los fines de la materia objeto de estudio:

⁵⁰¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA FILHO, João de. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20.ed. São Paulo: LTr, 2002. V.1, p.632.

⁵⁰² FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1999, p.41.

⁵⁰³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequências*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p.934.

⁵⁰⁴ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. “Do dano moral”. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.62, n.1, p.32, jan. 1998.

⁵⁰⁵ DOMINGUES, Marco Abílio. *Introdução ao Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p.154.

Daño moral es una lesión al interés extrapatrimonial contenido en el derecho de la personalidad o en los atributos de la persona humana, estando incluidos en estos derechos o atributos, la intimidad, el nombre, la libertad, el honor, el pensamiento, la integridad física, la imagen, la privacidad, la buena fama, la honestidad, la dignidad, la tranquilidad.

Por lo tanto, cuando el autor presenta su definición de daño, la misma se debe comprender como la lesión de un derecho, la consecuencia de un acto ilícito, ya sea patrimonial o extrapatrimonial (moral), en el cual la búsqueda de la reparación está debidamente amparada por la Ley nº 3.071, de 1º de enero de 1916, del Código Civil brasileño, que establece los tipos de lesiones sufridas susceptibles de indemnización, obligando al causador o al responsable por el daño a reparar la lesión causada a otra persona.

Sin embargo, para una mejor comprensión del significado jurídico del daño moral, Cahali⁵⁰⁶, trata la caracterización del daño moral como:

[...] privación o disminución de los bienes que tienen un valor principal en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad individual, la integridad física, el honor y los demás intangibles afectos, clasificándose, por tanto, en daño que afecta una 'parte social del patrimonio moral' (honor, reputación etc.) y daño que afecta a la parte afectiva del patrimonio moral (dolor, tristeza, nostalgia etc.); daño moral que provoca directa o indirectamente un daño patrimonial (cicatriz deformante) y daño moral puro (dolor, tristeza etc.).

El daño moral puede presentar dos características en la forma de lesión a la víctima: daño moral y daño moral indirecto, puesto que se refiere al sujeto legitimado procesalmente a demandar una indemnización. Sin embargo, para comprender mejor estos dos tipos de lesiones, destacamos lo apuntado por Oliveira Pinto Vargas⁵⁰⁷:

⁵⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 30.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998-2000, p.20.

⁵⁰⁷ OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci de. *Reparação do dano moral*. 3.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p.18.

Daño moral directo consiste en la lesión a un interés que tiene por objeto la satisfacción o el disfrute de un bien jurídico extrapatrimonial que comprende los derechos de personalidad (la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el decoro, la intimidad, los sentimientos afectivos, la imagen en sí misma) o los atributos de la persona (nombre, estado de familia).

Sin embargo, de acuerdo con esta concepción, se puede entender que el daño moral directo deriva de una lesión que invada, de forma contundente y objetiva, la integridad moral, el honor de la persona lesionada, causando en ella un sufrimiento o daño psicológico que se refleje de manera negativa en su vida cotidiana o en su autoestima.

A pesar de reconocer la concepción del daño moral de manera directa, existen algunas condiciones para que ese daño sea reconocido puesto que, además de ser directo, también es correcto, afectando así a un interés legítimo personal. El daño moral es directo cuando el autor de la demanda es la propia víctima.

Oliveira Pinto Vargas⁵⁰⁸, en relación al daño moral indirecto, afirma que “será indirecto si la lesión a un interés tiende a la satisfacción o al disfrute de bienes jurídicos patrimoniales y produce con ello la pérdida de un bien no patrimonial”. Es decir, según esta interpretación, daño moral indirecto es toda lesión que afecta a la satisfacción de los bienes patrimoniales y, con ello, provoca un perjuicio en la esfera extrapatrimonial. Por lo tanto, con el propósito de aclarar y complementar su concepto, la autora explica que “es indirecto el daño que, consistiendo en una consecuencia de la pérdida inmediatamente sufrida por el lesionado, representa una repercusión o un efecto de la causa en los otros bienes que no son directamente afectados por el hecho”.

Para que no haya dudas con respecto a la cuestión, conviene presentar dos ejemplos bien prácticos que caractericen la existencia del

⁵⁰⁸ OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci de. *Op. cit.*, 1998, p.19-20.

daño moral directo e indirecto de forma clara y sucinta: 1º ejemplo: Un accidente de coche en el cual la persona lesionada materialmente por los daños que se han producido en el automóvil pierde la única oportunidad de empleo que había conquistado con mucho esfuerzo, puesto que el uso del coche era de fundamental importancia para el ejercicio de la función que iba a desarrollar⁵⁰⁹. 2º ejemplo: El caso del padre de familia que fallece como consecuencia de un accidente de tráfico. El padre sufrió el daño directo. Es la víctima. Sin embargo, por causa de la muerte, también la mujer y los hijos resultan perjudicados de forma indirecta y tienen legitimidad activa para la acción de reparación por daños morales⁵¹⁰.

En primer lugar está el daño directo, que es la destrucción de un bien material, el automóvil, y, por consiguiente, un daño indirecto, puesto que con la lesión causada, el disfrute de un bien material lleva a la pérdida de la única oportunidad de empleo que había conquistado, lo que haría imposible respetar en el futuro sus compromisos financieros. Así, en lo que concierne a la obligación de reparar, se incluyen, además de los daños directos, también los daños indirectos, que recaen sobre la persona que llevó a cabo el acto lesivo, de manera que, en el caso de que el juez fije alguna indemnización para reparar el acto, debe incluir, a efectos del cálculo, todos los daños causados indirectamente como consecuencia del acto lesivo⁵¹¹.

Sin embargo, sobre el efecto constitucional, Ribeiro Bastos⁵¹² interpreta el inciso X del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988 así: “La novedad aquí es la introducción del daño moral como un factor desencadenante de la reparación. De hecho, no existe por parte del Derecho Brasileño tradición de indemnizar materialmente el daño moral.

⁵⁰⁹ Ibidem, p.18.

⁵¹⁰ CHAVES DE AZEVEDO, Jackson. *Op. cit.*, 2001, p.20.

⁵¹¹ OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci de. *Op. cit.*, 1998, p.18.

⁵¹² RIBEIRO BASTOS, Celso *apud* FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1999, p.46.

Sin embargo, esta tradición, en este caso, cede ante la expresa disposición constitucional”.

En este sentido, sin embargo, es importante que se ponga de manifiesto la clasificación del daño moral.

Así, los daños personales se clasifican en objetivo y subjetivo, puro y reflejo, personal y moral, personal y patrimonial, transindividual, difuso e individual homogéneo.

Citando Silva y Aguiar Días, Benasse⁵¹³ utiliza la siguiente clasificación de los daños morales:

a) daño moral puro es el daño moral objetivo, el daños causado por la violación de los derechos de personalidad, considerados como presuntos; *ipso facto* es *damnum en re ipsa*, siempre que se ha demostrado el hecho y su autoría, sin necesidad de probar la violación del derecho tutelado, puesto que deriva de la propia infracción en sí misma para estos derechos;

b) daño moral psíquico es el daño moral subjetivo que afecta al alma de una persona, causándole dolor, malestar psicológico, provocando potencialmente enfermedades psicosomáticas derivadas de la frustración generada por la injusticia soportada;

c) daño moral físico es el daño moral objetivo, es el que resulta del dolor físico, del sufrimiento físico, generado por la injusticia real, por la lesión, por la privación de alimento, por la tortura física, por la privación de los movimientos;

d) daño a la imagen física, daño estético, es un daño moral objetivo a la apariencia física, debido a la deformidad, a una mácula física, a una pérdida parcial o total de la función física no necesaria para el ejercicio de la actividad profesional, ya sea aparente o sólo percibida por la víctima, es decir: incluso si no es evidente, pero que el sujeto que la sufre tiene conocimiento, visión o sentido. En este caso, podríamos añadir otros, de otras especies: el daño moral causado por el dolor físico que se produjo cuando se generó; y otro tipo de daño moral,

⁵¹³ SILVA, Américo; AGUIAR DIAS, José de *apud* BENASSE, Paulo Roberto. *A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.62-64.

psíquico, resultante de la mácula generada en el alma del individuo, este último subjetivo, como resultado generado por la deformidad física;

e) daño a la imagen social es el daño moral subjetivo causado al concepto social del individuo, ya sea por afectar a su respeto social, nombre, atributo social, reduciéndose la valoración social que le ha sido dada; ya sea por afectarle como persona de respeto, culta, buen pagador, puntual, oportuna, invaluable, de caridad; es decir, cualquier atributo de carácter que puede ser quitado o disminuido. Es adquirido por la persona durante toda su vida y le permite interactuar con el entorno social con el que se relaciona.

Además, el autor expone su opinión acerca del daño moral: “[...] no patrimonial o, como es de costumbre decir, extrapatrimonial, una de las cualidades de los derechos de personalidad”. Así, el daño moral es el “daño que no implica, ni de modo directo o indirecto, una alteración en el patrimonio, resumiéndose todo en una perturbación injustamente hecha en las condiciones de ánimo de una persona (dolor moral físico, dolor moral psíquico, pasión, disgusto, pérdida de concepto social, etc.), que debe de repararse a través de una indemnización pecuniaria, tanto de carácter compensatorio, como de carácter punitivo”.

Conviene aclarar que el concepto de imagen social está relacionado con lo que la sociedad percibe del individuo, ya sea en el ámbito profesional o familiar.

La responsabilidad, como apunta Vieira de Oliveira⁵¹⁴, consiste en la obligación de la persona física o jurídica de reparar por el daño causado a otro, por hecho propio o realizado por personas o cosas que dependan de ella. Este daño puede derivar de una acción u omisión con dolo o culpa o por una simple exposición al riesgo. La responsabilidad civil y la laboral poseen muchos puntos en común. Ambas están ubicadas en el ámbito del Derecho Privado y el causador del daño debe repararlo. De

⁵¹⁴ VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, 2002, p. 116.

la misma forma, poseen los mismos requisitos, como son: acción u omisión del agente, relación de causalidad y daño sufrido por la víctima.

El daño moral puede derivar del dolo o de la culpa. La culpa puede ser *in committendo*, proveniente de la acción de un individuo; *in ommittendo*, derivada de la omisión contraria a la ley; *in vigilando*, donde el responsable será el representante legal del incapaz que provoca el daño y, por último, la culpa *in eligendo* donde, en el caso de que la conducta provenga del empleado o mandatario, el responsable será el mandante o el empleador.

No se puede negar, por lo tanto, que el daño moral guarda una íntima relación con la forma en cómo el ser humano está constituido; es decir, cuerpo y espíritu, de modo que el perjuicio exigido en juicio puede estar vinculado a la angustia, a la tristeza o al dolor sufrido por el individuo debido a un acto del que el agente haya podido ser víctima. Sin embargo, todavía no se ha presentado un concepto definitivo por parte de los estudiosos del asunto, ya que hay varias líneas de pensamiento.

Como hemos visto, una primera posición⁵¹⁵ intenta definir el daño moral como “todo detrimento que no puede considerarse como daño patrimonial”. La definición, incluso por la forma en como se expresa, ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente debido a su simplicidad y, principalmente, por definir algo mediante una fórmula negativa, es decir: es aquello que no puede ser otro.

Otra línea de la doctrina⁵¹⁶ que la contesta afirma que la forma determinativa evaluada a partir de la índole extrapatrimonial no se sustenta a partir del argumento de que no siempre una lesión al derecho extrapatrimonial causa daño de tal naturaleza, principalmente porque

⁵¹⁵ AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V.2, p.771.

⁵¹⁶ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em Droit français*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951. V.1.

puede suceder que un daño moral se revista de carácter patrimonial, o, incluso según otra interpretación, que una lesión a los derechos patrimoniales sea susceptible de poder causar, tanto un daño en la esfera patrimonial como en la moral.

Sin embargo, otra posición⁵¹⁷ emerge de los que afirman que “el daño moral consiste en la lesión de un interés de carácter extrapatrimonial, en el ámbito del derecho ” y el “que se ocasiona al violar algunos de los derechos muy personales o de personalidad”. La crítica que se hace tiene relación con el sentido amplio con que la corriente doctrinal trata de abarcar el tema e, igualmente, el daño a compensar.

Finalmente, la tercera línea de pensamiento⁵¹⁸ aduce que la determinación del daño moral tiene relación con el resultado o la consecuencia de la acción que deriva del perjuicio. Tal posición ha traído a sus filas un mayor número de simpatizantes, principalmente considerando la distinción jurídica que se puede formular: daño en un sentido amplio y daño a compensar. Se tiene presente el primer ítem en el momento en que hay ofensa o un derecho es lesionado, ya sea el interés jurídico de orden patrimonial o extrapatrimonial. Podría afirmarse que estaría presente en todo acto ilícito que se realice. En cuanto al daño a compensar, éste tiene consecuencia directa en la lesión que se haya producido.

No hay duda de que después del análisis realizado resulta fácil adherirnos a la tercera corriente doctrinal. En la misma subyace una orientación de la cuestión que comprende el derecho que podrá ser objeto de la pretensión de compensación, a la vez que, por otro lado, queda patente la cuestión de la distinción, aún objeto de polémica por parte de la doctrina, entre daño patrimonial y moral.

⁵¹⁷ DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Traducción de la 2.ed. italiana por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, n.10, p.120.

⁵¹⁸ PIZARRO, Daniel. “El daño moral y la persona jurídica; daños a la persona”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Hammurabi, p.215, 1996.

Es un tema que exige un estudio detenido y que continúa siendo objeto de acaloradas discusiones doctrinales. La cuestión está dividida entre los que entienden que la naturaleza jurídica del daño moral es penal y otros que la definen como compensación, prevaleciendo, mayoritariamente, la segunda opción.

Con la intención de evitar que la cuestión quede restringida a los argumentos anteriores, conviene destacar que la pena se define como una punición, un castigo que se impone como venganza por el delito o un acto que haya sido practicado contra el ofendido. La compensación es todo acto o efecto de compensar, aquí se incluye la indemnización como forma compensatoria, introduciendo el sentido de recuperación de lo que es suyo.

A la luz de tales conceptos puede comprenderse más fácilmente y apoyar la opción de los estudiosos que se adhieren al concepto de compensación, ya que el daño moral, para aquellos que entendían la justicia como venganza, pertenece a posiciones del pasado. Su característica, sin duda, es reparadora.

La razón de existencia de la norma jurídica es la protección del interés y que tal protección se consustancia en un bien jurídico. Si además hay un comportamiento que venga a manchar o violar un bien jurídico, se consolida lo que se suele denominar 'daño'. Tal acto de violación es lo que se puede conceptuar como acto ilícito, es decir, aquella acción que provoca un daño a otros. Este daño es el que ofrece la denominada 'responsabilidad civil'.

El Derecho acoge la tesis de la teoría de la culpa, es decir, la responsabilidad extracontractual o subjetiva. Originaria desde los tiempos de la Roma Antigua (República), tal teoría nació con la *Lex Aquilia*. Esta ley romana, creada en época que no se puede precisar, fue consecuencia de un plebiscito propuesto por el tribuno Aquilio, que tuvo el gran mérito de indicar, como conveniente para la reparación del daño, el elemento

culpa. Es decir: se erigió la responsabilidad extracontractual en contraposición a la contractual, exigiendo la existencia del elemento anímico por parte del ofensor en cuanto al daño.

En Brasil, tal teoría tomó fuerza y sin duda fue la que impulsó y ayudó a delimitar la responsabilidad civil. En este proceso, cabe destacar el Código Civil Brasileño de 1916 que, en su artículo 159, recogió como preceptiva la culpa extracontractual siguiendo la huella del principio de equidad y del orden social, que prohíbe la ofensa del derecho de otros. En tal precepto legal quedó establecido que, actuando el individuo de forma negligente o imprudente, si se viola el derecho o se perjudica a otros, deberá compensarse al ofendido. La norma deja claro que la carga de la prueba del daño corresponde a quien alega haber sido víctima de la ofensa.

Además, en función de esta doctrina y de la ley que lo regula, podemos observar que el daño induce a la reparación o compensación por parte del sujeto que llevó a cabo un comportamiento no jurídico, siempre que haya un nexo entre su actuación y lesión del bien jurídico de la parte ofendida.

Como ya se ha advertido, para que se manifieste un daño debe de haber una ofensa, disminución, o una sustracción de un bien jurídico. Tal daño podrá afectar a la víctima tanto en el aspecto patrimonial o corpóreo, como en el aspecto inmaterial, o moral.

Matorell⁵¹⁹, citando el artículo de Orgaz, sostiene que: “para unos, la distinción entre el daño material y el moral depende estrictamente de la naturaleza de los derechos lesionados; si el acto ilícito ha vulnerado un derecho patrimonial, el daño es material; si ha lesionado un derecho no patrimonial, el daño es moral”.

⁵¹⁹ MATORELL, Ernesto E. *Indemnización del daño moral por despido*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

Lo importante es clasificar el daño patrimonial y el daño moral utilizando como criterio el bien que fue blanco del acto ilícito. El primero vulnera los bienes patrimoniales, corpóreos, susceptibles de fácil evaluación pecuniaria y el segundo afecta a los bienes incorpóreos, afectivos, sentimentales, inmateriales o morales.

Establecidos los tipos de daño, resulta más fácil comprender que, tanto los materiales como los inmateriales, forman parte del acervo patrimonial del individuo. De esa manera, la lesión a cualquier derecho o interés de otros deberá ser reparada. Reparación significa disminución o saneamiento de la diferencia patrimonial generada por el daño. A este respecto Silva Pereira⁵²⁰ sostiene que:

En este precepto se establece que la conducta antijurídica, que se puede atribuir a una persona, tiene como consecuencia la obligación de hacer que el infractor repare el daño causado. Existe la obligación de reparar el daño, que se impone a toda persona que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, causa daños a otros.

Por lo tanto, se entiende que los daños morales están compuestos por todos los aspectos relativos a las virtudes o valores de la persona, como ser social integrado a la sociedad. En el plano fáctico, son lesiones a la esfera de la personalidad humana. De los elementos que identifican al ser, los que más se destacan son el honor, la reputación y las manifestaciones del intelecto. Se cualifican como morales los daños en razón de la esfera de la subjetividad o del plano valorativo de la persona en la sociedad en que repercute el hecho violador.

Las lesiones derivadas del daño, que vienen a afectar los aspectos morales de la esfera jurídica de los titulares de derechos, les causan sentimientos negativos, dolores, desprestigio, desequilibrio en su

⁵²⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. V. I.

situación psíquica, en fin, trastornos en su integridad personal, moral o profesional.

Cabe aclarar que han sido numerosos los intentos de definición del daño moral. La definición dada por varios autores sobre el daño moral contiene dos elementos: uno negativo, que se fundamenta básicamente en la contraposición con el daño patrimonial, es decir, lo que no es daño patrimonial es daño moral; y otro sustantivo, que establece la necesidad de presencia del dolor para poder caracterizar el daño moral.

Muchos autores optan por una conceptualización basada en el enfoque negativo para forzar el entendimiento del daño moral en contraposición al daño patrimonial. En este mismo sentido, se citan grandes autores: “Daño no patrimonial es lo que sólo comprende al deudor como ser humano y que no incluye su patrimonio”⁵²¹. “La expresión daño moral debe reservarse exclusivamente para designar el agravio que no produce ningún efecto patrimonial. Si hay consecuencias de orden patrimonial, incluso mediante repercusiones, el daño deja de ser patrimonial”⁵²².

Al abordar la amplitud ideada por los estudiosos patrios, Aguiar Dias⁵²³ apunta:

El daño que interesa el estudio de la responsabilidad civil es el que constituye el requisito de la obligación de indemnizar. Por lo tanto, no podemos dejar de hacer una división: daños patrimoniales y daños morales, materiales o no patrimoniales. Cuando el daño no se corresponde con las características del daño patrimonial, decimos que estamos en presencia de un daño moral.

A diferencia de éstos, podemos encontrar intentos encaminados a una conceptualización sustantiva del daño moral: “El que se refiere a las

⁵²¹ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/79*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. T.I, p.30.

⁵²² GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.332.

⁵²³ AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, 1960, p.780.

lesiones sufridas por el sujeto físico o persona natural (no jurídica) únicamente en su patrimonio de valores ideales, es decir, no económicos”⁵²⁴.

Para Chaves⁵²⁵, “daño moral es el dolor causado por la violación de un bien jurídicamente tutelado sin repercusiones patrimoniales, ya sea el dolor físico - dolor-sensación, como denomina Carpenter, nacido de una lesión importante, ya sea el dolor moral - dolor-sentimiento – derivado de una causa material”.

En relación al daño moral, Florindo⁵²⁶ lo conceptúa como: “Daño moral es el que deriva de una lesión al honor, al dolor-sentimiento o físico, el que afecta a la paz interior del ser humano, en definitiva, una ofensa que cause un mal con fuertes repercusiones en la personalidad del individuo.”

Por consiguiente, al manifestarse una lesión, se produce un daño y, a su vez, la presencia del elemento dolor. El dolor puede manifestarse de distintas formas para el ofendido, afectando a su honor, denigrando su imagen en la sociedad, afectando a su personalidad o causando algún mal interior. Por lo tanto, se ve que el ser humano puede ser lesionado tanto en lo que es como en lo que tiene y, aunque se trate de una lesión a un bien inmaterial, la reparación deberá producirse en el ámbito material.

5.3 LOS REQUISITOS DEL DAÑO

La incidencia del daño acarreará una lesión a los bienes personales, patrimoniales o morales, sobre los que el lesionado tenga interés. Para que haya daño indemnizable es necesario que participen los

⁵²⁴ MELO DA SILVA, Wilson de *apud* OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci de. *Op. cit.*, 1996, p.16.

⁵²⁵ CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. V. III, p.607.

⁵²⁶ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p.34.

siguientes requisitos: interés sobre un bien que haya sufrido disminución o destrucción (caso de bienes patrimoniales); la lesión o sufrimiento debe afectar a un interés propio; debe haber seguridad o efectividad del daño, es decir, el daño debe ser verdadero, aunque no se haya producido aún; el daño debe subsistir en el momento de la compensación.

El daño supone un perjuicio a alguien. Por consiguiente, se viene a aceptar, por parte de los especialistas, que sólo puede reclamar la reparación del daño quien lo haya sufrido. Sin embargo, cabe resaltar que existen distinciones en lo que concierne a la persona lesionada por el evento dañino: víctima directa es la persona ofendida o lesionada; víctima indirecta es la persona de la familia o un tercero.

En cuanto a la seguridad del daño, éste debe ser real y efectivo, no meramente una conjetura o una hipótesis. El daño puede ser actual o futuro (potencial), siempre que sea una consecuencia necesaria, correcta, inevitable y previsible de la acción. Si la consecuencia no es necesaria sino contingente o simplemente temida, el daño es incierto.

La subsistencia del daño se refiere al momento en que el lesionado solicita la reparación. Si el daño ya fue reparado por el responsable, el perjuicio es insubsistente, y si fue reparado por la propia víctima, subsistirá hasta la reparación total.

Existen dos corrientes en lo que concierne a la distinción entre el daño patrimonial y el moral. Algunos basan la discusión en el sentido de que se debe observar el fenómeno que les dio causa y otros, en los efectos que se manifestaron derivados del evento dañino.

Brebbia⁵²⁷ sustenta la tesis de la cualificación del daño por la naturaleza de su causa, criticando la noción que caracteriza el daño por

⁵²⁷ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1950, p.87-90.

las consecuencias de la lesión de un bien jurídico. Minozzi⁵²⁸, a su vez, considera que “la distinción del daño en patrimonial y no-patrimonial no se refiere al daño en su origen, sino al daño en sus efectos”. Actualmente, la tesis de Minozzi es seguida por la gran mayoría de los especialistas de la materia, como se puede observar a continuación.

Porto⁵²⁹, criticando las frecuentes sentencias equivocadas, por considerar la causa y no el efecto, manifiesta: “La verdad es la siguiente: si la causa del perjuicio material fue una razón de orden moral, no por ello el daño deja de ser material y, como tal, deberá ser resarcido”. En la misma línea se encuentra la posición de Silva⁵³⁰, que caracteriza los daños como morales o económicos en función de sus efectos finales y no del hecho que les dio causa.

Son daños patrimoniales los que representan privación o disminución del disfrute o adquisición de bienes materiales. Daños puramente morales son los que producen dolor, sin repercusión en el patrimonio presente o futuro del lesionado, o independientemente de esa lesión. Podemos observar que es posible un daño patrimonial causado por un daño moral sin que los mismos se confundan, es decir, se tiene la presencia de ambos, aisladamente: Ejemplo 1. Una noticia no-verídica de que un cirujano plástico estaría enfermo de SIDA, alejando a su clientela, no correspondería, tan solamente a un daño moral por el daño sufrido en su personalidad en relación a aquéllos con quienes convive. Permitiría, también, una comprobación del daño patrimonial en la hipótesis de que hubieran disminuido sus pacientes por el temor a contagiarse⁵³¹. Ejemplo 2. Es el caso de la pérdida o reducción de la clientela de un abogado (daño patrimonial) debido a la ofensa a su reputación (daño moral).

⁵²⁸ MINOZZI, Alfredo. *Op. cit.*, 1909, p.40.

⁵²⁹ PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.33.

⁵³⁰ MELO DA SILVA, Wilson de. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 273.

⁵³¹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

El daño moral, en la mayoría de las ocasiones, conlleva también un perjuicio patrimonial; sin embargo, eso no significa que sólo haya daño moral como sería el caso del robo de la fotografía de un ser querido, que no tendría porqué repercutir en el patrimonio del ofendido⁵³². El daño moral directo o puro, para Diniz⁵³³,

[...] consiste en la lesión a un interés que conlleva la satisfacción o el disfrute de un bien jurídico extrapatrimonial contenido en los derechos da personalidad (la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, el decoro, la intimidad, los sentimientos afectivos, la propia imagen) o en los atributos de la persona (el nombre, la capacidad, el estado de familia).

El daño moral directo o puro⁵³⁴ contiene una relación suficiente de causa y efecto, de esa forma, además de directo, debe ser verdadero y

⁵³² AQUINO ROCHA, Edgar. *Princípios de economia*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1993.

⁵³³ DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.73.

⁵³⁴ Conviene añadir, la posición de la jurisprudencia sobre la existencia del daño moral puro:

'EMENTA' (SÍNTESES). Daño Moral puro. Perturbación de las relaciones psíquicas. Configuración. Sobrevenido, en razón de acto ilícito, perturbación en las relaciones psíquicas, en la tranquilidad, en los sentimientos y afectos de una persona, se configura el daño moral, susceptible indemnización". (BRASIL. Supremo Tribunal de Justicia. Recurso Especial nº 8768-SP. Decisión unánime del 4º Grupo. *Diário de Justiça*, Brasília, 6 abril de 1992. Relator: Min. Barros Monteiro. Luiz Antônio Martins Ferreira vs. Banco Nacional S/A. Abogados: Luiz Antônio Martins Ferreira; Cláudio Jacob Romano) (136504. Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA).

N.R.: Se extrae, también, de la decisión: "La acción bien *sub iudice* se circunscribe, como se ha destacado, al postulado del daño moral puro. La duda no amenaza hoy a la indemnización de los perjuicios de tal naturaleza, aunque se acumule a los daños de orden material. Según el argumento de Yussef Said Cahali, 'Parece más razonable, así, caracterizar el daño moral por sus propios elementos; por lo tanto, como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor esencial en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los demás sagrados afectos'; y que se clasifican, así, en daño que afecta a la 'parte social del patrimonio moral' (honor, reputación, etc.) y daño que molesta la 'parte afectiva del patrimonio moral' (dolor, tristeza, nostalgia etc.), y daño moral que provoca directa o indirectamente daño patrimonial (cicatriz deformante etc.), y daño moral puro (dolor, tristeza etc.)' Para Teresa Ancona Lopez Magalhães, los daños morales pueden ser de las más variadas especies distinguiendo entre estos aquellos que afectan a la reputación, a la seguridad y tranquilidad, a la libertad, a los sentimientos afectivos de cualquier especie, etc. Caio Mário da Silva Pereira también resalta: "Es preciso entender que, además del patrimonio, como complejo de relaciones jurídicas de una persona económicamente apreciables; el individuo es titular de derechos integrantes de su personalidad, el buen concepto del que disfruta en la sociedad, los sentimientos que adornan su conciencia, los valores afectivos, merecedores todos de igual protección del orden jurídico. Es lo que destaca el Magistrado paulista Irineu Antônio Pedrotti, *in verbis*: 'Hay un conjunto de bienes ligados al espíritu, a los sentimientos, a la inteligencia,

alcanzar un interés legítimo y personal. Diferente es el daño remoto, que no pasa de una expectativa y, por lo tanto, no es indemnizable.

En cuanto a la seguridad, se considera el daño razonable y no lo meramente eventual; es decir, aquél con existencia real o que indique la probabilidad de aparición futura. Se debe apreciar el perjuicio actual (daño emergente) y el futuro (lo que dejará de lucrar -lucro cesante-), así como la pérdida de una oportunidad (cuando se frustra, por acto de terceros, una expectativa seria y probable).

El daño futuro puede manifestarse de dos formas: la primera, como continuación del daño actual (en este caso, también se debe considerar la posibilidad de eventuales agravios en el transcurso de los acontecimientos); y la segunda, como daño futuro propiamente dicho, que se manifestará de forma autónoma.

En cuanto al interés legítimo, se puede decir que la falta de interés (interés sustancial o primario, y no interés de actuar) será relevante en el caso de ausencia de legitimidad. Por otro lado, el daño moral indirecto o reflejo consiste en la lesión de un interés tendente a la satisfacción o al disfrute de bienes jurídicos patrimoniales; es decir, que provoca perjuicio a cualquier interés no-patrimonial, debido a la lesión de un bien patrimonial.

que también completan el patrimonio de una personalidad. El sufrimiento de pérdida inesperada de un ser querido; el estremecimiento emocional por impacto de una injuria; la contrariedad y pérdida de ánimo causadas por una bajada de credibilidad; la humillación de prisión son daños, ciertamente. "Bien, la sensación dolorosa que padeció la autora, como resultado de una acusación indebida, no carece de una demostración específica, ya que es inherente al propio hecho reflejado en la demanda. No se puede negar que, para una persona de la posición social del demandante, la retirada de la acusación, tal y como se realizó, le ocasionó una perturbación en las relaciones psíquicas, en la tranquilidad, en los sentimientos, en los afectos, de los que hablaba Roberto de Ruggiero, recordado por el Ministro Octávio Galloti en voto emitido en Recurso Extraordinario nº 109233-5. Negándole la indemnización reclamada a título de daño moral puro, la decisión recurrida sin duda venía a negar la vigencia del Art. 159 del Código Civil".

"CIVIL. Daño moral puro. Caracterización. Sobrevenido, en razón de acto ilícito, perturbación en relaciones psíquicas, en la tranquilidad, en los sentimientos y en los afectos de una persona, se configura el daño moral, susceptible de indemnización. Recurso especial conocido y provisto. (Recurso Especial nº 8.768-0-SP. Reg. nº 910003774-5. Relator: Min. Barros Monteiro. Cuarto Grupo. Unánime. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 abr. 1992).

Es indirecto el daño que, siendo consecuencia de la pérdida inmediatamente sufrida por el lesionado, representa una repercusión, o efecto de la causa, en otros bienes que no son los directamente afectados por el hecho.

“El daño moral será indirecto si la lesión a un interés tendente a la satisfacción o al disfrute de bienes jurídicos patrimoniales produce el deterioro de un bien no patrimonial”⁵³⁵. Ejemplo de daño por negligencia: un relojero pierde un anillo de noviazgo de extremo valor sentimental. En este caso, el daño moral es indirecto porque deriva del hecho lesivo a un interés patrimonial: el anillo.

Para entender mejor los efectos causados por el daño moral, se abordará en primer lugar el significado de las siguientes definiciones:

Fisiología es la parte de la biología que investiga las funciones orgánicas, procesos o actividades vitales, como el crecimiento, la nutrición, la respiración, etc.". “Estrés es el conjunto de reacciones del organismo a las agresiones de orden físico, psíquico, infeccioso, y otros, capaces de perturbar la homeostasis; stress”⁵³⁶.

Los dolores, los sentimientos y los sufrimientos son inherentes al ser humano, sin embargo, determinadas lesiones pueden presentarse con mayor o menor intensidad, en cada persona, puesto que cada uno tiene una manera propia y específica de sentir. “¡Si el corazón se pudiera estampar en el rostro, cuánta gente que ríe tal vez llorara!”⁵³⁷.

Así entienden otros autores: “Tanto el placer como el dolor pueden ser físicos o morales. Son físicos cuando derivan inmediatamente de una excitación en nuestros sentidos; son morales cuando la causa que los provoca es una representación mental”⁵³⁸. Lipp⁵³⁹, psicóloga y especialista

⁵³⁵ VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no Direito brasileiro*. Campinas: E.V, 1994, p.39.

⁵³⁶ BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. *Op. cit.*, 1996.

⁵³⁷ ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.99.

⁵³⁸ PIMENTEL FILHO, Alberto *apud* ZENUN, Augusto. *Op. cit.*, 1996, p.100.

en el tema, clasificó los síntomas del estrés en tres niveles: *pasajero*: en esta etapa el trabajador siente las manos o los pies fríos, se queda con la boca seca, tiene dolores de estómago, los músculos quedan tensos y rígidos, tiene insomnio, crisis de hipertensión, siente taquicardia, suda demasiado, empieza a chirriar los dientes; *intermedio*: se verifica esta etapa cuando el trabajador comienza a olvidar cosas comunes, tiene pesadillas frecuentes, dificultades para tomar decisiones, desea vivir en un lugar desierto, presenta problemas de piel, adquiere tic nervioso, no consigue “desenchufarse” del tema que le preocupa; *agudo*: en la última etapa del estrés, las principales reacciones son que siente rabia por largos períodos, se siente impedido de trabajar, hay pérdida del apetito durante varios días, depresión o apatía, se vuelve iracundo, hay pérdida del sentido de humor, surgen episodios de ansiedad, hay pérdida del deseo sexual durante largo período y, por fin, llega a desarrollar alguna enfermedad. Se pueden observar casos de enfermedades graves, como la hipertensión arterial o el lupus eritematoso (que es incurable y afecta el cuero cabelludo), que poseen fondo psicológico y, no raramente, tienen como causa identificada el estrés.

Continúa apuntando la especialista⁵⁴⁰:

Cuando el estrés es crónico, las sustancias que provocan la reacción de defensa terminan intoxicando al organismo. El estómago actúa como si estuviera digiriendo presas, liberando cascadas de ácido gástrico y enzimas digestivas. Los ácidos del estómago, lo suficientemente fuertes para hacer un agujero en una alfombra, causan el cuadro conocido por los gastroenterólogos como úlcera por estrés. Aumenta la presión arterial drásticamente, lleva los vasos sanguíneos a perder flexibilidad y endurecerse, favoreciendo la arteriosclerosis. El alboroto causado en el cuerpo también puede favorecer el surgimiento de diabetes, derrames, depresión y hasta cáncer. No hay duda que existe relación entre el estrés y otras patologías.

⁵³⁹ LIPP, Marilda *apud* BERNARDES, Ernesto. “À beira de um ataque de nervos”. *Veja*, São Paulo, n.8, p.92-99, 1997.

⁵⁴⁰ LIPP, Marilda. *Op. cit.*, 1997, p.96.

El también especialista en el tema, Pimentel Filho⁵⁴¹, explica brevemente cómo se producen las manifestaciones fisiológicas en cuanto a la acción del estrés. “incidiendo la descarga nerviosa en los centros y los nervios vasoconstrictores, la circulación se afloja, el vigor físico se deprime, la contracción muscular es débil o está paralizada. El estado de conciencia provocado por todas estas modificaciones es entonces desagradable: el tono de la emoción generada por el efecto del daño moral es el dolor”.

Por lo tanto, todas las ofensas contra la vida y la integridad personal, contra el buen nombre y la reputación y contra la libertad en el ejercicio de las facultades físicas e intelectuales pueden causar un fuerte daño moral a la persona ofendida y a los parientes; por ello, éstos tienen el derecho de exigir una indemnización pecuniaria que tendrá una función satisfactoria.

Con estas premisas, comenzamos a abordar los fundamentos necesarios para justificar tal indemnización.

5.4 FUNDAMENTOS DE LA REPARABILIDAD DEL DAÑO MORAL

Todo aquello que se refiere tanto a la caracterización del daño moral como a su reparación es materia propia del Derecho Civil, abordada con intensidad por los estudiosos de la materia y denominada concretamente como Responsabilidad Civil.

Por regla general no se discute acerca de la reparación del daño moral, porque tal imposición se ha elevado a la categoría de Derecho Constitucional a tenor de lo establecido en los incisos V y X del artículo 5º de la Constitución Federal brasileña, donde se garantiza el derecho de

⁵⁴¹ PIMENTEL FILHO, Alberto. *Psicofisiología*. Lisboa: Guimaraes & Cia, [s.d.], p.208.

indemnización derivado de daños morales que la persona eventualmente pueda sufrir. Pero no siempre ha sido así; la reparación del daño moral fue debatida durante largo tiempo por la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera. Antes de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, el daño moral en Brasil no era indemnizado en la mayoría de los casos, lo que caracteriza una anomalía, de forma que los derechos de orden no patrimonial, derechos de personalidad, los más importantes para el hombre y sin los cuales ni siquiera es considerado ser humano, no eran indemnizables.

Como el daño moral es una materia tutelada por el Derecho Civil y que integra la materia de responsabilidad civil, conviene destacar el concepto que ofrece Diniz⁵⁴² acerca de la responsabilidad civil:

La aplicación de medidas que obliguen a alguien a reparar el daño moral o patrimonial causado a terceros en razón de un acto del propio imputado, la persona por quien él responde, o incluso de cosas o animales a su cuidado (responsabilidad subjetiva), o también, de simple requisito legal (responsabilidad objetiva).

La responsabilidad civil consiste en la obligación de la reparación del perjuicio causado (daño) por la persona que llevó a cabo el acto ilícito, reparación esta debidamente amparada por el Código Civil Brasileño en su artículo 159, que establece: "Quien, por acción u omisión voluntaria, negligencia o impericia, viola el derecho, o causa daños a otros, está obligado a reparar el daño". Una vez violado el bien o el interés jurídico de la persona, habiendo lesión y daño patrimonial o extrapatrimonial, surge para el lesionado el derecho a que se restaure su bien jurídico lesionado, en el estado en que se encontraba antes de la violación, sin considerar la extensión y los resultados de la lesión, es decir, son indemnizables los daños de grande y de pequeña monta.

⁵⁴² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 1988, p.29.

Por lo tanto, no se comparte la opinión de Santos⁵⁴³ en el sentido que “la vida en sociedad nos impone algunas restricciones, resultando de ahí la existencia de algunas molestias o incomodidades no susceptibles de resarcimiento a título de daño moral”. En este caso, lo que el autor denomina incomodidad o enfado no indemnizables, son resultado y consecuencia de la violación del derecho, cuya extensión debe ser apreciada para la fijación del valor de la indemnización. Es cierto que, siendo la lesión una molestia, una incomodidad o un enfado de pequeña monta, el valor de la indemnización será menor, puesto que no admitir la indemnización del daño moral de pequeña monta sería lo mismo que no admitir el daño moral patrimonial de pequeña monta como, por ejemplo, un pequeño abollado o arañado en la carrocería de un vehículo implicado en un accidente de tráfico. Por consiguiente, es importante resaltar que el daño moral es reparable en todos los casos donde hubo ofensa al derecho de la personalidad.

Citando Amarante y Brebia, Vieira de Oliveira⁵⁴⁴ destaca la compensación, la satisfacción y la punición como principales objetivos de una indemnización. La indemnización serviría como compensación cuando la valoración del daño fuese exacta. No obstante, ya que no es posible la valoración, se trataría de la satisfacción. La punición consiste en la búsqueda de la imposición de una pena para el agresor.

Durante mucho tiempo se desarrolló entre los estudiosos del Derecho una fuerte controversia en torno a la reparación o no de los daños morales. Los diversos caminos recorridos influyeron en la formación de la doctrina y de la jurisprudencia, y formaron tres corrientes a las que denominaremos, en esta investigación, como la teoría negativista, la teoría positivista y la teoría mixta o ecléctica.

⁵⁴³ SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, 1999, p.130.

⁵⁴⁴ VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, 2002, p.116.

Para que se puedan conocer los principales argumentos de cada corriente doctrinal, procederemos a un estudio más minucioso con respecto a cada una de estas teorías y, por último, haremos un pequeño análisis en cuanto a la posibilidad de interponer una inestimable número de acciones en la justicia. Por tanto, utilizaremos unos tópicos para una mejor exposición de tales argumentaciones.

5.5 TEORÍAS

La teoría negativista se refiere a la impracticabilidad de la reparación pecuniaria con respecto a la aparición del daño moral. Es la más antigua de las concepciones estando, hoy en día, virtualmente superada, aunque todavía haya quien se posicione en su defensa. Entre sus adeptos están Lafaiete Rodrigues Pereira, Arnaldo Medeiros da Fonseca, João Arruda, Lacerda de Almeida, Henrique de Paula Andrada, Jair Lins y Luís Frederico Carpenter.

Las objeciones en que se amparan los contrarios a la reparación del daño moral pueden agruparse de la siguiente manera⁵⁴⁵:

1. transitoriedad del daño, es decir, falta de un efecto penoso durable;
2. escándalo por llevar a juicio la discusión de los sentimientos íntimos de afecto y decoro;
3. inseguridad de un derecho violado;
4. imposibilidad de una evaluación rigurosa del daño;
5. indeterminación del número de personas lesionadas;
6. peligro del arbitrio judicial, en función del ilimitado poder atribuido al juez;
7. imposibilidad legal de la reparación del daño;
8. enriquecimiento ilícito del ofendido;
9. inmoralidad en la compensación del dolor con dinero.

⁵⁴⁵ OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci de. *Op. cit.*, 1996, p.42.

Los fundamentos que sustentan la inviabilidad jurídica de la indemnización financiera en función de los daños morales encuentran bastantes críticas. Los defensores de la corriente favorable, es decir, de la teoría positivista, a su vez, refutan cada una de estas objeciones⁵⁴⁶:

1. La cuestión de la duración del daño se refiere a la manera de cómo será la reparación: más o menos amplia. Va a depender de la cualidad y de la intensidad de la lesión, además de la condición de la víctima, su sensibilidad, su status personal.

2. Se ve que, hoy, cuestiones íntimas, de foro familiar, que implican la privacidad de parejas, de secretos de la prole (investigación de paternidad), han sido llevadas a los Tribunales con el debido cuidado y secreto. De esa misma forma se daría con relación a la reparación del daño moral, si así lo entiende la víctima.

3. Alegar que la ofensa a un derecho moral no encuentra protección jurídica es negar el sustrato del hombre, es valorarlo por lo que tiene y no por lo que es. No se puede admitir que el hombre, una vez atacado en lo que posee más noble (su entidad humana, su personalidad), pueda conformarse con la ausencia de la tutela jurídica, puesto que se estaría premiando a aquél que lo ofendió.

4. Resulta injustificable la no-reparación del daño por falta de medios para evaluar la lesión al patrimonio inmaterial o su equivalente pecuniario. La dificultad de una rigurosa evaluación del daño debe tomarse en beneficio del lesionado, y no en su perjuicio. Al no poder llegar a la deseable reparación, se la debe perfeccionar de la forma más plena posible. Ante la duda, debe el juez velar por el ofendido, aunque, en ocasiones, corra el riesgo de compensar más de lo que se deba.

5. La dificultad en determinar el número de personas lesionadas no puede ser obstáculo para la compensación del daño, puesto que, según lo interpreta la mayoría de los autores, se ordena la reparación de los daños morales a todo aquél que los haya experimentado.

6. El arbitrio del juez está presente en cualquier decisión judicial, puesto que forma parte del procedimiento del magistrado. El derecho no se sujeta a leyes exactas

⁵⁴⁶ MELO DA SILVA, Wilson de. *Op. cit.*, 1955, p.341 y 355.

como la física y las matemáticas, si fuera así, no habría necesidad de tribunales y jueces.

7. Nada hay, en el derecho, que impida la reparación por daño moral. Los bienes morales no están fuera de la esfera jurídica. Cada vez más el ordenamiento jurídico nacional acoge leyes mejoradas en este sentido. No hay razón para presumir su impedimento.

8. El enriquecimiento ilícito presume, por parte del agente, que hubo ausencia de causa. No es el caso, una vez que, si hubo daño moral, la víctima debe ser indemnizada lo suficiente.

9. Inmoral es la inercia del orden jurídico en la protección de los valores más elevados del ser humano como la vida, la libertad y el honor. Tal omisión ofendería frontalmente el ideal de paz social. El daño moral proporciona una satisfacción a la víctima y una punición al ofensor, alejando, así, la objeción de inmoralidad de la satisfacción de los daños morales.

Pires de Lima⁵⁴⁷ sigue la misma línea de argumentación al decir: “El dinero que la parte ofendida recibe por el dolor moral sufrido no es el precio del bien lesionado, sino una compensación, la única que es posible dar por el daño causado”.

La teoría positivista es actualmente mayoritaria en el Derecho brasileño y tiene como principales defensores a: Clóvis Beviláqua, José de Aguiar Dias, Orozimbo Nonato, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Pedro Lessa, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes y Sílvio Rodrigues, además de otros citados a lo largo del presente estudio. La reparación de los daños morales, para los adeptos de la teoría positivista, posee dos finalidades: indemnizar pecuniariamente a la parte ofendida, dándole la oportunidad de obtener medios de aminorar el dolor experimentado como consecuencia de la agresión moral, en un mixto de

⁵⁴⁷ PIRES DE LIMA, Zulmira. “Algunas consideraciones sobre responsabilidad civil por daños morales”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, Coimbra, 2. Suplemento, n.15, p.221 y s., 1940.

compensación y satisfacción, y punir al causador del daño moral, impidiendo nuevos episodios lesivos, nefastos para la convivencia social⁵⁴⁸.

Conviene observar que son dos los posibles modos de obtener la reparación: la restitución de las cosas al estado anterior o la reparación pecuniaria cuando el derecho lesionado sea de naturaleza no-reintegrable. La ofensa causada por el daño moral no es susceptible de reparación en el primer sentido, sino lo es en el de reparación pecuniaria. Con esa especie de reparación no se pretende rehacer el patrimonio, porque este no fue reducido sino que simplemente da a la persona lesionada una satisfacción que le es debida por el dolor que sufrió. La prestación tiene, en este caso, una función meramente satisfactoria.

La teoría positivista se encamina hacia la aceptación de la responsabilidad del ofensor, aunque nada se pruebe efectivamente en términos de daño moral efectivo, siendo suficientes la seguridad de la actuación irregular, su potencial de lesividad y la pretensión puesta de manifiesto en juicio. Esto, evidentemente, en los casos altamente seleccionados y pacíficos, como pueda serlo la pérdida de un familiar próximo, de por sí fuente de frustración y disgusto.

Conviene observar que la forma de demostrar el pesar es variable; lo íntimo de las personas puede decir más que la exteriorización del sentimiento. No se puede admitir que alguien, afectado de forma tan lacerante como sucede con la pérdida repentina y anticipada de un ser querido, en función de la ilícita conducta ajena, deje de ser indemnizado. La aspiración de la indemnización en dinero no es el pago del dolor, como quieren hacer parecer los adeptos de la teoría negativista, sino la

⁵⁴⁸ Véase la jurisprudencia: 'EMENTA' (SÍNTESIS): Daño moral. Dinero. Función. En la reparación de daños morales, el dinero no tiene función de equivalencia, como sucede en el caso de daños materiales, sí función de pena, para no quedar impune quien causó el mal". (BRASIL. Tribunal de Justicia de São Paulo. Sentencia unánime de 8ª Cámara Civil. Sentencia el 8 set.1993. Apelación nº 193.802-1/9-Capital. Relator: Des. Jorge Almeida. *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS – BJA*).

posibilidad de proporcionarle al lesionado la recomposición psíquica, emocional y, eventualmente, física.

Una denominación perfecta para este complejo reparador es la del sucedáneo, es decir, se refiere a 'cualquier' cosa que puede sustituir la otra. Por lo tanto, el valor pecuniario ofrecido al lesionado intenta rellenar el vacío dejado por el daño moral, sustituyéndolo por condiciones de restablecimiento⁵⁴⁹. De la misma forma, Raul de Souza Martins, ya en 1911, en una de sus sentencias como Juez Federal del 1º Juzgado del Distrito Federal, proclamaba que "la reparación del daño moral, sin duda, se debe precisamente al daño material. Las condiciones morales del individuo no pueden dejar de merecer una protección jurídica igual a su condición material y quien por un acto ilícito la disminuye, necesariamente debe ser obligado a la reparación".

También Hermenegildo de Barros, en el Supremo Tribunal Federal, al juzgar una apelación en mayo de 1924, defendía que:

Aunque el daño material sea un sentimiento de pesar íntimo de la persona ofendida, para el cual no se encuentra una estimación perfectamente adecuada, no es razón para negarle en absoluto algún tipo de compensación. Esta compensación será establecida, en la medida de lo posible, por medio de una suma que, sin considerar una reparación exacta, representará sin embargo la única modulación adecuada en los límites de las formas humanas.

Y, finalmente, Cavalcanti Pontes de Miranda⁵⁵⁰, otro gran adepto a la doctrina de la reparabilidad por daño moral, apunta:

No comprendemos cómo se pueda sustentar la no responsabilidad del daño moral. En los propios daños a la propiedad hay elementos inmateriales que no se confunden con el valor material del daño. ¿Qué mal entendida justicia es esta que da valor al daño inmaterial ligado al material y no lo da al daño inmaterial (moral)

⁵⁴⁹ CUNHA GONÇALVES, Luiz de. *Tratado de Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1957.

⁵⁵⁰ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Op. cit.*, 1971.

solo? Por otra parte, el más vulgarizado fundamento para no conceder la reparación de daño inmaterial es el de que no sería completo el resarcimiento. Pero no es justo, como bien apunta Kholer, que nada se da solamente por no poder darse lo exacto.

Cabe resaltar que, con respecto a la reparación en sí, el *quantum* se calculará a través de la aplicación de las reglas generales contenidas en la legislación, según los métodos legales de prueba, o de acuerdo al potencial de lesividad normalmente contenido en la conducta irregular en circunstancias semejantes.

La teoría mixta o ecléctica admite la reparación del daño moral cuando este conlleve reflejos patrimoniales. Se ve ahí el primer paso en dirección hacia el camino de la superación de la teoría negativista. Para vislumbrar la compensación en esta teoría, debe haber ofensa pecuniariamente palpable. El daño al patrimonio objetivo de la víctima, acarreándole perjuicio inmediatamente cuantificable, debe ser derivado de la lesión moral. En esa teoría se han apoyado muchas decisiones de magistrados que sustentaron, durante algún tiempo, recelo a la reparación del daño moral, dado que no surgía concomitantemente con el daño de naturaleza económica. Ésta se debe a un concepto materialista en cuanto a la reparabilidad del daño moral y está en disconformidad con la evolución del derecho. Sus defensores son los contrarios a la reparación del daño moral que, con ropaje nuevo, intentan preservar una doctrina superada. De forma contraria, el eminente Profesor Silva Pereira⁵⁵¹, en virtud de las disposiciones del anteproyecto del Código de las Obligaciones, en el artículo 916, decía: “El daño moral será resarcido independientemente del perjuicio material”.

Por tanto, la reparación del daño moral tiene como principal fundamento la responsabilidad. El vocablo responsabilidad, etimológicamente junto al verbo latino *respondere*, con la raíz latina de

⁵⁵¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Op. cit.*, 1992.

spondeo, significa, nada más y nada menos, que la simple obligación de los individuos de responder por las consecuencias jurídicas de su actividad, incluso porque, como es consabido, el orden jurídico impone a todos el inexcusable deber de obediencia a sus imperativos.

En resumen: el fundamento de la reparación del daño moral deriva de la responsabilidad que, a su vez, surge cuando se produce la violación de la norma u obligación que dicta la conducta del agente.

Sucintamente, se puede decir que los hechos practicados por el propio agente (responsabilidad directa), así como los hechos de persona o de cosa a él vinculada (responsabilidad indirecta), pueden causar daños morales. En consecuencia, con la incidencia del elemento dolor, y la caracterización del daño moral, se generará el derecho a la reparación.

Como observamos, surgieron varias teorías para explicar la obligación del causador del daño, basándose tanto en hechos propios como en hechos de personas o de cosas que estén bajo su dependencia. Seguiremos haciendo referencia a otras tres corrientes más que se utilizan para clasificarlo.

La teoría subjetiva, o clásica, examinaba la conducta del agente causador, la que solamente generaba la obligación de indemnizar cuando fuera contraria al derecho. Era necesaria la aparición de dolo o culpa en el acto del agente para que hiciera posible la obligación de compensar el daño causado a otros. Esta teoría tiene como esenciales los siguientes requisitos: a) un acto u omisión violadora del derecho de otros; b) el daño producido por ese acto u omisión; c) la relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño; d) la culpa. Con el paso del tiempo, ha sido extremadamente contrastada, precisamente porque sólo admite la responsabilidad civil en caso de culpa. La civilización moderna, con su complejidad, crea numerosos casos que acaban sin solución satisfactoria, dado el aspecto exclusivo de la reparación del daño.

El Código Civil brasileño sienta la responsabilidad civil en la teoría de la culpa, es decir, no existe responsabilidad civil sin culpa, puesto que la ausencia de su prueba hace desvanecer la obligación de reparar el daño. Véase la letra del siguiente artículo: “Art. 159. Quién, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viole la ley o cause perjuicio a otros, está obligado a reparar el daño. La verificación de la culpa y la evaluación de la responsabilidad se regulan por las disposiciones establecidas en este Código, Arts. 1.518 a 1.532 y 1.537 a 1.553”. (Redacción de esta parte de acuerdo al Dec. Leg. nº 3.725/19).

Observamos que la reparación del daño se arrastra, en principio, en la práctica de un acto ilícito, aunque pueda derivar también de un acto lícito, como en el caso del estado de necesidad o la legítima defensa, cuando su eficiencia impone el daño de alguna cosa.

A pesar de que la ley civil haya adoptado la teoría subjetiva, la teoría objetiva se estableció en varios sectores de la actividad a través de leyes especiales. Posteriormente, la teoría objetiva, también llamada teoría del riesgo integral, obtuvo su espacio dividiéndose en dos corrientes principales. La teoría del riesgo-creado integraba la teoría del riesgo integral y encontraba apoyo en la responsabilidad civil del acto anormal. De esta forma, pregonaba la reparación de todos los hechos perjudiciales transcurridos de actividad ejercida en provecho del causador del daño. Entiende que, por el simple hecho de actuar, el hombre proyecta todas las ventajas de su actividad creando riesgo de perjuicios para los otros, de lo que resulta la justa carga de los encargos. La teoría del riesgo-provecho, que también pertenecía a la teoría del riesgo integral, actúa en ámbito mucho menor que el de la teoría del riesgo-creado. Se encuentra en el proverbio latino *ubi emolumentum ibi onus* (quien guarda los beneficios que el desarrollo de su actividad le proporciona, debe, inversamente, soportar los males derivados de esta misma actividad).

Agotados los argumentos jurídicos de las teorías expuestas para fundamentar la responsabilidad civil, surgieron las teorías eclécticas. Como en la acepción de la palabra, se forman por elementos compilados entre las demás teorías, es decir, la subjetiva y la objetiva. Sin abandonar el valor de la culpa como fundamento, la teoría ecléctica apunta a otros elementos competidores de la responsabilidad.

Savatier⁵⁵² se alinea entre los partidarios de las teorías eclécticas con su teoría del riesgo como elemento subsidiario de la culpa. En su opinión, la culpa tiene el valor de virtud esencial por ser un eco de la libertad humana ya que la idea de riesgo se funda en un equilibrio material en consonancia con la idea de equidad impersonal.

Leclercq⁵⁵³ fue el ideador de la llamada teoría de la culpa como violación de una obligación legal. La culpa quedaría reducida a la simple inobservancia de la ley. En el rumbo de su concepción, el derecho debe proteger la integridad del cuerpo y de los bienes del hombre, prohibiendo matar, herir y, en general, perjudicar a sus semejantes a través de su actividad. Toda violación a esas normas prohibitivas atrae una sanción y justifica la obligación de reparar los perjuicios causados.

5.6 RESPONSABLES POR EL DAÑO Y LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Responsables son las personas que, directa o indirectamente, en los términos de la ley, se relacionan con el hecho generador del daño. Pueden ser personas físicas, jurídicas, de Derecho Público, Privado, nacionales o extranjeras –incluidos los propios entes políticos como la Unión, los Estados, el Distrito Federal y las Comarcas – partidos políticos; sindicatos; corporaciones profesionales y otras. En efecto, se incluyen las

⁵⁵² SAVATIER, René *apud* CARMO, Júlio Bernardo do. *O dano moral e sua reparacão no âmbito do Direito Civil e do Trabalho*. 2.ed. Belo Horizonte: RTM, 1996, p.29.

⁵⁵³ LECLERCQ, Paul *apud* CARMO, Júlio Bernardo do. *Op. cit.*

personas que practican actos ilícitos, por sí o por otros elementos productores de daños, o ejercen actividades peligrosas, comprendidas, también las diferentes situaciones de responsabilidad por hecho propio o de terceros.

Para que responda civilmente por el daño es necesario que el agente tenga *capacitas delictorum*. Es preciso, por lo tanto, que el agente sea imputable, es decir, que posea aquel conjunto de condiciones personales que le dan la capacidad para que le imputen, jurídicamente, la práctica de un hecho. Entre las causas de exclusión de imputabilidad están la minoría de edad y la alienación mental (englobando, ésta, la enfermedad mental y el desarrollo mental incompleto o retardado).

En lo que concierne a la responsabilidad del empleador o jefe por actos de sus empleados, personas a su servicio o encargados, se implantó la idea de la culpa presunta del empleador por los actos desarrollados por sus empleados, generando para aquél la obligación de reparar el daño causado por éstos. Esta orientación se consagró en la 'Súmula' nº 341 del Supremo Tribunal Federal: "Es presumida la culpa del empleador o del comitente por acto culposo del empleado o encargado". La idea es la de que, aquél que se hace sustituir en el ejercicio de las múltiples funciones de la empresa, responde por los actos de los que ejercen la sustitución, precisamente porque su personal se considera extensión de la persona u órgano principal. Así, la responsabilidad del empleador por los actos del encargado sólo puede ser eludida cuando el hecho dañino, desarrollado por éste, no guarda relación alguna con su condición de empleado.

Es la posición de los Tribunales franceses, recordada por Savatier, en cuanto a la legitimidad de los padres y de la esposa para requerir indemnización por daños morales debidos a la muerte de la víctima. Por la pérdida de un hijo o hija, de un padre o madre, de un esposo, el dolor moral será siempre presumiblemente suficiente para probar materialmente

el dolor. Ésta es la naturaleza de las cosas: aunque el hijo estuviera momentáneamente en discordia con los padres, o tratándose de esposos separados de hecho, aun suponiendo un afecto quebrado; la desaparición de la víctima conlleva un atentado directo a un derecho familiar que legitima la reparación.

En lo que respecta a la pérdida de algún miembro del cuerpo (mano, brazo, pierna), el dolor moral también será presumiblemente suficiente para reconocer la reparación⁵⁵⁴.

La segunda posición legítima en lo que se refiere a la prueba del daño moral sostiene que éste debe certificarse por medio de presunciones judiciales u *hominis*, mediante razonamiento lógico, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de los criterios de la normalidad⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.493: 'EMENTA' (SÍNTESES). Daño moral. Prueba. Innecesaria la demostración de que la pérdida de un miembro inferior acarrea grave sufrimiento, además de eventuales perjuicios económicos. Esa consecuencia es de naturaleza de las cosas, de ciencia común. Juramentos. Ilícito absoluto. Delito. En los términos del Art. 962, del CC, derivan los juramentos a partir de la fecha del hecho". (BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 17.073-0. Reg. 92.0000640-0. Minas Gerais. Recurrente: Robson Nogueira da Silva. Recurrido: Manoel Ignácio Chaves de Mendonça). Es la posición, también, de juzgados brasileños, que entienden que el daño moral está insertado en la ofensa, lo que no depende de prueba: "El daño simplemente moral, sin repercusión en el patrimonio, no puede probarse. Existe tan solo por la ofensa, y se presume de ésta, siendo lo bastante para justificar indemnización". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª Câmara Civil. Apelación. Relator: Des. Wilson Reback, Sentencia el 12 dez 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.681, p.163).

⁵⁵⁵ Jurisprudencia referente a cuestiones de prueba de daño moral: 'EMENTA' (SÍNTESES). Daños morales. Demostración cabal. Necesidad. Cualquier agresión a la dignidad personal lesiona al honor, constituye daño moral y es por ello indemnizable. Valores como libertad, inteligencia, trabajo, honestidad, carácter y tantos otros con sello de perennidad, aceptados por el hombre común, forman la realidad axiológica a que todos estamos sujetos. La ofensa a tales postulados exige compensación indemnizadora. Pero es indispensable demostración cabal e inequívoca del gravamen sufrido". (BRASIL. Tribunal de Justicia de Santa Catarina. Decisión unánime de la 2ª Câmara Civil. Apelación nº 40.541-Joinville. Relator: Des. Xavier Vieira. *Diário da Justiça*, Florianópolis, 19 enero 1994, p. 5) 144719 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

'EMENTA' (SÍNTESES). Daños. Carga de la prueba. Informe pericial. Convicción del magistrado. Comentario. Negado por el reo el hecho alegado por el autor, a éste incumbe la carga de probar el factor constitutivo de su derecho - Art. 302, caput, c/c 333, ambos del CPC. Tratándose demanda de reparación de daños, fundada en el Art. 159, del Código

Civil, cumple al autor la carga de probar, de forma plena y convincente, que el reo, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violó derecho suyo, o le causó perjuicio, quedando obligado a reparar el daño. En caso de que sea necesaria la pericia, si la materia objeto del examen pericial es compleja, exigiendo conocimientos técnicos especializados, la misma no puede realizarse por quien no posee la cualificación científica necesaria. No tiene valor probatorio la pericia si el informe no está debidamente fundamentado. No basta al perito afirmar un determinado hecho, es preciso indicar el método y el modo cómo procedió y los argumentos en que se basa su parecer. Por otro lado, la convicción sobre los hechos, debe extraerla el juez de las pruebas objetivas y no de meras suposiciones o impresiones personales sobre el litigio". (BRASIL. Tribunal de Justicia de AC. Apelación nº 457-Capital. Decisión 277 de la Cámara Civil. Sentencia el 14 nov 1994. Relatora: Des. Miracele de Souza Lopes Borges).

Nota ADCOAS: Consta de la decisión de Aureliano de Gusmão: "Si al juez le fuera concedido decidir el derecho sólo por sus impresiones personales respecto de las contiendas y litigios que ante él se plantean, o por simples alegaciones, sin estar acompañadas de prueba, de aquellos que comparecen en la liza de las luchas jurídicas [...]; si, en una palabra, al juez le fuera lícito actuar libremente y sin tomar en consideración cual que tipo de impedimentos jurídicos o morales, absolviendo o condenando, sin preocuparse por averiguar y verificar la verdad, que debe ser su rumbo, su norte invariable, el arbitrio se sentaría en el trono de la Justicia, y ésta dejaría de ser la garantía de las personas honestas y de los débiles, la mantenedora del derecho y guarda vigilante de la paz, del orden y de la armonía, que deben presidir a la vida y la marcha de las sociedades regularmente organizadas, y se convertiría en fuerza enorme, despótica y tirana, siempre lista y preparada para negar, desconocer y aniquilar el derecho desprotegido y tímido". En su declaración de voto, la Desembargadora Eva Evangelista de Araújo Souza cita síntesis ADCOAS 144907/94. 146356 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

'EMENTA' (SÍNTESIS). Daño moral. Indemnización. Ausencia de dolo o culpa. Irrelevancia. La ausencia de dolo y culpa no exonera al causador de daño moral del deber de compensar pérdidas y daños". (BRASIL. Tribunal de Justicia de Alagoas. Apelación nº 10125-Capital. Decisión unánime 1077 de la 1ª Cámara Civil. Sentencia el 6 nov 1995. Relator: Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. 8148900 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*).

'EMENTA' (SÍNTESIS). Daño moral. Declaración de testigos. Contradicciones. Efectos. La improcedencia del pedido se impone cuando las declaraciones de los testigos clasificados por la autora, que también litigan contra el reo figurando en uno de los hechos como testigo la autora, contienen contradicciones y falsedades". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelación nº-3225/93. Decisión de la 4ª Cámara Civil. Sentencia el 4 ene 1994. Relator: Des. Marden Gomes) 144344 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*).

'EMENTA' (SÍNTESIS). Daño moral. Derechos subjetivos privados. Ofensa. Indemnización. Los derechos de la personalidad comprenden el derecho a la vida, el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho al cadáver, el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho al recato, el derecho a la imagen, el derecho al nombre, el derecho moral del autor. La Constitución Federal de 1988 acogió los derechos subjetivos privados relativos a la integridad moral en los incisos V y X del artículo 5º. Cuando alguien ofende el honor, la imagen, la reputación de otros, con la utilización de expresión ofensiva ante la realidad de los hechos, traída por prueba de los autos, está compelido al deber de reparar el daño moral causado. En el caso, al afirmar que el autor estaba delatando a quienes integraban en determinada reunión en el órgano de censura oficial, en tiempos del más reciente autoritarismo brasileño, es decir, delatando, alcagüeteando, el reo invadió la normativa constitucional, vulnerando derechos a la integridad moral del autor. La afirmación de la entrevista, que no corresponde a lo que los autos contienen, genera, sin duda, un sentimiento de indignación, afectando la esfera ética del autor, dando lugar al pago de indemnización. El Poder Judicial no es censor de libertad de pensamiento del ciudadano, pero, sí, y siempre, si queremos vivir democráticamente, el responsable para prestar la jurisdicción en casos de violación a las leyes que rigen la vida brasileña. El reo

Adoptada la segunda posición, es necesario desarrollar una actividad procesal concreta. El autor deberá indicar los indicios que lleven al juez a afirmar que ha habido daño moral. Es competencia del reo presentar elementos que impidan la elaboración de la presunción *hominis*. Así se cumple cabalmente el principio de la distribución de la carga probatoria según la cual, incumbe al reo la prueba de la “existencia de hecho de impedimento, modificativo o extintivo del derecho del autor” (inciso II del artículo 333 del Código de Proceso Civil).

5.7 LA ACUMULACIÓN DE LOS DAÑOS MORAL Y PATRIMONIAL Y LOS MODOS DE REPARACIÓN

En principio, las indemnizaciones son acumulables. Actualmente se acepta que el daño moral es indemnizable y, con el advenimiento del

está libre para manifestar su pensamiento, pero es responsable del mismo. Cada ciudadano sabe que la Constitución excluye de la libertad de manifestación del pensamiento la ofensa a los derechos subjetivos privados de otros. No cabe al Poder Judicial limitar el vocabulario del ciudadano. Puede, y debe, impedir que un juicio sea exteriorizado, si y cuando se provoca previamente para evitar la amenaza de violación de derechos subjetivos privados. El Poder Judicial interviene para impedir la violación de derechos, nunca para violar derechos”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelación nº 6318/93-Capital. Decisión de la 1ª Câmara Civil. Sentencia el 7 nov. 1995. Relator: Des. C. A. Menezes Derecho).

Nota ADCOAS: Se extrae del voto del Relator: “Caio Mário da Silva Pereira, apoyado en el magisterio de Clóvis Bevilacqua, Santos Briz e Yves Chartier, escribe que además del patrimonio, como complejo de relaciones jurídicas de una persona, económicamente apreciables, el individuo es titular de derechos integrantes de su personalidad, el buen concepto del que disfruta en la sociedad, los sentimientos que impregnan su conciencia, los valores afectivos, merecedores todos de igual protección del orden jurídico. A tal propósito, hay que reseñar la minuciosidad con que Santos Briz examina cada uno de los casos en que se produce la ofensa a un derecho de daño moral. De forma más amplia, Yves Chartier reflexiona las numerosas hipótesis en que se puede producir el perjuicio moral: atentados no físicos a la persona: atentado al honor, a la consideración y a la reputación; difamación e injuria; ofensa a la memoria de un muerto; atentado contra la vida privada; preservación de la imagen, del nombre y de la personalidad; atentado a la libertad personal”. 8151221 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS-BJA*.

El Des. Martinho Campos, vencido, sintetizó sin voto: ‘EMENTA’ (SÍNTESIS). Daño moral. Entrevista de Chico Buarque de Hollanda sobre hechos y episodios ocurridos en el "DOPS" o SOPS" durante el régimen militar, uno de ellos con la participación del autor en la acción de pérdidas y daños. Si no hubo ánimo de ofender, de denigrar la reputación del autor, sino el de narrar un episodio de la historia, no hay el deber de indemnizar.”

nuevo orden constitucional, no se puede anteponer ningún obstáculo a *priori*, a la indemnización acumulada⁵⁵⁶.

Es el caso concreto es donde se determinará si es o no posible la acumulación. La acumulación de indemnizaciones por daños moral y material no encuentra ninguna restricción ontológica, siendo necesario sin embargo un examen caso por caso.

Como apunta Messineo⁵⁵⁷, si el acto ilícito, para un sólo momento, disminuye la aptitud laboriosa de la víctima y le afecta en su honor, hiere dos círculos distintos, justificando “il cumulo di danni materiali e morali”.

En esta línea se manifiesta Silva Pereira⁵⁵⁸, que observa:

Admitir, también, que sólo cabe reparación moral cuando hay un daño material, es una desviación de perspectiva. Quien sostenga que el daño moral es indemnizable sólo cuando y en la medida en que afecta al patrimonio, en efecto, recusa la indemnización del daño moral. Lo que hay que dejar claro, y de manera definitiva como hace Wilson Melo Da Silva, es que ‘en la manifestación de una lesión, manda el derecho o la equidad, de manera que no se deje el lesionado al desamparo de su propia suerte’.

⁵⁵⁶ ‘EMENTA’ (SÍNTESIS). Daño moral y daño material. Acumulación. Admisibilidad. Asentado en la jurisprudencia del Egregio STJ, con respaldo incluso en la mejor doctrina, la idea admitir la indemnización, acumulativamente, por daño moral y daño material, aunque deriven del mismo hecho, ex-vi de la Súmula 37 del STJ”. (BRASIL Supremo Tribunal de Justicia. Sentencia unánime del 3º Grupo. Recurso Especial nº 15646-0-SP. Relator: Min. Waldemar Zveiter. London Seguradora S/A y otros vs. Ana Josete Lazzarini. Diário da Justiça, Brasília, 13 abr. 1992). 136619 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

‘EMENTA’ (SÍNTESIS). Daños moral y material. Mismo hecho. Pedidos distintos. Posibilidad. No hace cosa enjuiciada en acción indemnizadora por daño moral a la decisión, con tránsito en juicio, emitida en la acción de reparación por daños materias debidas al mismo hecho, visto que, aunque idénticas las partes y la causa de reclamación, se trata de reclamaciones distintas”. (BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelación nº 207170-9-Governador Valadares Decisión unánime de la 1ª Cámara Civil. Sentencia el 28 nov 1995. Relator: Juez Alvim Soares. *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

⁵⁵⁷ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1958. V.5, p.643.

⁵⁵⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Op. cit.*, 1992, p.55-56.

Habitualmente, la reparación civil por daños se hace mediante pago de una indemnización pecuniaria. Tal principio remonta al Derecho Romano (Ley de las XII Tablas) que disponía que “el que causara daño a otro indemnizaría lo mismo en dinero”⁵⁵⁹. En principio, es el patrimonio de la persona el que debe de sufrir las consecuencias de los perjuicios que haya causado.

Con la evolución social y, sobre todo, con la creciente aceptación de la reparación de los daños morales, los autores y la jurisprudencia⁵⁶⁰ comenzaron a cuestionar las formas de reparación de estos daños, con el objetivo de asegurar a la víctima la plena reparabilidad del perjuicio sufrido o, al menos, una compensación digna. Surgieron, así, nuevas formas de reparación de los daños, ya no en pecunia, sino reconociendo principalmente, como era la finalidad del instituto, la compensación del lesionado y la sanción del culpable. La sanción específica del lesionante afecta a su propia persona, imponiéndole un comportamiento o la práctica de cierta acción como modo de reparación de los daños causados a otros. Se trata de una forma más efectiva de sanción que asegura una efectiva función inhibitoria a la reparación, no sólo por el ejemplo social sino sobre todo, por la coacción efectiva del infractor.

5.8 DAÑO MORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Conforme ya hemos mencionado, el daño moral no es más que una lesión al interés extrapatrimonial contenido en el derecho de

⁵⁵⁹ MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 4.ed. rev. y aum. São Paulo: Max Limonad, 1971. V.1, p.172.

⁵⁶⁰ 'EMENTA' (SÍNTESES). Daños moral y material. Fijación de indemnización. Criterio. La indemnización por daño moral puede fijarse en prestación única, mientras que la debida a daño material ha de corresponder a una pensión mensual durante los años en que la víctima podría, si estuviera viva, prestar ayuda financiera a los padres". (BRASIL Tribunal de Justiça do Ceará. Decisión unánime de 2ª Câmara Civil. Sentencia el 14 fev 1996. Embargos en Apelación nº 00.07211-7-Capital. Relatora: Des. Águeda Passos R. Martins. 8150922 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.)

personalidad o en los atributos de la persona humana, estando incluidos en este derecho la intimidad; el nombre; la libertad; el honor; el pensamiento; la integridad física; la imagen; la privacidad; la buena fama; la honestidad; la dignidad; la tranquilidad⁵⁶¹.

En lo cotidiano de la vida en sociedad, las personas pueden llegar a causar algún tipo de daño moral a otra o a sufrirlo, cuestión esta que no se diferencia de la relación de empleo, puesto que el empleado y el empleador también son susceptibles de provocar daños uno al otro en la esfera extrapatrimonial.

La simple relación de subordinación existente entre empleador y empleado, sirve como factor fundamental para que surja el daño moral, puesto que muchas veces el poder de la persona que atribuye funciones a otra o fiscaliza la producción de su trabajo. También la coordinación y orientación puede desencadenar prácticas abusivas en relación al empleado, sobrepasando el límite del buen sentido y causando serio daño a la moral y al honor del subordinado⁵⁶².

Sobre el tema, afirma Cardone⁵⁶³:

Las personas en su relación pueden, voluntariamente o no, causar perjuicios a las otras. La relación humana que vincula el empleado al empleador no es susceptible de escapar de esta contingencia. Esto es tan incontestable como afirmar que el ser humano puede errar. Por eso, causa espanto que algunos quieran separar empleado y empleador de este círculo en el cual está inserta la práctica de los llamados actos ilícitos. La relación de empleo es objeto de regulación jurídica para el cambio trabajo x remuneración, pero sus sujetos no quedan excluidos del ámbito de regulación por parte del Derecho Civil cuando llevan a cabo actos o hechos de naturaleza civil no específica entre empleado y empleador.

⁵⁶¹ DOMINGUES, Marco Abílio. *Op. cit.*, 2000, p.154.

⁵⁶² MELO DA SILVA, Wilson de. *Op. cit.*, 1955, p.651.

⁵⁶³ CARDONE, Marly A. *apud* FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.48.

Según Leal da Veiga Júnior⁵⁶⁴, “en las relaciones laborales pueden producirse situaciones que dan lugar a reparación por daños morales que, independientemente de su fin, deberán estar bien tipificados”. Abundando en la defensa del daño moral en la relación de empleo, apunta Florindo⁵⁶⁵:

En la relación de empleo existen abusos, por parte del empleador, que afectan al honor, la dignidad del que le presta servicios y que colabora en el crecimiento de la producción, y que en absoluto puede ser tratado con diferencia e insensatez sino teniendo en cuenta sus propios valores, puesto que la persona humana es la fuente y apoyo de todos los valores. Esta cuestión es fundamental, ya que el Derecho del Trabajo posee principios protectores, en especial el supremo principio de protección del trabajador. Por lo tanto, defenderlo contra ataques de este tipo constituye un deber del Derecho Laboral.

Al ocuparse del daño moral en el Derecho del Trabajo, Azevedo⁵⁶⁶ apunta que “daño moral laboral es el que se practica en el ámbito o en función de un contrato de trabajo”. Sin embargo, podemos observar que el trabajador, al figurar como subordinado (polo más débil de la relación), está en desventaja económicamente frente al empleador, lo que lo hace susceptible de sufrir algún daño moral como resultado de su relación de empleo, que puede producirse a través de despido injusto o por falsa justa causa, alegando razones que desacrediten la conducta del empleado.

El daño moral tiene aplicación en todo el ámbito del Derecho puesto que la Constitución Federal, al mencionar el tema en los incisos V y X del artículo 5º, no restringió estas disposiciones a determinadas áreas jurídicas sino que estableció una aplicación genérica, de lo que cabe inferir que también tiene eficacia en el área del Derecho del Trabajo. Incluso antes de que se promulgara el texto Constitucional, el artículo 159 del Código Civil Brasileño ya aseguraba la reparación del daño moral en el ámbito laboral, a través de autorización expresa en el artículo 8º, párrafo único, de la

⁵⁶⁴ LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *Op. cit.*, 2000, p.72.

⁵⁶⁵ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.56.

⁵⁶⁶ CHAVES DE AZEVEDO, Jackson. *Op. cit.*, 2001, p.215.

Consolidación de las Leyes del Trabajo⁵⁶⁷: “El derecho común será fuente subsidiaria del derecho del trabajo, en lo que no sea incompatible con sus principios fundamentales”.

En relación a la afirmación de la existencia de los daños morales en la relación de empleo, Couto Maciel⁵⁶⁸ indica que:

El trabajador, como cualquiera, puede sufrir daños morales derivados de su relación laboral y, creo incluso, que de forma más contundente con respecto a otras personas, dado que el trabajo es ejercido a través de su subordinación al empleador, como característica esencial de la relación laboral. El empleado, subordinado jurídicamente al empleador, tiene más posibilidad que cualquier otro de ser afectado moralmente, en razón de esta misma jerarquía interna que permite al empleador que le someta a su dirección y que, en la mayor parte de las ocasiones, se le ve como alguien sometido de forma arbitraria a sus órdenes.

Al tratar del tema, Lopes Sússekind⁵⁶⁹ afirma que “la ejecución cotidiana del contrato de trabajo, con la relación personal entre el empleado y el empleador, o los a quienes éste delegó el poder de comando”, posibilita así, “que no se respeten los derechos de la personalidad por parte de los contratantes. Conviene subrayar que de ambas partes aunque lo más común es la violación de la intimidad, de la vida privada, del honor o de la imagen del trabajador”.

Aunque la cuestión del daño moral en el Derecho del Trabajo sea tratada de forma igualitaria para empleado y empleador –esto significa que ambas partes pueden tanto sufrir como llevar a cabo el daño-, es de suma importancia resaltar la opinión de este autor cuando sostiene que, normalmente, quien sufre el daño es el empleado. Como acabamos de indicar, el trabajador es la parte débil de la relación del contrato de trabajo

⁵⁶⁷ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.43.

⁵⁶⁸ COUTO MACIEL, José Alberto *apud* FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.49.

⁵⁶⁹ LOPES SÚSSEKIND, Arnaldo. “Tutela da personalidade do trabalhador”. *Revista LTr*, São Paulo, v.59, n.5, p. 595, mayo 1995.

ya que se subordina a las órdenes de toda y cualquier naturaleza con la finalidad de garantizar su continuidad en el empleo, factor que representa una cuestión de supervivencia, puesto que depende de su salario para mantener su familia.

En este sentido, Pinho Pedreira⁵⁷⁰ apunta:

[...] como es notorio, el trabajador debe cumplir personalmente la principal prestación a su cargo y, en general no de forma ocasional, como sucede en los otros contratos sino permanentemente, incorporándose a una organización ajena con el deber de realizar sus tareas en el lugar y las condiciones y ajustándose a lo que la ley reconoce al empleador. Esto quiere decir que mientras 'en las contrataciones privadas' se hallan normalmente presentes valores económicos y como excepción pueden verse afectados bienes personales de los contratantes, generalmente de forma indirecta, en el contrato de trabajo el trabajador, por la situación de dependencia personal en el que se encuentra, arriesga permanentemente sus bienes más valiosos (vida, integridad física, honor, dignidad, etc.).

Lo importante es destacar que la inserción del empleado en el ambiente de trabajo no supone que pierda los derechos de la personalidad, de los que el derecho a la intimidad constituye una especie. Es evidente que el empleado, al someterse al poder directivo del empleador, sufre algunas limitaciones en su derecho a la intimidad. Lo que no cabe admitir es que la acción del empleador se amplíe hasta el punto de que llegue a herir la dignidad de la persona humana del trabajador. A este respecto, conviene apuntar la opinión del eminente Profesor Delgado⁵⁷¹: en la Constitución existen reglas impositivas enfáticas, que alejan de la viabilidad jurídica conductas fiscalizadoras y de control de la prestación laboral que agreden a la libertad y dignidad mínimas de la persona natural del trabajador. La regla general de la

⁵⁷⁰ PINHO PEDREIRA, Luiz de. "A reparacão do dano moral no Direito do Trabalho". *Revista LTr*, São Paulo, v.55, p. 553-554, maio-jul. 1991.

⁵⁷¹ GODINHO DELGADO, Maurício. "Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista". En: AMATRA III (Org.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

igualdad de todos ante la ley y de la “inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad” (artículo 52, *caput*, Constitución Federal de 1988). La regla general de que “nadie será sometido [...] a tratamiento inhumano o degradante” (inciso III del artículo 52 de la Constitución Federal de 1988). La regla general que declara “inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, garantizando el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación” (inciso X del artículo 52 de la Constitución Federal de 1988).

Todas esas reglas y principios generales, por lo tanto, crean una frontera básica al ejercicio de las funciones fiscalizadoras y de control en el contexto de empleo, situando en evidente ilegalidad medidas que impliquen una agresión o una merma de la libertad y dignidad de la persona. Únicamente no constituiría acto ilícito del empleador si la inspección se hiciera con razonabilidad y discreción, respetando la intimidad de cada trabajador, dentro por lo tanto de la normalidad y, obviamente, que se ejecutara por persona del mismo sexo. Además, el registro debe realizarse en el ámbito de la empresa, es decir, en el local de trabajo así entendido como a la entrada y a la salida de éste. El ejercicio del poder directivo del empleador no se extiende hacia fuera del establecimiento de la empresa y, en este caso, deberá el empleador valerse de las autoridades competentes.

Así, en caso de haya señal de que el empleado haya causado lesión al patrimonio de la empresa, esa inspección personal deberá desarrollarse con muchísima discreción y, sin duda, en ese momento el empleado debe exigir la presencia de alguno de sus representantes de la empresa, o de un compañero de trabajo.

La vida en sociedad es un constante interactuar en que las personas no escapan a la posibilidad de que sus intereses choquen con los de sus semejantes. Dada la inevitabilidad de esos conflictos, surge el Derecho

precisamente para regular la vida en sociedad, solucionando las controversias de forma pacífica e imponiendo orden a las relaciones entre los actores sociales.

El Derecho Laboral, como una de las ramas de la Ciencia del Derecho, regula, de forma pacífica, las relaciones de trabajo subordinado, propiciando seguridad y respeto a la dignidad de sus sujetos. La subordinación jurídica, que es requisito esencial de la relación de trabajo subordinado, implica “sumisión contractual” del empleado al empleador, genera un campo fértil para la aparición de lesiones en el patrimonio jurídico (tanto material, como moral) de sus contratantes. No hay motivos, por lo tanto, para excluir lesiones de derechos extrapatrimoniales en el ámbito de la relación de empleo. Como apunta Vazquez Vialard⁵⁷²:

Si en algún ámbito del derecho el concepto de ‘daño moral’ puede tener alguna aplicación es, precisamente, en el del trabajo. La razón de la circunstancia de la ‘subordinación’ a que está sujeto el trabajador en el cumplimiento de su débito, resulta proclive para que la actuación de la otra parte, que dirige esa actividad humana, pueda menoscabar la facultad de actuar que disminuye o, en su caso, frustra totalmente la satisfacción de un interés no patrimonial. Dicha lesión puede afectar, tal como hemos afirmado, a sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual.

Guimarães Carvalho Ribeiro⁵⁷³ en un estudio que realiza con precisión, observa que la problemática del registro corporal “gira en torno al hecho de hasta qué punto es posible compatibilizar el poder de registro del empleador con el derecho del ciudadano-empleado de tener salvaguardados su honor, vida privada e intimidad”. La determinación de registro corporal de todos los empleados, indistintamente, puede ser considerado lícito, puesto que obedece al poder de fiscalización del empleador que, por sufrir los riesgos de la actividad económica, debe

⁵⁷² VAZQUEZ VIALARD, Antonio. *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p.755.

⁵⁷³ GUIMARÃES CARVALHO RIBEIRO, Lélia. “Tutela da personalidade do trabalhador”. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, v.31, n.62, p.470-471, 1995.

buscar la salvaguarda de su patrimonio. La regulación de la materia no resulta uniforme en las legislaciones extranjeras que se preocuparon abiertamente por el tema. A modo de ejemplo, véanse los artículos 70 a 72 de la Ley nº 20.744, del 20 de septiembre de 1974⁵⁷⁴, de Ley Laboral argentina, regulada por el Decreto nº 390, de 1976, que trata del sistema de controles personales en aquel país.

Como se observa, la legislación argentina permite el registro por el empresario, siempre que se observen los requisitos legales, asegurando el respeto a la dignidad y a la intimidad del trabajador.

En relación a la legislación italiana, conviene transcribir unos fragmentos del trabajo presentado por el eminente ministro Orlando Teixeira da Costa⁵⁷⁵, titulado *Direito do Trabalho e Relações Humanas en la Empresa*:

La Ley Italiana - La contribución del Estatuto de los Trabajadores de Italia es inestimable por la sagacidad con que sus autores, los profesores Gino Giugni y Federico Manzini, consiguieron plantearlo entre la doctrina, limitando los poderes de control del empleador en lo que se refiere al uso de guardas privados, en la instalación de equipos de videocámaras, en la prohibición de investigaciones sobre las opiniones, la liberalidad de pensamiento y el derecho al estudio. La tutela de todos estos derechos acabó por modificar el estatus social, tanto del trabajador como del empleador, puesto que el propio trabajador dejó de ser un individuo del todo subordinado a la voluntad absoluta del empresario, para

⁵⁷⁴ “Art. 70. Los sistemas de controles personales del trabajador, destinados a la protección de los bienes y del patrimonio del empleador, deben siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deben ser practicados con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal.

§ 1º. Los controles del personal femenino deberán estar reservados a personas del mismo sexo.

Art. 71. Los sistemas, en todos los casos, deben ser puesto en conocimiento de la autoridad.

Art. 72. La autoridad delegada de la aplicación está facultada a verificar que el sistema de control utilizado por la empresa, no afecte de forma manifiesta y discriminada a la dignidad del trabajador”.

⁵⁷⁵ TEIXEIRA DA COSTA, Orlando. “Direito do Trabalho e Relações Humanas na Empresa”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.24, n.53, p.81, 1996/1994.

asumir un papel revestido de mayor dignidad humana, mientras que el empleador disminuye su poder de mando, ante las limitaciones creadas por la ley con relación a su ejercicio.

Antiguamente, la institución de guardas privados tenía por finalidad la protección no sólo del patrimonio material de la empresa, sino también la vigilancia de los empleados en lo que se refería a todos los actos de su conducta. Por ello, no siempre el empleador creía conveniente dar conocimiento de ella al empleado que, de esa forma, era observado ocultamente. Hoy, gracias a la ley italiana, se impone no sólo la publicidad adecuada sino que también las funciones institucionales de los guardas quedaron restringidas a la protección de los bienes muebles e inmuebles de la empresa.

Situación semejante es la del empleo de equipos audiovisuales. Pueden instalarse pero atendiendo a las exigencias organizadoras y productivas de la empresa o también por seguridad en el trabajo. Si el empleador pretende utilizarlos también, para controlar a distancia las actividades de los trabajadores, esto no podrá hacerse sin el acuerdo previo de las representaciones sindicales en la empresa.

Como aún no hay una reglamentación específica en el derecho positivo brasileño sobre el derecho de registro sobre el empleador, entendemos que tal derecho debe ejercerse de forma razonable, con el constante cuidado de no violar la esfera extrapatrimonial de intereses de los empleados.

Plá Rodríguez⁵⁷⁶, en relación a su propio pudor subjetivo de la persona que es objeto del registro, dice:

Ante tal situación, la reacción de cada persona puede ser distinta porque las sensibilidades son diferentes o el conjunto de circunstancias influyen de manera diferente

⁵⁷⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "O dano moral no Direito do Trabalho". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, n.12, p.29, set. 1996.

en la reacción del interesado. Debe respetarse la reacción de cada persona sin imponer un tratamiento igualitario que parecería artificial e irrespetuoso con respecto a la intimidad del afectado.

Goñi Sien⁵⁷⁷, de la Universidad de Salamanca, en relación al derecho de intimidad del trabajador, sostiene que:

Debe considerarse prohibido para el empresario: a) el emplazamiento y utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento – no advertido al trabajador – de su vida íntima; b) la toma de conocimiento de cualquier forma de la vida íntima del trabajador a través de interceptar las manifestaciones o comunicaciones escritas (cartas privadas y telegráficas) y no escritas (telefónicas) propias del trabajador o destinadas al mismo; c) la divulgación de hechos relativos a la vida privada del trabajador que afectan a su reputación y buen nombre (por ejemplo, la publicación de los antecedentes disciplinarios con motivo de la participación en una huelga o la circulación de listas negras que contengan datos personales del trabajador); d) la revelación de datos privados del trabajador conocidos por el empresario en la fase de selección o por razón del control sobre la prestación laboral; e) la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, etc. de la imagen del trabajador.

La invasión a la intimidad del empleado, por violar el derecho, salvo por autorización judicial, no legítima el ejercicio del poder disciplinario ni del *jus variandi* por el empleador.

Concordamos con la posición de Couto Maciel⁵⁷⁸ en cuanto a que el Derecho Laboral es el campo más fértil para el surgimiento del daño de orden moral. Dice:

El empleado, tiene más posibilidad que cualquier otro de ser moralmente afectado, en razón de esa propia jerarquía interna por la que se somete a su dirección, lo

⁵⁷⁷ GOÑI SIEN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas, 1988, p.22. El profesor subraya que: "las normas generales dispuestas para la tutela de la inviolabilidad de la esfera privada de la persona son, por lo tanto, aplicables en el terreno laboral contra las posibles injerencias que el empresario puede llevar a cabo sobre el trabajador".

⁵⁷⁸ COUTO MACIEL, José Alberto. "O trabalhador e o dano moral". *Síntese Trabalhista*, São Paulo, p.8, maio 1995.

que hace que le vea, en la mayoría de las ocasiones, como alguien sometido a sus órdenes, de forma arbitraria [...], y ningún campo es tan fértil para amparar tal derecho como el Derecho del Trabajo, en el cual la subordinación debe ser respetada, bajo pena de abuso moral y consecuente resarcimiento.

Se observa, con frecuencia, que esas cuestiones forman parte del día a día laboral, en que el empleado, más habitualmente, es quien sufre la ofensa. En este particular, vale decir, se inclina Lopes Sússekind⁵⁷⁹, con explicación más precisa, obviamente, cuando declara que “de ambas las partes conviene enfatizar, si bien lo más común sea la violación de la intimidad, de la vida privada, del honor o de la imagen del trabajador”. De eso resulta claro que la ofensa de orden moral se origina, también, en la relación de empleo, teniendo como factor preponderante la relación de subordinación debido al contrato de trabajo, atrayendo la indiscutible competencia de la Justicia especializada en las relaciones de trabajo, ante la dicción clara del artículo 114 de la Ley Mayor⁵⁸⁰.

Cualesquiera que sean las ofensas a la personalidad del ciudadano trabajador, no se puede negar que la preocupación es encontrar la justa indemnización ante la ausencia de criterios legales, sobre todo porque no existe fórmula mágica que permita la correcta reparación. Es natural esa dificultad, puesto que no se encontrarán daños morales con proporciones idénticas. Mejor dicho, ante el análisis subjetivo, visto que se tiene de lidiar con la delicada cuestión de la personalidad, difícilmente se encontrarán víctimas iguales, y daños exactamente equivalentes, en circunstancias idénticas⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ LOPES SÚSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p.595, maio 1995.

⁵⁸⁰ “Art. 114. Compete a la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los disídios individuales y colectivos entre trabajadores y empleadores, abarcando los seres de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta de los Municipios, de Distrito Federal, de los Estados y de la Unión, y, en la forma de la ley, otras controversias derivadas de la relación de trabajo, así como los litigios que tengan origen en el cumplimiento de sus propias sentencias, incluso colectivas”.

⁵⁸¹ CASILLO, João. *Op. cit.*, 1994, p.137.

La función de encontrar el quantum es ardua, pero esa dificultad no puede servir de obstáculo para alcanzar el montante apropiado. En primer lugar, es necesario que el juez del Trabajo tenga libertad para arbitrar el daño (artículos 8º y 765⁵⁸² de la Consolidación de las Leyes del Trabajo – CLT, combinados con el artículo 1553, de la ley sustantiva civil). Por ese rumbo, en busca de la valoración del daño moral, el arbitrio es de la esencia de las cosas, según los más cualificados autores (José de Aguiar Dias y Wilson Melo da Silva), por lo que debe el juez utilizar toda su experiencia objetivando el encuentro de una fórmula razonable, con bastante creatividad y perseverancia, puesto que estamos dando cobro a un derecho que protege una carga de valores de la persona humana, que, pensamos, merece especial atención.

Otros factores que deben ser muy bien sopesados en esa tarea nada fácil, incluyen la posición social del ofensor, el *animus* de ofender, la gravedad de la ofensa, el sufrimiento de la víctima y sus repercusiones (Ley nº 4.117, de 1962 – Código Nacional de las Telecomunicaciones, y Ley nº 5.250, de 1967, artículo 53 – Ley de la Prensa).

La combinación de esos criterios (elementos, según los autores), aliada a otros, que seguramente surgirán en el transcurso del procedimiento laboral, auxiliarán a los jueces en el encuentro de la reparación adecuada. Sin embargo, una cosa parece importante resaltar: es que el montante de la condena debe representar doble función, no sólo compensando la aflicción, angustia y el dolor del lesionado, sino, sobre todo, sirviendo de pena al ofensor, alertándolo a que no se permitirán nuevas investidas del género, colocando, así, una pesada laja a las malas convivencias verificadas en las relaciones de trabajo en Brasil.

⁵⁸² “Art. 765. Los juicios y los Tribunales del Trabajo tendrán amplia libertad en la dirección del proceso y velarán por la marcha rápida de las causas, pudiendo determinar cualquier diligencia necesaria para la aclaración de las mismas”.

Por lo tanto, no hay dudas de que la indemnización debe tener una función punitiva al culpable, puesto que, caso contrario, no conseguirá el comando judicial infundir en la sociedad el peso de su conducta antisocial, y no se necesitarían muchos ejemplos para verificar la firmeza y el coraje con que se deben tratar esas cuestiones. Quien recuerda la fuerte repercusión e intensos debates que ocurrieron en la sociedad sobre la brillante sentencia sacada el 9 de junio de 1995 por el Juez de Derecho Danilo Panizza Filho, del 7º Juzgado de la Hacienda Pública de São Paulo, en un episodio ocurrido en enero de 1993, en que el joven estudiante Luiz Felipe Villaboim Sidow iba a la playa con un amigo y fue abordado y muerto, sin cualquier motivo, en el camino, por un policial, condenando al Estado a indemnizar a los padres de Luiz Felipe en R\$ 800 mil Reales⁵⁸³.

Se tiene que la indemnización por daños morales deba arbitrarse en valores considerables para, así, causar en el culpable el impacto necesario, impidiéndolo a practicar nuevos atentados de ese orden. También es necesario que quede suficientemente claro que tal indemnización no puede llevar al enriquecimiento del ciudadano trabajador, ni tampoco a la ruina, a la miseria al empleador. El objetivo mayor no es la reparación del daño, sino a la efectiva prevención. Así procediendo, se piensa en la posibilidad de que las indemnizaciones en dinero sirvan no sólo para compensar el dolor, sino también, en especial, para establecer una forma de respeto al acervo de bienes morales (tales como: la dignidad, el honor, la honestidad y otros sentimientos nobles de la personalidad del hombre) y no establecer un comercio barato y despropositado.

⁵⁸³ Decisión publicada íntegramente por el *Jornal do Advogado*, São Paulo, Organização dos Advogados do Brasil – OAB, n.204, p.31-32, jul./ago. 1995.

Mejor dicho, se puede afirmar, como lo hace Zenun⁵⁸⁴, la seguridad de que la condena en dinero por el daño moral no trata de mercantilizarla, sino de la derivación para arrancar al lesionado del sufrimiento, proporcionándole medios de lenitivo... Lo que no se puede permitir es que el trabajador sea lesionado en lo que tiene de más precioso: el honor.

Por otro lado, no se exige que el Derecho cuestionado o la norma legal a ser aplicada pertenezcan al campo del derecho Laboral. Lo fundamental es que el litigio derive de la relación de empleo, o de la relación de trabajo.

Lo fundamental es que la relación jurídica alegada como soporte de lo pedido esté vinculada, como el efecto a su causa, a la relación empleadora, como parece incuestionable en el caso en cuestión, no obstante, su contenido específico sea el de una promesa de venta, instituto del Derecho Civil.

En la fase contractual, el daño puede infligirse cuando el empleador deja de cumplir ciertas obligaciones derivadas del contrato de trabajo, como respeto a la personalidad y dignidad del trabajador.

Por lo tanto, pasamos a describir algunos criterios importantes en el momento de fijar la indemnización de los daños morales en el Tribunal del Trabajo. Pero antes de eso, haremos algunos comentarios acerca de esta situación en el Derecho Civil.

5.9 ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIDA DEL DAÑO MORAL EN EL ÁREA CÍVIL

Uno de los grandes desafíos del jurista es encontrar pautas que muestren la forma a que se debe llegar para cuantificar el daño moral. Superada la cuestión sobre si el daño a la persona debe ser objeto de

⁵⁸⁴ ZENUN, Augusto. *Op. cit.*, 1996, p.62.

indemnización, como se discutía hace algún tiempo, y reconocido que el mal hecho a la integridad psíquica de alguien, sea en sus derivaciones de daños patrimoniales o extrapatrimoniales, el daño moral es plenamente resarcible. El gran problema de los tiempos hodiernos es la cuantificación del daño moral. Salvo la labor de los Tribunales y de algunos pocos autores, no ha existido mucho interés en encontrarse soluciones justas para esta cuestión⁵⁸⁵.

Acostumbrados con la certeza de la valoración del daño patrimonial, en que basta la verificación del valor necesario para la reposición del bien damnificado al estado anterior, todos quieren solución similar. Eso no es posible, puesto que diferentes y antinómicos los procedimientos para verificar cuanto vale la *restitutio in integrum* cuando algún bien es deteriorado, y averiguar como una lesión extrapatrimonial exacerbo el espíritu, lo íntimo, la subjetividad de una persona.

Sin embargo⁵⁸⁶, en el entendimiento de Santos⁵⁸⁶, fue esta dificultad en fijar el quantum por el daño moral que conspiró para el atraso dogmático y doctrinario del daño moral. Uno de los argumentos, hasta seductores, para que el daño moral, se quede sin indemnización era la imposibilidad de se encontrar el real valor de la indemnización. Durante muchos años esa fue la principal arma utilizada para hacer con que el daño moral dejase de ser reconocido como entidad jurídica apta a generar indemnización.

La incerteza que se extiende en ese campo impide acuerdos. Es casi nula la transacción en pedidos de indemnización por daños morales. Como nada existe de seguro, la parte queda sin saber cuál el valor justo para aminorar el dolor espiritual padecido por la víctima. Ora el autor pide cuantía fuera de los padrones normales, ora es el reo que se recusa a pagar la cantidad pedida por entender que el valor es muy superior a lo

⁵⁸⁵ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.165.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p.166.

que vale el deterioro espiritual del ofendido. Todo eso porque no existen criterios en que las partes puedan basarse para saber cuanto el juez va a fijar a título de resarcimiento. Imaginemos la dificultad del abogado que delante del cliente ofendido por algún agravio extrapatrimonial, es indagado sobre cuanto valdrá el daño que padeció. En la falta de criterios más o menos ciertos y fijos, tendrá que engullir en seco, darle vueltas al problema, relacionar la cuestión y mostrar a su cliente que es imposible saber cuanto recibirá a título de indemnización⁵⁸⁷.

En momento posterior, cuando va efectuar la medida del daño moral, el juez es acometido del mismo mal que en momento anterior acometió el abogado. Redactada la sentencia, en el momento en que va establecer la cantidad necesaria para compensar la víctima, o apenar el infractor de forma justa, la dificultad asoma al espíritu del juez. ¿Cuánto por el daño moral? ¿Cuál el valor que, de cierta manera, compensará a la víctima? ¿Esa importancia que el juez va a fijar atiende a algún criterio sano y que tornará justo el quantum indemnizatorio? Eso viene de ser así porque en procesos que tratan sobre indemnización de daño moral es fácil la discusión y la conclusión sobre lo que es objeto de resarcimiento. Sin embargo, el cuanto relativo a esa indemnización es preocupación del abogado que, al elaborar la petición inicial, o, en este caso, la reclamación laboral, queda atormentado sin saber cual el valor que estipula al daño que pretende el resarcimiento, y el juez que, después de analizar la prueba y concluir por la procedencia de la demanda, en el momento de elaborar el dispositivo de la sentencia, en el instante en que debe fijar la condenación, no tiene una guía seguro en que se pueda nortear⁵⁸⁸.

Todas esas cuestiones que asoman al espíritu del juzgador en el instante en que va elaborar la parte dispositiva de la sentencia redactada en casos de indemnización por daño moral surgen por la falta de algún

⁵⁸⁷ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.166.

⁵⁸⁸ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.166.

criterio que sane la dificultad. En cuanto el explorador se utiliza de brújula y mapa que lo guiarán de forma segura, en las sendas de lo desconocido, y lo harán retornar al punto de partida o a su destino sin grandes dificultades, puesto que la brújula y el mapa lo guiarán por los más extraños caminos, en tema de daño moral ni el abogado ni el juez poseen alguna referencia que pueda nortear su pensamiento en el difícil instante de la medida del daño moral. Al contrario del Derecho Penal, en que cada crimen corresponde al tamaño de la pena, el grado mínimo y el máximo que debe ser aplicado al criminoso, cantidad que es siempre basada en la gravedad del delito practicado, en tema de daño moral ese criterio es imposible. Repudiado la tarifación de la indemnización del daño moral, sobra mismo al juzgador recorrer el pantanoso camino de la nada para encontrar el quantum indemnizatorio. Esa dificultad conspira para la ausencia de acuerdos, hace con que ninguna de las partes quede satisfecha cuando el juez dicta la sentencia y encuentra el valor de la indemnización, tanto que raras veces autor y reo no recurren simultáneamente, o reclamante y reclamado, que, en este caso, el autor, reclamante, por entender que la cantidad que le fue otorgada es mínima, y el reo, reclamado, porque el juez fue generoso y arbitró importancia excesiva⁵⁸⁹.

El arbitramento correcto de la indemnización del daño moral, además de no existir pauta cuantitativamente exacta, se reduce a una operación no susceptible de ser fijada, tomando como base, conceptos que tengan validez general. La fluidez y el carácter nebuloso y relativo de la subjetividad, del sufrimiento anímico, impide la existencia de pautas que tengan validez universal o, al menos, en determinado ordenamiento jurídico de cada país⁵⁹⁰.

A) El prudente arbitrio del juez

⁵⁸⁹ Ibidem.

⁵⁹⁰ LOPES SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p.596, maio 1995.

Faltando criterio de validez general, se hace un apelo a criterio sumamente subjetivo. El prudente arbitrio del juez pasa a ser la única forma de superación de la dificultad de la indemnización del daño moral. Confiase en los jueces en esa tarea, eso es lo correcto. Mas, dejar solamente al arbitrio de un ser humano el trabajo de encontrar el montante indemnizatorio, además de parte quedar entregado al sabor de las características personales y de la personalidad del magistrado, acarrea duda e incertezas. Aquel Tribunal fija indemnización en cantidades mayores, en cuanto el otro es más severo⁵⁹¹.

Sin contar que solamente en el Estado de São Paulo existen tres Tribunales que aprecian, simultáneamente, cuestiones atinentes al daño moral: el Tribunal de Justicia, el Primero y el Segundo Tribunal de Alzada Civil. No es difícil suponer que, no habiendo uniformidad en casos similares, uno y otro Tribunal cargarán la certeza de ser generosos o avarientos cuando fijan la indemnización del daño moral. Eso, en una visión mayor. Filtrando esos datos que los Tribunales son compuestos por Cámaras juzgadoras, no es difícil suponer que cierta Cámara se utilizará de un dado criterio, en cuanto otra, basada en diversos andamios, establecerá para más o para menos el resarcimiento del daño moral. Filtrando todavía más, se encuentran los millares de jueces de determinado Estado de la Federación. Cada uno con su arbitrio prudencial a juzgar pedidos de indemnización bajo su óptica particular y personal. Ahora, pensemos en el Brasil todo, en que el sistema federativo permite que cada Estado miembro organice su Justicia. ¿Cómo esperar que un Tribunal o un juez del Norte y del Nordeste tengan la misma visión acerca de la indemnización del daño moral que sus colegas del Sur, del Sudeste o de la Región Central de Brasil? Aunque este País tenga cierta homogeneidad cuanto a determinados costumbres y no posea dialecto, puesto que la lengua es la misma en cualquier lugar del País, no se puede prescindir de las características de cada región. Ahí, el ataque a la

⁵⁹¹ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.168.

masculinidad de un hombre es tenido como sumamente ofensivo; acullá, ni tanto. En determinadas regiones del País, para satisfacción de sus habitantes, el ataque al honor es redefinido con sangre; en otras, esa cuestión es sobremanera amainada⁵⁹².

No es válida, advierte Zavala de Gonzales⁵⁹³, una lisa y ciega confianza en el juez, puesto que ninguna confianza puede reposar en la ingenuidad, ni en el azar. Y también los jueces confían en el esfuerzo conjunto de los hombres de Derecho cuando procuran apoyo doctrinario y soluciones jurisprudenciales. El problema de la valoración de la cantidad del resarcimiento constituye una dificultad común general del daño moral, también se quieren soluciones comunes y generales en lo que concierne al menos al esqueleto primario del tema. No se puede ni debe pretender una concepción matemática totalizadora de la cuestión, lo que, además de imposible, prendería la Justicia en favor de una ciega e inamovible seguridad, sin embargo tampoco la fluidez y el arbitrio irrestrictos que significarían una completa libertad para hacer justicia, se equiparan a la libertad del náufrago.

Dejar solamente al prudente arbitrio del juez la difícil tarea de fijar el montante indemnizatorio es causa de anarquía judicial en el tema daño moral, por todas las razones que se puedan imaginar. Mismo sin efectuar la confusión entre el arbitrio, mismo que sea utilizada la prudencia, todavía sobrarán fijaciones desiguales, exactamente por las condiciones personales de cada magistrado. Lejos va el razonamiento de que el juez, en el análisis del caso concreto, se porte de forma neutra.

Para Cossio⁵⁹⁴, creador del ecologismo jurídico, la teoría ecológica del Derecho hace ver al Juez que, al dictar la sentencia, él no es neutro

⁵⁹² SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.169.

⁵⁹³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993 /1996. V.6.

⁵⁹⁴ COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

porque de hecho jamás podría serlo. La teoría hace ver al juez que el no puede ser indiferente porque está viviendo una preferencia. La teoría ecológica muestra al juez natural ineludible de su compromiso vital, en la sola forma que esto no se refuta, a saber: volviéndose obstinado en lo que vive en sus sentencias. Esto quiere decir, también y muy especialmente, que lava las manos, más que sea incentivado a definir su destino en lo que le tocar hacerlo, vale decir, que lo llama a vivir con autenticidad. En todo eso se ve que el juez no es un Pilatos, porque tiene una causa que es su vida, que no puede traicionar.

La sentencia, además de aquellos criterios técnicos que le son peculiares, contiene datos personales, de formación cultural, religiosa y moral del juez. Dadas las diferencias de cada ser humano, de cada juez, es fácil justificar las desiguales indemnizaciones por hechos semejantes. Todo en nombre del prudente arbitrio judicial. Dos personas pierden la vida. El hijo de uno recibió 5.000.00 salarios mínimos, al paso que el otro, sólo 100 salarios. No hay justificación para ese hipotético razonamiento, más, buscando los repertorios de la jurisprudencia, se encuentran números disímiles para casos similares como fruto del denominado prudente arbitrio del juez.

El arbitrio prudencial jamás será apartado. Ni tiene solamente aspectos negativos. Lo que es propugnado es el aditamento de otros factores, de otras pautas, tanto objetivas como subjetivas, para minorar y no dejar que el juez se utilice de criterio prudencial para la tormentosa tarea de encontrar el montante resarcitorio. La discrecionalidad mal ejercida configura un error de derecho que habilita la reforma de la sentencia. Debe ser posible reconstituir los fundamentos en los cuales el juez se basó para establecer una determinada cantidad resarcitoria. Por eso, en la motivación de la sentencia, debe especificar claramente cuales fueron las pautas llevadas en cuenta para llegar al montante determinado,

las pruebas que se ponderaron y los precedentes jurisprudenciales sobre los cuales el juez adaptó la solución al caso concreto⁵⁹⁵.

B) Las diferentes maneras de reparación del daño

Reparar significa reponer lo perjudicado al estado anterior, a la forma en que se encontraba antes de sufrir el acto que disminuyó su patrimonio. El restablecimiento de ese equilibrio por la indemnización solamente es posible delante del daño patrimonial. Si el automóvil de alguien es damnificado, cierto número de reales será suficiente para dejarlo como antes del accidente, antes de sufrir las consecuencias dañosas⁵⁹⁶.

Habiendo posibilidad jurídica y material, la reparación del daño puede ser hecha *in natura*. En el ejemplo arriba mencionado, si el ofensor resolver llevar el coche para la oficina particular y entregar a la víctima el automóvil debidamente concertado, la reparación ocurrió de manera específica. Esa forma de resarcimiento es común en las hipótesis en que la obligación es de hacerlo, puesto que tiene como objeto reponer las cosas al *status a quo ante*⁵⁹⁷.

Surge una hipótesis de reparación *in natura* cuando sucede daño moral. En los daños contra el honor los errores cometidos por órganos de comunicación, el ofendido puede entender como suficiente la publicación de la retractación, la rectificación de la noticia inexacta o agravante. Publicación o desmentido, la nota en que el diario reconoce el error con el mismo destaque de la noticia que agravó el honor de la víctima, podrá suceder la satisfacción, sin necesidad del recurso a la indemnización en dinero. En este caso, la reparación sucede *in natura*. No es causa que

⁵⁹⁵ ORDOQUI CASTILHA, Gustavo. "Pautas y criterios para la evaluación del daño a la persona". En: MOSSET ITURRASPE, Jorge; [et al.]. *Daño a la persona*. Montevideo: Ediciones del Foro, 1996, p.125.

⁵⁹⁶ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.171.

⁵⁹⁷ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.172.

impide, sin embargo, de que, a la par de la rectificación elaborada por el órgano de comunicación, que deberá suceder siempre, hasta por imperativo ético y por la obligación de bien informar, la víctima pase a pleitear la indemnización por el daño moral que sufrió. La rectificación de la publicación que alcanzó el honor de alguien tanto puede ser tenida como suficiente y apta para borrar la alevosía como no. La publicación de la rectificación, o de la respuesta, no inhibe ni impide el pedido del resarcimiento, más es una hipótesis del resarcimiento *in natura* del daño moral. Esas diferentes formas de reparación no se excluyen. Por lo contrario, pueden ser utilizadas conjuntamente para una efectiva reparación del daño, para alcanzar el resarcimiento pleno, en su mayor integralidad⁵⁹⁸. No sin razón, en el inciso V del artículo 5º de la Constitución Federal extrema viene la posibilidad de acumulación del ejercicio del derecho de respuesta del agravado por alguna noticia inexacta, con la indemnización por daño moral, material o a la imagen.

Otra forma de indemnización, y la más común, es la entrega de dinero que servirá para la restauración de la cosa efectuada. Sin embargo, fijado en el ejemplo del coche, podrá la víctima procurar oficinas, verificar cuanto en dinero será necesario para dejar el vehículo en el estado en que se encontraba antes del siniestro y, así, exigir del causador de la lesión la importancia exacta y necesaria para la reparación del vehículo. Incluso que ese criterio no se muestre ideal, por cierto es una forma bastante aproximada de la indemnización justa, permitiendo colocar el patrimonio de la víctima en situación, sino igual, por lo menos aproximada, muy aproximada de lo que el bien representaba antes del evento nocivo⁵⁹⁹.

Esa entrega de dinero, tan común en los casos de daño patrimonial, no guarda la misma función cuando sucede daño moral, por

⁵⁹⁸ Ibidem, p.173.

⁵⁹⁹ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Op. cit.*, 1999, p.173.

una razón cierta y obvia: el daño moral es no susceptible de ser reparado *in natura* o en dinero. ¿El dinero dejará una madre que perdió el hijo en la misma situación en que se encontraba cuando el hijo todavía estaba vivo? ¿El dinero retirará de la víctima el malestar causado por la pérdida de un brazo, aún que la prótesis sea casi perfecta? Evidentemente que no. En cuanto en el daño patrimonial el dinero asume preponderante función de equivalencia, es decir, con alguna exactitud cumple el objetivo de la responsabilidad civil que es el de restablecer el patrimonio afectado, del daño moral el dinero sirve a un fin distinto. Jamás será el equivalente al daño, más tendrá como fundamento la satisfacción, la compensación para la víctima⁶⁰⁰.

El jurista tropezaba con un serio conflicto. El dinero nunca podría ser un sucedáneo del dolor. No se paga dolor con moneda. Exigir indemnización de algo inmaterial, para horror de aquellos juristas, sería prostituir el dolor con dinero. Provocar sufrimiento, exigiendo algo que tenga expresión monetaria impedía el reconocimiento de la indemnización del daño moral. Ese razonamiento hizo fortuna durante algún tiempo. Hoy en día ya no es posible aceptar el ataque a la persona sin que exista la contraprestación. El principio del derecho consistentemente en *alterum non laedere* no conoce tipo de lesión, sea patrimonial o moral, lo que se concretiza en la realidad del mundo es que nadie debe perjudicar al otro. Y, si acaso hubo este episodio, que el ofensor se someta a la consecuencia más inmediata, que es retirar del bolsillo cierta cantidad que sirva como lenitivo para la víctima. Lo que importa en Derecho de Daños es la reparación integral de la lesión que, injustamente, la víctima padeció.

A pesar de imperfecta, esa manera de indemnizar el daño extrapatrimonial – porque las consecuencias del daño (deterioro espiritual, vergüenza, humillación, perturbación anímica, pérdida del equilibrio emocional) no desaparecerán por más dinero que la víctima reciba – en

⁶⁰⁰ Ibidem, p.174.

nombre de una pureza conceptual, no es posible emprestar al vocablo indemnización una acepción puramente económica, que solamente debe ser medida en casos de lesiones patrimoniales. El resarcimiento en dinero debe alcanzar, si, los casos en que hubo daño moral, y no solamente aquellos de otra equivalencia, trazo común a la lesión patrimonial.

No será la imposibilidad de retomar el estado anterior, que haga que los predadores de los derechos personalísimos deben quedar sin respuesta. Hubo un daño, sea de cual clase fuera, la indemnización es inexorable.

Hasta porque, alertan Cazeaux y Trigo Represas⁶⁰¹, ante la lesión causada a los sentimientos el derecho recorre al único medio a su alcance para atenuar, en cierta medida, los efectos causados. No hay porque suponer que esta indemnización en dinero signifique una concesión al hedonismo. El dinero, en si mismo, es neutro del punto de vista ético; todo depende del destino que se le de. Y si la víctima se puede satisfacer con los motivos egoístas, no se debe apartar la perspectiva de que lo destine al cumplimiento de objetivos altruistas, lo que, con sus recursos ordinarios, estaría fuera de su alcance. La compensación en dinero ejercería la función de contrapeso de la sensación negativa existente cuando la incidencia de la lesión y que produjo deterioro, en la subjetividad del ofendido.

5.10 LA CUESTIÓN ACERCA DE LA TARIFACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Vista la dificultad en medir el daño moral y delante de la insuficiencia del prudente arbitrio del juez, se podría imaginar que la cuantificación del daño moral estaría resuelta si el legislador hiciese

⁶⁰¹ CAZEAUX, Pedro; TRIGO REPRESAS, Feliz. *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p.229.

colocar en cualquier diploma legal que tratase de indemnización por daño moral, el quantum a ser indemnizado cuando ocurriese violación a cualquier derecho muy personal.

Ante la disparidad de juzgados que fijan importancias diferentes en casos semejantes, lo que llevó Mosset Iturraspe⁶⁰² a considerar que es escandaloso que las situaciones semejantes (aunque nunca iguales) sean tratadas y valoradas por los Tribunales en forma bastante diferente, y la falta de certeza derivada de la falta de criterio fijo, lo que induce a que los valores seguridad y certeza, en el ámbito de la indemnización moral, no pase de una ligera brisa de verano, hay quien propugne por el tarifación, hallando que tendrá fin la anarquía jurisprudencial vista en este punto.

La inconveniencia de la determinación inflexible de cantidades que servirán como resarcimiento, en un primer momento, es verificada en la ausencia de Justicia y equidad porque en situaciones de semejantes la solución será idéntica. Solo por ese hecho, roto estará uno de los grandes pilares del Derecho, que es atribuir a cada uno aquello que es suyo. En un sistema que propugne por el resarcimiento integral, jamás será posible considerar daños iguales en sus consecuencias y extensión, para efectos de encontrarse la cantidad justa para minorar el mal causado a la víctima.

Tarifar viene a ser exactamente la fijación rígida, en ley, de un piso mínimo y de un techo máximo para pagamento de determinadas infracciones, de manera que el juez quedaría astricto a aquellos valores siempre que tuviese que fijar el montante del resarcimiento. La tarifación de la indemnización no es la mejor solución presentada. Simplemente habría la transferencia del prudente arbitrio del juez que, al menos, estará ante un caso concreto y reúne mucho más condiciones aferir cuanto vale el desgaste emocional causado por un daño, para el legislador que, disciplinando algo para el futuro, volvería iguales todos aquellos que

⁶⁰² MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, 1973. T. II-B.

viniesen a sufrir deterioro espiritual. Cualquier uno que padeciese algún mal recibiría siempre aquel valor que la ley estipulase, sin considerar la situación personal de cada víctima o la calidad de la ofensa y del ofensor.

Durante mucho tiempo, los Tribunales brasileños se utilizaran de la Ley de Imprenta y del Código Brasileño de Telecomunicaciones para valorar el daño moral. Llegaron al paroxismo de aplicar aquellos diplomas legislativos hasta en casos que no versaban sobre Imprenta y Telecomunicaciones. El disparate se hizo tan evidente que, poco a poco, los jueces ya no eligen la tarifa vista en aquellas leyes para encontrarse el daño moral.

Tratando sobre el caso en que la víctima padeció daños físicos, el Primer Tribunal de Alzada Civil de São Paulo⁶⁰³ aplicó, en toda la totalidad, el Código Brasileño de Telecomunicaciones. Haciendo referencia a diversos juzgados, se coge del V sentencia (*acórdão*) lo siguiente:

EMENTA (SINTESIS): En lo que concierne a la cuantía, esa Egregia Cámara, considerando la presentación no exenta de un cierto grado de subjetivismo (Recurso Especial RI. 3. 3, Relator designado Ministro Athos Gusmão Carneiro, DJU, de 09.12.91), inicia los criterios para la indemnización del daño moral fijado en el Código brasileño de telecomunicaciones (Ley 4.117, de 27 de Agosto de 1962), que prevé la reparación por injuria o calumnia, que se publica en el Boletín Oficial, y establece la cuantía entre 5 y 100 veces mayor que el salario mínimo vigente en el País. Por consiguiente, dejando a un lado el criterio recomendado por el recurrente, queda establecido el salario mínimo como parámetro de base. Además, utilizado por la d. Magistrada, fija la cantidad de 60 salarios mínimos, a título de reparación por el daño moral. La adopción del parámetro estipulado en la citada Ley, según el parecer de esta Respetable Cámara, tiene precedentes en los juicios de otras Cámaras de esta Corte.

⁶⁰³ BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex, v.147, n.1, p.31.

Aunque la sentencia (*acórdão*) haya aumentado la indemnización, que había sido fijada en primero grado en 25 salarios mínimos para 60 salarios, en el caso en cuestión se aplica el Código Brasileño de Telecomunicaciones y no el Código que se había tomado como referencia cuando se dirimió el primer grado, que no tenía a ver con aquel Código, y la comodidad en encontrar un valor fijo entre 5 y 100 veces el salario mínimo, como establece la vetusta y revocada Ley, con las dificultades que conllevaba el tarifar.

Pasados más de treinta años de vigencia de las referidas Leyes, con la sofisticación de los órganos de comunicación y de los medios de difusión, existiendo actualmente la Internet satélites retransmisores y otras muchas posibilidades, no se justificaba el quedar preso en la camisa de fuerza del quantum indemnizatorio. Basta imaginar la hipótesis en que una pequeña empresa de comunicación ofenda el honor de alguien. Se sujetará, sin mayores consideraciones, a idéntica indemnización que una gran multinacional que detente un monopolio. Es decir, una cadena de televisión es vista en todo el país y, en cambio, un diario local permanece en pequeña ciudad del interior y la circulación no va más allá de los límites del municipio. Si ambos cometieran una infracción contra la persona, ¿deberían responder de forma idéntica? ¿Deberían pagar la misma cantidad o importes aproximados? La desproporción también puede ser verificada desde el punto de vista de la víctima. La difusión de una noticia falsa y agravante, en la red nacional, es mucho más dañina que si deriva de la información de un diario pequeño. La víctima, bien sea de un gigante o de un enano, ¿deberá recibir la misma cuantía indemnizatoria? Es evidente que el Derecho no juega con distorsiones y la *proportio* es criterio de Justicia.

El repudio de tarificación de indemnización ha sido bien expuesto por Pizarro⁶⁰⁴: bajo el rótulo de una tarifa o determinación legal, o de pautas meramente indicativas, pueden esconderse indemnizaciones que son no aptas para reparar integralmente el perjuicio causado, con inevitable secuela de anarquía e injusticia. Eso redundaría en detrimento de la víctima y genera, en la mayoría de los casos, beneficio indebido al ofensor, que podrá librarse pagando menos de lo que debería.

Esa posibilidad de pagar menos y continuar extirpando del ser humano lo que tiene más noble, como es su dignidad y su patrimonio moral, se proyecta en que grandes empresas abogan para que se tarife el daño moral. Invocan, casi siempre, la angustia de no saber cómo proyectar sus cálculos y lucros por desconocer cuál es el montante de la indemnización. Cuando no es así, la alegación es que no reúnen condiciones pecuniarias para afrontar decisiones que fijen indemnizaciones de elevado importe. La bancarrota rondará sus negocios si no existieran pautas previamente definidas y que maniaten el juez, impidiéndole dictaminar importes que puedan ser considerados como elevados.

La solución que se da sobre el importe que deba servir como indemnización por daño moral, y que sea el tarifado, dada la disociación de la tendencia moderna de dar amplia protección a los derechos de la personalidad, ha de superar, siempre, ha de mantener incólume la reparación integral del perjuicio. A partir de ese principio, se puede configurar cualquier otro criterio que permita entregar al juez algún plan de trabajo para que comience a pensar cuánto deberá determinar como resarcimiento de la lesión espiritual. Junto a este planteamiento, está la hipótesis de que la indemnización sea reglada y no tarifada. Los detractores del instituto del daño moral alegan que la tarificación del

⁶⁰⁴ PIZARRO, Ramón Daniel. "El daño moral y la persona jurídica; daños a la persona". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Hammurabi, p.310, 1996.

resarcimiento es una forma de no llegar a obtener el resarcimiento pleno. Esgrimen argumentos aterrados contra la libertad que se otorga al juez en la fijación del montante de la indemnización. Sin embargo, el que se establezca un tope máximo de indemnización es contrario a cualquier idea de resarcimiento integral.

Para Zavala de González y González Zavala⁶⁰⁵:

El dolor moral ni se tarifa, ni se paga. Ha sido el argumento tradicional expuesto contra el resarcimiento o en defensa de una indemnización sólo simbólica. Pues bien, ciertamente el daño moral no se puede tarifar, ni su indemnización debe realizarse en el sentido restrictivo antes mencionado.

Además, la fijación del daño moral es compleja y difícil. En cualquier caso, la Carta Magna impone una indemnización, al igual que también se procede así en el derecho comparado, ofreciendo al lesionado una compensación económica o un *pretium doloris*.

Son dos los sistemas que el derecho ofrece para la reparación de los daños morales: el sistema tarifario y el sistema abierto. Por el sistema tarifario, hay una predeterminación del valor de la indemnización. El Juez sólo lo aplica a cada caso concreto, observando el límite del valor establecido para cada situación. Es como se procede en Estados Unidos de América del Norte. Por el sistema abierto, se atribuye al juez la competencia para fijar el quantum subjetivamente que corresponda a la satisfacción de la lesión, es decir, la fijación de la reparación del daño moral queda al prudente arbitrio de los magistrados. Éste es el sistema adoptado en Brasil.

Pelegriño Grinover⁶⁰⁶ se muestra favorable al sistema abierto, como criterio de arbitraje del quantum:

⁶⁰⁵ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín. Indemnización punitiva. En: BUERES, Alberto Jesús; KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída (Orgs.). *Responsabilidad por daños en tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p.312.

Fijando el criterio de proporcionalidad de la reparación con relación al agravio (Art. 5º, V), la Constitución adopta francamente el principio de que la indemnización, además de su carácter punitivo, guarda un carácter claramente compensatorio. El carácter compensatorio de la reparación por daño moral no se armoniza con su tarifación o con las limitaciones y los techos impuestos por la legislación anterior que, bajo ese aspecto, perdió eficacia. Deberá tener en cuenta la posición social y económica de cada una de las partes, el trastorno sufrido y la situación a la que quedó reducida la víctima, la repercusión negativa en sus actividades, a la vez que atiende, principalmente, a la necesidad de dar un carácter punitivo y premonitorio a la frivolidad y a la malicia del requerido.

En la fijación del valor⁶⁰⁷, el juez normalmente se subordina a algunos parámetros de procedimientos como: la extensión espiritual del

⁶⁰⁶ PELEGRINO GRINOVER, Ada *apud* CHAVES, Antonio. "Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n.331, p.64, 1995.

⁶⁰⁷ 'EMENTA' (SÍNTESES). Daño moral. Fijación en salarios mínimos. Posibilidad. La fijación de daño moral en número de salarios mínimos no está incluida en la prohibición contenida en el inc. IV del art. 7º de la CF, pues lo que pretende la Carta Magna es prohibir la indexación y no impedir que haya fijación en términos cuantitativos. La indemnización por daño moral debe obedecer a criterio que sea suficiente a la reparación del dolor, que no se mide en términos económicos, sociales o culturales, pues todos somos seres iguales en sentimientos y emociones. El límite debe estar en el prudente arbitrio del Juez". (BRASIL. Tribunal de Alçada Cível de Rio de Janeiro. Decisión unánime del 1º Gr. de Cámara. Regional el 29 jun. 1993. Embargo 35 en Apelación nº 15769/92. Relator: Juez Walter Felipe D'Agostino).

'EMENTA' (SÍNTESES). Daño moral. Arbitraje. Criterio. El arbitraje del valor del daño moral debe quedar a criterio del Juez, pues no hay otro modo razonable de evaluarlo". (BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro. Decisión unánime de la 1ª Cámara Civil. Sentencia el 17 abr 1991. Apelación nº 3700/90. Ultra Cred Servicio S/C Ltda. vs. Maria José Martins Figueiredo Relator: Des. Renato Maneschky.).

'EMENTA' (SÍNTESES). Daño moral. Indemnización. Criterio. No existen criterios objetivos para cálculo de la expiación pecuniaria del daño moral, que, por definición misma, no tiene nada que ver con eventuales repercusiones económicas de lo ilícito. La indemnización es, pues, arbitral - art. 1553 del Cód. Civ. - y tiene otro sentido, el de compensar la sensación de dolor de la víctima con una sensación contraria. agradable Pero la medida tiene que ser justa, y tampoco puede llevar al enriquecimiento sin causa". (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Decisión de 3ª Cámara Civil. Sentencia el 27 jun. 1995. Embargos nº 214.304-1/0-02-Campinas. Relator: Des. Mattos Faria. ADCOAS 1000991).

'EMENTA' (SÍNTESES): Responsabilidad civil. Daños morales. Indemnización. Cuantía. Tratándose de daños morales, la cuantía de indemnización, al hacerse en dinero, para compensar una lesión que por su propia naturaleza no se mide por patrones monetarios, habrá de solucionarse dentro del principio de prudente arbitrio del juez, sin parámetros apriorísticos y a la luz de las peculiaridades de cada caso, principalmente en función del nivel socioeconómico de los litigantes y según la mayor o menor gravedad de lesión. El arbitraje del daño moral debe dejarse por completo a la apreciación del arbitrio del Juez que, no obstante, en cada caso, debe atender a su repercusión económica, a la

daño, la imagen del lesionado y la del que lesionó, la intención del autor del acto dañino; para que pueda ponderar, de la forma más objetiva posible, los derechos ligados a la intimidad y a la vida privada del trabajador.

En lo que se refiere a los registros corporales, por tratarse de una situación humillante, el daño moral debe considerarse presumido, debiendo en ese caso producir la inversión de la carga de la prueba, de modo que es competencia del empleador demostrar que los requisitos trazados por la jurisprudencia y doctrina, se observaron, en el sentido de que no se afectó la intimidad del trabajador.

prueba del dolor y al grado de dolo o culpa del ofensor. La compensación se realiza por contraposición de la alegría al dolor: Se compensa al lesionado dándosele, sino en la misma cantidad por lo menos en la misma cualidad, otros bienes tanto ideales como subjetivos, capaces de neutralizar en él, el pesar o el dolor sufrido". (BRASIL Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelación nº 163470-1/8-Capital. Decisión de 3ª Cámara Civil. Sentencia el 16 jun. 1992. Relator: Des. Silvério Ribeiro. Hacienda del Estado vs. Pedro Camugi y su mujer).

140358 'EMENTA' (SÍNTESIS): Daño moral. Valor. Fijación. La fijación de valor de reparación al daño moral debe ser ecuánime entre el daño causado y los reflejos incidentes de éste en la persona afectada y la capacidad económica del agente causador". (BRASIL Tribunal de Justiça do Maranhão. Decisión unánime 14367 de 1ª Cámara Civil. Diario Oficial, São Luís, 29 mar. 1993. Embargos n. 13977/92 en Apelación nº 4730/92-Capital. Relator: Des. Antônio Bayma Araújo).

'EMENTA' (SÍNTESIS): Daño moral. Fijación. Valor aceptable. Honor. El valor del daño moral debe fijarse con equilibrio y en parámetros razonables, de manera que no proporcione una fuente de enriquecimiento pero que tampoco se limite a ser simbólico. El honor es un complejo de valor social, generador de prestigio, al que debe rendirse culto y preservarlo". (BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro. Decisión unánime de 8ª Cámara Civil. Sentencia el 19 jun. 1995. Apelación nº 7240/94-Capital. Relator: Des. Geraldo Batista).

'EMENTA' (SÍNTESIS): Daño moral. Indemnización. Es posible una indemnización por daño moral, según se ha manifestado la jurisprudencia al respecto, así como también la norma del art. 5º, V, de la Constitución Federal. Sin embargo, a falta de un criterio legal para su cálculo, la fijación queda al arbitrio del juez, que debe ser prudente y justo en su estimativa. Concretamente, respondiendo a la reza por la muerte de la madre de familia, se considera suficiente la estipulación en sesenta salarios mínimos. Rechazado el criterio de la sentencia, que ordenó pensión mensual de dos salarios mínimos hasta la fecha en que la víctima cumpliría 65 años, porque, además de excesivo, se presta más a la indemnización de carácter alimenticio que moral". (BRASIL. Tribunal de Alçada de Rio Grande do Sul. Apelación Civil nº 194152427. 2ª Cámara Civil. Canoas. Relator: Hélio Werlang. Sentencia el 22 dic. 1994). "En acción indemnizadora por daño moral, la fijación del quantum en el montante inferior al reclamado no implica aceptación parcial de la pretensión al autorizar interposición de recurso, ya que se trata de un valor abstracto, a determinar por el juez, en consonancia con la naturaleza de la infracción y la intensidad del daño". (BRASIL Apelación nº 159917-3. Nova Lima. Apelantes: João Nepomuceno de Almeida y Sindicato de los Trabajadores de la Industria de Extracción de Oro y Metales Preciosos de Nova Lima. Apelados: los mismos).

Además, tarifar no es la solución por los serios inconvenientes ya apuntados. Sin embargo, para encontrar el justo equilibrio y evitar decisiones tan conflictivas en relación al montante indemnizatorio de manera que víctimas y ofensores puedan saber previamente el valor aproximado que recibirán o que desembolsarán, conviene tener presente la teoría de la regulación, expuesta por Zavala de Gonzalez y González Zavala⁶⁰⁸:

Afirmando que regular no es tarifar, la jurista añade que la regulación normativa de la indemnización del daño moral no debe ser rígida, limitativa o restrictiva, sino conductiva y flexible; no imperativa, pero indicativa. No admitirá la deshumanización, el alejarse de la realidad del caso y deberá superar el empirismo grosero, huérfano de todo apoyo comunitario. No debe crear categorías abstractas de daños morales sino que debe ser una herramienta para resarcir justamente cada daño moral concreto. No se aferrará al erróneo postulado de la infalibilidad legislativa sino que formulará bases que deberán actualizarse y modelarse dentro de la falibilidad jurisdiccional.

Este sistema haría la indemnización del daño moral más equitativa y justa, además de permitir que el juez dispusiera de la información necesaria en orden a configurar un parámetro objetivo en la ardua guerra que es la fijación del daño moral. Regular la indemnización del daño moral no es crear techos máximos o mínimos, como sucede en el sistema tarifado sino que se debe dejar un margen a la valoración judicial, que permita trasponer, en más o en menos los parámetros indicativos que la ley pueda establecer. La directriz no reside en asegurar una indemnización mínima, ni en limitar la posibilidad de que se disminuyan ciertos montantes, sino únicamente, en ofrecer algunos criterios básicos y elementales.

No compete a la ley el establecimiento estático de la indemnización y su concreción no deja de estar llena de dificultades y de previsibles

⁶⁰⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín. *Op. cit.*, 1997, p.641.

desventajas. “Sin embargo, la propuesta es de indispensable realización si no se anhela abandonar el resarcimiento del daño moral a la decisión subjetiva de cada juez y a la más profunda inseguridad de la jurisdicción”⁶⁰⁹.

El legislador podría tomar en consideración la experiencia de los Tribunales, que ya disponen de algunos criterios fijos para indemnización de daño moral. Principalmente en relación a la muerte del hijo menor o del hijo que ejerce actividad laboral ayudando los padres, o en aquellos casos de protesto indebido de títulos basado en un cierto número de veces el valor del título para, a partir entonces, iniciar una pauta de regulación del valor de indemnización de daños morales sin prescindir, sin embargo, de la actividad judicial que tal regla de Lesbos serviría para adaptarla a la luz del caso concreto.

Ya hemos afirmado en esta investigación que el dinero que la víctima o el beneficiario indirecto del daño moral reciben no sirve para borrar el daño causado. El mal perdura aunque el dinero recibido sea suficiente para la adquisición de bienes materiales que puedan mitigar el dolor del ofendido.

A este respecto, Stiglitz y Echevesti⁶¹⁰ señalan:

El dinero distintas funciones ejerce. Además de ser un instrumento de medición, de comparación, la moneda sirve como permuta, para el cambio. Cuando el daño se produce sobre un bien susceptible de ser evaluado de forma pecuniaria, significa que el pago de indemnización sustituye el bien dañado por el equivalente en dinero. En estas condiciones, el pago está revestido del carácter de compensación: “pago por el daño que causé”. También existe la compensación de la víctima, que no sufrió ningún perjuicio de los indicados en la lista reparación. Al contrario, cuando el daño recae sobre bienes que no se

⁶⁰⁹ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín. *Op. cit.*, 1997, p.645-646.

⁶¹⁰ STIGLITZ, Gabriel; ECHEVESTI, Carlos. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1997, p.306-307.

supeditan a valores económicos porque afectan a la seguridad personal o las aficiones legítimas, la suma de dinero dada con carácter de indemnización, no se constituirá en equivalente al dinero. Eso es así porque el bien afectado es inmensurable e insustituible. Las dos funciones de la moneda, medición y cambio, se revelan no idóneas para la solución del problema.

Surge, entonces, una tercera función otorgada al dinero, la satisfactoria. Apunta Mazeaud⁶¹¹:

El juez no deber tomar en consideración la situación de fortuna de la víctima cuando esta situación no modifique el daño. Por ejemplo, no puede conceder a una víctima rica una indemnización inferior al perjuicio, bajo pretexto de que su fortuna le permite aguantar cómodamente el excedente del daño. Ricos y pobres tienen derecho a una reparación igual, que comprenda todo perjuicio. El juez no tiene que practicar la caridad con el responsable, ni siquiera a expensas de una víctima muy rica.

El operador del Derecho debe de disponer de los criterios mínimos necesarios para que pueda enfrentarse al arduo tema del montante del resarcimiento del daño moral. Con las debidas adaptaciones al sistema brasileño, vamos a proceder a enumerar el decálogo que puede orientar al abogado y al juez cuando tengan que proceder a determinar el valor del dolor al que algún sujeto se haya visto sometido.

A) El daño moral es inconmensurable

¿Cómo medir lo inconmensurable? ¿Cómo medir lo extrapatrimonial? ¿Cómo fijar, en dinero, lo que no tiene traducción pecuniaria? El dolor, el estado de ánimo, el grado de afectación de la personalidad en cuanto a la vida de relación, de las oportunidades o a los proyectos de vida, el daño estético, el cuerpo, el daño físico, el daño a la intimidad, no pueden, por una razón ontológica, traducirse en dinero.

⁶¹¹ MAZEAUD, Henry. *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: EJE, 1977. T.3, V.I, p.208.

En virtud de la cualidad de inconmensurable que se atribuye al daño, la indemnización es meramente convencional, de acuerdo con criterios que no son matemáticos, ciertos e indiscutibles dado que precisamente es inconmensurable. Los autores ingleses son muy claros en cuanto a esos aspectos. Se preguntan ¿por qué diez y no cien? ¿Y por que cien y no mil? O, al revés, ¿por qué mil y no diez, o cien? Esta sería la primera idea. Es una idea obvia, conocida por todos, sin embargo es necesario destacarla. Huir de las fórmulas matemáticas, huir de la pretensión de establecer un número, una cantidad, comprender que eso es así y que debe ser así.

B) Un piso flexible

La segunda regla es la de no incurrir en la falta de homogeneidad entre el valor que se quiere reparar y el valor dinero. En este sentido, la determinación es tan arbitraria que no se puede establecer ningún principio. Se cree que hay principios que pueden funcionar como criterios de aproximación para ilustrar el raciocinio de los jueces en difícil momento de cuantificar en dinero estas indemnizaciones. Es posible encontrar algunas pautas que tengan más fuerza de convicción que la prudencia judicial, a la cual tantas veces se recurre y que hoy está desgastada.

En primer lugar, la indemnización no debe ser tan baja, tan pequeña e insignificante que sea más una indemnización simbólica que un importe que se aproxime de la tendencia de castigar. Interesa, sin embargo, la reparación compensadora que permita, con una cantidad de dinero, suavizar de algún modo el dolor y el sufrimiento. Lo que cuenta para el ciudadano común es una indemnización que tenga fuerza, que tenga peso, que golpee donde más duele: el bolsillo.

C) Un techo prudente

Esa es la tercera regla. La indemnización no puede ser tan elevada que parezca extravagante y lleve a un enriquecimiento injusto. Que se alcance un nivel y una situación de la que no se había gozado hasta el momento, que modifique la vida del perjudicado o de su familia, que lo transforme en nuevo rico. No tan alta que parezca un gesto de indudable generosidad, sin embargo, con el bolsillo ajeno.

Unas veces se acusa a los jueces de ser mezquinos y, sin embargo, otras veces se piensa que son demasiado generosos porque no son ellos que pagan. El recurso a la prudencia y al buen sentido pueden ayudar a situar el tema: indemnización que no sea ni tan alta, ni tan baja. Esa idea resulta cercana al criterio de la flexibilidad, llamada en Inglaterra de *tariff approach*, tarifa aproximada, y en Francia como *calcule approcher*, un cálculo aproximado. Que tenga piso, que tenga techo, que tenga razonabilidad.

Además, quien juzga debe estar situado y sintonizado en el contexto económico del país. Debe tener en cuenta los males del coste social brasileño, debe tener presente la situación media de las empresas, de los proveedores de bienes y servicios, la situación media de la población, debe tener en cuenta la expresiva pobreza de los habitantes del País, sin olvidar el impacto que el valor de la indemnización pueda llegar a tener sobre el dinamismo económico.

Ello no significa que el Derecho tenga que ceder ante una interpretación económica. No se está afirmando que la reparación no deba llevar a la quiebra de empresas, porque se esté siendo privilegiada a la persona humana, que es el centro del Derecho. El juez no puede ignorar a los ciudadanos que necesitan sacar adelante su economía sin los tropiezos de desgraciados planes económicos y que eran urdidos en el silencio de la noche, siempre tratando de apropiarse de las ganancias de los menos afortunados. En Brasil, por lo tanto, no hay lugar para las indemnizaciones grandilocuentes como sucede en Estados Unidos. Los

países que tienen economía próspera pueden fijar indemnizaciones muy altas. Los países que tratan de salir de una brutal recesión, los países pobres y de gente pobre, deben fijar resarcimientos más acordes con su pobreza y su recesión.

Los jueces no deben asentar doctrina judicial como doctrina aplicable a todas las hipótesis. Deben estar atentos a la doctrina que sirva para el caso, y solo para el caso, único. En ocasiones, los jueces no pueden entrar en las peculiaridades del caso porque la el abogado de la otra parte no ha descrito bien los padecimientos de que ha sido objeto su defendido. Solicitan cierto importe pero no dicen cuál es el daño moral, ni como se originó, ni tampoco llevan testigos y, cuando lo hacen, no consiguen convencer. Creen que el daño moral es una especie de sello que siempre estampa una respuesta afirmativa.

Para que se conceda la indemnización del daño moral la prueba debe de ser clara, firme y convincente. No se puede igualar y decir que la pérdida de la mano derecha es igual para todos, independientemente de quien la haya sufrido. Pensemos en el caso en que un individuo es pianista y el otro es un zurdo, que utiliza la mano derecho para peinarse. Para los adeptos a la indemnización tarifada, son dos manos derechas, y pueden valer igualmente. Los abogados tendrán que llevar el caso, con todas sus peculiaridades y fundamentando bien su petición.

El juez debe fijar la indemnización, elevada o baja, de acuerdo con las circunstancias del caso. ¿Cómo no va a tener en cuenta que el estipular un determinado importe puede llevar una empresa a la ruina? El juez ¿tiene que quedar indiferente a la quiebra de empresas como resultado de su decisión? ¿A quién satisface la estimación de un importe elevado si el deudor es insolvente? La cifra debe ser razonable. Sin embargo, no para satisfacer a una de las partes en su legítima expectativa; una indemnización adecuada, una indemnización que tenga relevancia. Por ello, cuando hay la cobertura de un seguro que contempla

una elevada suma, entonces el juez puede ser un poco más generoso, sin que esto implique terminar con las compañías aseguradoras. La existencia de un seguro que pueda “socializar la reparación”, socializar el perjuicio, extenderlo a toda la colectividad, es una buena idea.

También es razonable el carácter punitivo si el daño moral hubiera sido producto de una negligencia, o de una intención. Son dos aspectos que deben ser sopesados.

A) Necesidad de consenso

Es necesario que los jueces lleguen a un acuerdo sobre el importe como indemnización de los daños morales. Ese punto precisa ser consolidado. Causa escándalo el hecho de encontrar diferencias exageradas en decisiones que estiman el valor de la indemnización. No se puede tasar a la Magistratura de ser egoísta en unas ocasiones y generosa en otras. Jueces avaros y otros pródigos. Nadie del pueblo entenderá esa disparidad y contribuye al descrédito de la Justicia. No trata de que la uniformidad acabe vulnerando la independencia del juez sino que es criterio para evitar indemnizaciones desiguales en situaciones semejantes.

Los abogados no saben responder cuando un cliente pregunta: ¿cuanto recibiré por el daño que sufrí? La regla es pedir mucho, porque en la audiencia de conciliación se ofrecerá solamente un mínimo. El consenso en cuanto a ciertas indemnizaciones en casos parejos no servirá para estimar cifras siempre inamovibles.

B) Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un valor y una finalidad del Derecho. Sin embargo debe ser seguridad con justicia. La seguridad consiste en la posibilidad de saber, de antemano, cuáles son las oportunidades de éxito de la demanda y de cuál el valor, aproximado que el juez va a fijar y que

la víctima va a recibir. La seguridad jurídica, que deriva de la posibilidad de prevenir el resultado de la demanda, sin mayores angustias e incertezas, equivale a afirmar la necesidad de conocer la jurisprudencia, cómo los jueces están decidiendo en el ámbito de la indemnización del daño moral. De ahí, la necesidad del consenso.

C) Coherencia de las decisiones

La guía en este tema emana del propio juez, del juez que no quiere contradecir sus decisiones sobre la fijación del daño moral, ni quiere, tampoco, contradecir a sus colegas ni dejarse llevar por su inspiración personal. La jurisprudencia colabora consolidando la unificación y armonización de criterios.

En Inglaterra, el juez Morris ha afirmado que en estas cuestiones de indemnización de daños morales, si no hubo armonía de las decisiones, no habrá justicia. Se pide coherencia. Una misma indemnización para casos similares. Lesiones análogas tienen que ser reparadas de manera análoga. Dolores iguales, reparaciones iguales. De lo contrario, no habrá atribución de aquello que es suyo. Aquel que recibe menos, incluso habiendo ganado la demanda, dirá que la sentencia no es justa, con la consiguiente decepción de los iusnaturalistas, que entienden que una sentencia que no sea justa no será sentencia. Como un Derecho injusto no es Derecho, será una farsa. En Italia, Busnelli ha afirmado que deben ser atendidos los valores de la certeza y seguridad, de tal manera que permita a los demandantes tener una idea, aunque aproximada, de la cantidad que pueden recibir, abriendo la posibilidad para una transacción.

Las pautas orientadoras por parte del abogado, cuando el cliente le pregunta sobre cuánto debe recibir la víctima por el daño moral sufrido, y por parte del juez, cuando va a establecer ese mismo montante en la sentencia, deben partir de una elección acerca de la base de cálculo, sea en salarios mínimos o tomando como fundamento el valor del bien que dio origen al daño extrapatrimonial.

Por regla general, los jueces brasileños aceptan como base el salario mínimo, y parece que el equivalente a 100 veces el salario mínimo es el número cabalístico para numerosas indemnizaciones. Sin embargo, cuando el mal inferido a la víctima tiene su génesis en aspectos patrimoniales, como el de quien se queda sin poder viajar por culpa de la agencia de viaje o de la empresa aérea que llevó a cabo el conocido *overbooking*, el juez debe fundamentar la estimación del importe de la indemnización tomando como base el valor del pasaje aéreo. Ese criterio también es de aplicación en casos en que la controversia versa sobre la acusación de hurto de algún bien. El Desembargador Álvaro Lazzarini, del Tribunal de Justicia de São Paulo⁶¹², expuso esas dos posibilidades en sentencia (*acórdão*) así:

La base del cálculo, en salario mínimo, en el caso de ofensa al honor, no es razonable, siendo razonable, esto sí, la base económica del bien tenido como objeto del hurto en la acusación de los encargados (auxiliares del empresario) del acusado a la autora. Me parece que éste el criterio más objetivo para fijar la indemnización por daño moral, que no debe quedar a merced de subjetivismo del juzgador, con la debida venia, de opinión en contrario.

La base económica de la acusación lesiva del honor de la autora fue una bermuda, bermuda que ella vestía, y los encargados del reo (acusado) afirmaban que tal bermuda había sido robada. Tal bermuda, a lo que se verifica en el documento de fls. 10, le costó R\$ 57.00, en dos plazos iguales de R\$ 28,50. De ahí porque, en lugar de que la base del cálculo sea en salarios mínimos, manteniendo la reclamación de cien veces, deberá ser fijada de acuerdo con el precio de Bermuda que causó todo el problema a cuenta de la autora, es decir, R\$ 57,00, con lo que la indemnización por daños morales queda fijada en R\$ 5.700,00.

Una vez que el juez o el abogado hayan establecido cuál es la base que se utilizará, se continuará verificando lo siguiente: a) grado de reprobabilidad de la conducta ilícita; b) intensidad y duración del

⁶¹² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Julgados do Tribunal de Justiça*, Lex, n.199, p.58.

sufrimiento experimentado por la víctima; c) capacidad económica del causador del daño; y d) condiciones personales del ofendido.

La magnitud de la lesión tiene que ser siempre verificada. Una lesión física que pueda ser sanada no podrá considerarse de la misma forma que un daño estético causador de la amputación de la pierna. La permanencia de la lesión en el individuo o su enfermedad sirven para orientar el juzgador porque, si la lesión permaneciera de forma indeleble, el dolor es más intenso. Véase, aunque sea en un ejemplo tosco, la graduación de la magnitud de la lesión, en función de su magnitud: a) pérdida de un hijo; b) pérdida de dos hijos; c) pérdida de sólo un ojo; amputación de la falange del dedo anular; y d) perturbación de su crédito porque el nombre fue utilizado, indebidamente, en el SPC o SERASA. Es evidente que la indemnización vista en casos como el de la letra “a” deberá ser en muy superior a la de la letra “b”, y así en adelante.

En este criterio, conforme al cual se tendrá presente la magnitud de la lesión, se tomarán en consideración los sufrimientos psíquicos y afectivos padecidos por la víctima. El dolor, término que debe ser comprendido con el miedo, la emoción, trauma, angustia, vergüenza, pena física o moral, por ejemplo, también se tomarán en consideración. Si un hombre, casado y de edad avanzada, como consecuencia de un accidente de automóvil acaba con el rostro deformado por una cicatriz, sufrirá una perturbación psíquica. Ese trauma tendrá será mayor en el caso de que la víctima fuera una modelo o actriz, de 20 años de edad y soltera. La deformidad de la estética facial supondrá numerosos sufrimientos psíquicos a la joven modelo. Así, la indemnización debe ser mayor en esta última hipótesis. Deben ponderarse, esencialmente, los sufrimientos de quien padece la lesión moral.

Cuando se dice que la indemnización debe tener un *plus* para lograr el efecto punitivo que le corresponde, es porque, además tomar en consideración el sufrimiento también hay que valorar el menosprecio por

parte del causador de la ofensa. Si no se consigue que el ofensor detenga su nefasta actividad, hay que aumentar el importe a indemnizar sin que con eso implique la víctima acabe más rica.

A) Síntesis de los criterios particulares de la mensuración

De forma magistral, Brebbia⁶¹³ señala que el juez no puede olvidarse, sirviendo como materia de apreciación judicial, de la magnitud que estará determinada principalmente por la gravedad objetiva del daño, las características personales de la víctima y del ofensor etc., circunstancias de hecho, todas estas que surgirán en el proceso y que podrán ser materia específica de lo probado por las partes.

Tomando como ejemplo el daño moral ocasionado a un determinado sujeto por el atentado a la integridad física que sufrió al ser víctima del delito de lesiones corporales, se debe concluir, de acuerdo con las consideraciones precedentes, que la prueba de la existencia del delito constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del agravio moral. Sin embargo, para valorarlo, el juez deberá apreciar en primer lugar la extensión objetiva del agravio, es decir, la gravedad y el carácter de las lesiones (dolor física sufrido, tiempo de cura, trastornos biopsíquicos ocasionados), las circunstancias personales de la víctima (edad, sexo, situación familiar y social, especial receptividad) y del ofensor (por ejemplo, el vínculo que le une a la víctima, sea de parentesco o de dependencia), y también las características especiales del derecho (como se produjo la lesión: si hubo culpa o dolo, si fue producida en lucha franca o a traición, qué arma se empleó, etc.).

Por último, resta que nos ocupemos del tema de la presente propuesta y que nos adentremos en la cuestión de la fijación de la cuantía de la indemnización por el daño moral en la Justicia del Trabajo.

⁶¹³ BREBBIA, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Rosario: Júris, 1997. V.2.

5.11 FIJACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA JUSTICIA DEL TRABAJO

Una cuestión que no puede dejar de abordarse es la relativa a la forma de reparabilidad de la actuación en que se encuentra inserto el daño moral. Los Tribunales suelen realizar la compensación mediante la condena del ofensor en determinada cuantía pecuniaria solicitando, ocasionalmente y de forma siempre accesoria, ulteriores providencias que guarden relación con el reconocimiento público, mediante publicaciones en medios de órganos de comunicación como la prensa, que den noticia del hecho que se había divulgado y que, por decisión judicial, se haya reconocida su incorrección. Sin embargo, los procedimientos pueden considerarse como excepciones ya que lo que se busca es la recompensa pecuniaria por el dolor, angustia o sufrimiento que sintió el ofendido.

Bajo tal enfoque, como indicaremos más adelante, se constata que, de hecho, la cuestión del daño moral no puede seguir tratándose sólo de forma doctrinal y jurisprudencial. Resulta necesario que se recoja en una norma legal que defina sus límites, formas y, principalmente, la competencia para su procesamiento. De lo contrario, los operadores del Derecho, principalmente los abogados, seguirán con la duda de cómo conducir la materia, además de que no podrán informar al interesado sobre la extensión y los límites de su derecho.

Como ya se ha visto con ocasión del concepto, el daño moral compensable se entiende en un sentido amplio, englobando la esfera patrimonial y extrapatrimonial. También es importante la cuestión de sus límites, objetivando, al estilo de la legislación patria, que se parta de parámetros que puedan delimitar los pleitos que merezcan ser llevados al Poder Judicial. Ello permitiría una mayor pacificación social sobre el tema, quizá hasta con el incremento de soluciones de posibles litigios mediante las esferas extrajudiciales como los juicios arbitrales, entre otros, sin que

resultara imprescindible la intervención de la ‘carísima’ máquina judicial. En tal sentido, la materia puede tener como punto de partida la síntesis de la sentencia⁶¹⁴.

Junto a la cuestión de los límites a los que acabamos de aludir, otra cuestión que es objeto de análisis y verificación por parte de los jueces, es la que guarda relación con la situación económica del ofensor. Si por un lado no se quiere crear la posibilidad de una fuente de enriquecimiento, tampoco se puede dejar de mensurar que la condena en valores inexpresivos e ínfimos podrá no generar en el ofensor el principal objetivo de la condena como es el del respeto a la normativa que debe ser observada por todos los miembros de la sociedad, sean personas físicas o jurídicas. Tampoco serían relevantes las dimensiones físicas o financieras con las que se presenten en el ordenamiento social.

La condena relativa a la compensación del daño moral tiene como uno de los obstáculos principales su cantidad, su transformación material o, de una forma más coloquial, su determinación monetaria. Esa dificultad no huye a la disciplina de los Tribunales del Trabajo de manera que, como el magistrado tiene como principal obligación hacer justicia, no puede dejar de estimar y evaluar los elementos presentes en las demandas judiciales, caso a caso.

Según Levada Soares⁶¹⁵, “la reparación, que obliga al ofensor impagado y permite al ofendido recibir, es un principio de justicia, con aspecto de punición y recompensa, dentro del principio universal que

⁶¹⁴ ‘EMENTA’ (SÍNTESIS). Hoy en día, la buena doctrina se inclina a conferir a la indemnización del daño moral carácter doble, tanto punitivo del agente, como compensador, en relación a la víctima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Forense*, 1989, p.67). Así, la víctima de lesión de derecho de naturaleza no patrimonial (CF, art. 5º, incs.V y X) debe recibir una suma que le compense el dolor y la humillación sufridos, y determinada según las circunstancias. No debe ser fuente de enriquecimiento, ni ser inexpresiva”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 7ª Câmara Cível. Apelación. Relator: Campos Mello. Sentencia el 30 oct. 1991. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.137, p.186, [s.d.]).

⁶¹⁵ LEVADA SOARES, Cláudio Antônio. *Liquidação de Danos Morais*. Campinas: Copola, 1995, p.79.

establece que nadie debe lesionar a nadie, que los romanos definían con el aforismo *non laedere*".

El procedimiento de valoración tendrá que tener en cuenta, necesariamente, que el dolor derivado del daño moral, aquél que hiere la personalidad del ofendido, no se paga. Lo que se busca es la inhibición de esas actitudes, así como la reincidencia de las mismas, no sólo por el ejemplo social sino sobre todo por el constreñimiento efectivo del infractor, es decir, la punición pecuniaria impuesta a quien ha causado la lesión servirá para minimizar el dolor del lesionado. Así, el magistrado tendrá que hacer uso de su prudente arbitrio. En el proceso deberá tener en cuenta todas las circunstancias del caso, sopesando todos los ángulos del problema, es decir, la situación del ofendido anterior al daño, su actual situación, los bienes del causante de la lesión y, principalmente, la proporcionalidad de la condena entre el gravamen y la reparación.

Conviene destacar algunos lúcidos pronunciamientos de la doctrina y de la jurisprudencia laboral⁶¹⁶, éstos ya con la debida concreción, es decir, determinando los valores debidos frente a la constatación de la aparición de daños morales en el ámbito laboral. Tales ejemplos

⁶¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: 'EMENTA' (SÍNTESES): En efecto, se trata de demanda ya cuantificada valorativamente por la reclamante, en la letra d, del ítem VI de su inicial, a fl. 10, donde consta la solicitud de 'condena de la reclamada en pago de indemnización por daños morales, el valor correspondiente a 12 meses de trabajo. En este paso, aunque tenga la reclamante señalado con 'otro valor que esa MM Junta venga a decidir...', y aunque mi valoración personal sería el de un valor superior a lo sugerido en la prefacial, estoy convencido de que aquél debe acogerse, oncluso porque significa una limitación que vincula el acto decisivo, para que no dé más de lo que fue pedido por la parte, hipótesis en que sería *ultra petita*".

'EMENTA' (SÍNTESES): La reparación por daño moral constituye garantía constitucional, por lo que no puede el juez ignorar, en apreciación del caso concreto que le haya sido sometido, los aspectos relacionados con los mecanismos básicos de comportamiento humano, de las leyes de motivación humana, así como la necesidad de interrelacionar esas dimensiones con los aspectos morales, tutelados por leyes ordinarias. Así, se aplican analógicamente las normas que rigen la indemnización por tiempo de servicio, y que establecen como compensación del daño el valor igual a la mayor remuneración mensual en relación a cada año de servicio prestado". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinario nº 15942/92. Decisión de 8ª Turma. Sentencia el 14 dic. 1994. Relatora: Jueza Amélia Valadão Lopes. *Revista LTr*, São Paulo, v.4, n.59, p.551, [s.d.]).

demuestran la dificultad de la valoración del daño, así como la necesidad de hacerlo, bajo pena de convalidarse la injusticia.

Por parte de la doctrina, es brillante la exposición de Couce de Menezes⁶¹⁷ cuando señala:

Varios parámetros son calificados como daños morales. Por ejemplo, en los casos de ofensa al honor, el ofensor pagará el doble de la multa en el grado máximo de la condena penal respectiva. Sin embargo, los criterios puramente matemáticos no pueden adoptarse en todas las hipótesis, ya que no están previstos en la ley.

Por lo tanto, los efectos de la responsabilidad en el Derecho del Trabajo operan mediante dos formas alternativas, es decir, la reparación *in natura* y la reparación pecuniaria, que se subordinan al principio de la reparación integral del daño. El problema de la estimación del daño moral laboral es complejo, de difícil ponderación por su carácter de intangibilidad⁶¹⁸. Apunta Lima Teixeira Filho⁶¹⁹:

Al tratarse de daño patrimonial, la reposición del bien o la reconstitución del *status quo ante* o de su equivalente económico, pueden ser valorados. Tal correspondencia es extremadamente difícil en el daño moral. La equivalencia en dinero no redime el sufrimiento, el daño de la psique, ya que es de difícil valoración.

Así, la compensación *in natura* del daño moral es una de las más delicadas cuestiones que compete al magistrado laboral ya que la lesión en los derechos de la personalidad es de difícil reparación natural. La compensación pocas veces consigue reconstituir el patrimonio inmaterial danificado – *restitutio in integrum* – ni elimina los efectos indeseables que se produjo sobre la persona ofendida.

⁶¹⁷ COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p.154-167.

⁶¹⁸ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.162.

⁶¹⁹ LIMA TEIXEIRA FILHO, João de. "O dano moral no Direito do Trabalho". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, n.10, p.71, set. 1996.

Diniz⁶²⁰ sostiene que, “el papel del magistrado es crucial en la reparación del daño moral. Según su prudente arbitrio, debe examinar cada caso, ponderando los elementos probatorios y midiendo las circunstancias, prefiriendo el desagravio directo o la compensación no económica a la pecuniaria, siempre que sea posible y si no hubiera riesgo de que se produjeran de nuevos daños”.

Según Teixeira da Costa⁶²¹: “La fijación del daño moral es compleja y difícil. En cualquier caso, la Carta Magna impone una indemnización, y también se regula así en el Derecho Comparado, ofreciendo al sujeto objeto de lesión una compensación económica o un *pretium dolori*”. Apunta también el Ministro que:

Dos son los sistemas que el Derecho ofrece para la reparación de los daños morales: el sistema tarifario y el sistema abierto. En el sistema tarifario hay una predeterminación del valor de la indemnización. El juez sólo lo aplica a cada caso concreto, observando el límite del valor establecido para cada situación. Es como se procede en los Estados Unidos. En el sistema abierto, se atribuye al juez la competencia para fijar subjetivamente el *quantum* correspondiente a la satisfacción de la lesión. Es el sistema adoptado en nuestro país.

Como puede apreciarse, una de las mayores dificultades de la reparación del daño moral laboral es precisamente su valoración como consecuencia de los siguientes factores, según Ribeiro dos Santos⁶²².

- a) la subjetividad de la lesión;
- b) el hecho de que cada persona tenga una patrón ético y sentimental, unas más sensibles y otras insensibles, y en estos últimos los “estoicos de corazón duro?”), frase que inmortalizó Ripert⁶²³;
- c) la dificultad de medir el dolor, incluso cuando el lesionado está sometido a técnicos especializados en la

⁶²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 1988, p.74.

⁶²¹ TEIXEIRA DA COSTA, Orlando. “Da ação trabalhista sobre dano moral”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v.29, n.56, p.24, jan./jun. 1996.

⁶²² RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.163.

⁶²³ RIPERT, Georges. *A regra moral nas Obrigações Civis*. Traducción de Osório de Almeida. São Paulo: [s.e.], 1937, p.78.

materia, como por ejemplo, los peritos, psicólogos, psiquiatras, etc.

d) dependiendo del acto lesivo, en numerosos casos, ya no será nunca más posible lograr una situación de reequilibrio; es decir, el restablecimiento del empleado lesionado al *estatus quo ante*.

e) la dificultad del juez a la hora de definir el valor pecuniario, que aunque no pague el dolor, por no tener precio, sea justo para establecer una compensación y dar una alegría al lesionado.

Aunque nuestra jurisprudencia haya considerado la reparación *in natura* en casos concretos en los Tribunales del Trabajo, lo que en la realidad ha prevalecido es la compensación pecuniaria⁶²⁴.

Frente a la posibilidad de la manifestación del daño moral en la relación de empleo, se hace necesario demostrar la forma en que se manifiesta. Se presenta de forma diferenciada por derivar de la relación de trabajo, con particularidades propias, y puede implicar prácticas abusivas, ejercidas por el empleador en relación a la vida cotidiana del trabajador, causando así un malestar al subordinado o un retraimiento que puede desencadenar el sufrimiento característico del daño moral.

Veiga Júnior cita a Ribeiro dos Santos⁶²⁵ en relación a la caracterización del daño moral en la relación de empleo: “[...] el daño moral en el trabajo puede producirse por un acto lesivo desarrollado por uno de los litigantes en la relación laboral así como también en virtud de una modificación del contrato de trabajo”.

Sin embargo, como subraya Veiga Júnior⁶²⁶, para la caracterización del daño moral en la relación de empleo es necesaria la conjunción de algunos factores relevantes:

⁶²⁴ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.163.

⁶²⁵ RIBEIRO DOS SANTOS *apud* LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *Op. cit.*, 2000, p.72.

⁶²⁶ LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *Op. cit.*, 2000, p.72-73.

a) la existencia - actual o pretérita - de un contrato de trabajo, b) la acción u omisión del empleado o del empleador, capaz de dar lugar a un hecho, c) que el hecho afecte un derecho de personalidad individual de uno de los sujetos de la relación, d) que la personalidad afectada sufra un daño moral, generando perjuicio a los que son los relativos atributos valorativos o virtudes de la persona como ser social; en otras palabras, la persona integrada en la sociedad, es decir, de los elementos que la identifican como ser, del que cabe destacar el honor, la reputación y las manifestaciones del intelecto.

Una vez presentes estos requisitos, el operador del Derecho puede constatar la presencia de un daño moral derivado de la relación de empleo.

En la relación de trabajo surgen aspectos diferenciados que pueden desencadenar una ofensa moral dependiendo de las características de cada persona, de cada trabajador, puesto que para que haya 'sufrimiento' depende de la forma en que fue atacada la esfera íntima de ese trabajador y si realmente el ataque o la 'lesión' se reflejó de forma negativa en su moral, hasta el punto de provocarle una situación humillante frente a sus colegas de profesión.

Son diversas las hipótesis susceptibles de provocar el daño moral sufrido por el empleado durante la vigencia del contrato de trabajo, tales como: discusiones en la empresa, transferencia innecesaria y abusiva, despido injurioso por motivo político, religioso, racial, sindical, estado civil, opción sexual, etc., desigualdad en el tratamiento y oportunidades, imputaciones falsas, revista realizada de forma vejatoria y por personas del sexo opuesto, utilización de fotografía del empleado para propaganda de la empresa sin la debida autorización, discriminación de personas portadoras de deficiencias físicas o enfermas, incluso portadores del SIDA, siempre que estén aptas para el servicio y que, a juicio de las personas responsables, el local de trabajo no sea un factor de agravio de la situación u ofrezca riesgos de contaminación por el HIV, revelaciones innecesarias de hechos concernientes a la vida privada del empleado, y otros motivos.

Domingues⁶²⁷ cita algunas hipótesis sobre el daño moral en el trabajo y afirma:

Citamos los siguientes ejemplos de daño moral en el ámbito de las relaciones de trabajo, que pueden dar lugar a la respectiva reparación por parte del empleador: a) despido sin justa causa no establecido, b) aportación, al futuro empleador, de informaciones desfavorables, c) secuelas derivadas del accidente de trabajo por culpa o dolo del empleador, sin perjuicio de la obligación objetiva de la prevención social; d) acoso sexual; e) negación de servicios al empleado como pena, aunque manteniendo el salario. Entre otras hipótesis, si bien discutibles, cabe citar: a) declaraciones falsas en el proceso judicial en las que consta que el empleado recibió todos los salarios de trabajo: c) negar los medios de supervivencia al empleado mediante una retención dolosa del salario, sin perjuicio de otras comunicaciones legales.

En relación al daño moral en el Derecho del Trabajo, Ansarah⁶²⁸ dice: “tómese como ejemplo la ociosidad deliberada, a pesar del pago de salarios; el honor salarial contumaz que expone al empleado a situaciones vejatorias; a prestaciones de informaciones inadecuadas para la apertura de crédito u obtención de ventajas frente a entes bancarios”, así como, “la denuncia de un presunto delito imputado al empleado, y tantos otros que pueden causar directa o indirectamente perjuicios al trabajador, que sin duda encuentra cobertura en la protección constitucional”.

Florindo⁶²⁹ abre nuevas discusiones al comentar algunos ejemplos que caracterizan el daño moral en el Derecho del Trabajo:

En la búsqueda de ejemplos en nuestra dura realidad, estamos en situaciones muy embarazosas, llegando por consiguiente a situaciones absurdas que, lamentablemente forman parte de la vida cotidiana de los trabajadores asustados por el fantasma del desempleo. Algunos malos empleadores proporcionan informaciones despectivas de sus ex empleados a empresas donde éstos buscan empleo, dejando claro no sólo el objetivo de perjudicarles, impidiendo futuras contrataciones, sino

⁶²⁷ DOMINGUES, Marco Abílio. *Op. cit.*, 2000, p.155.

⁶²⁸ ANSARAH, Miriam Rachel *apud* FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.63.

⁶²⁹ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, p.51.

sobretudo denigrando su imagen y ofendiéndoles el honor, impidiéndoles también ejercer sus propios oficios, derecho ése que [...].

Por lo tanto, según las situaciones arriba descritas y otras varias a las que no hemos hecho referencia, el daño moral puede producirse en varias etapas del contrato de trabajo, sea en desarrollo o en el momento de finalización en que, si se puede probar, da derecho al trabajador a una reparación por la lesión sufrida. Para finalizar este razonamiento, destacamos la opinión de Azevedo⁶³⁰ al resaltar que: “El daño moral se puede comprobar desde el momento de la formalización del contrato hasta después su finalización, siempre que se derive de relaciones de trabajo entre lesionado y lesionado”.

A pesar de los hechos ya descritos, debemos destacar también la reparación moral del daño moral por parte del empleador.

5.12 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL EMPLEADOR

En relación a la reparación del daño moral, hay que partir del reconocimiento del derecho a la reparación del daño moral en la esfera laboral debidamente amparado en el artículo 170 de la Constitución Federal, que trata sobre la valoración del trabajo humano, así como en el inciso IV del artículo 1º, también de la Constitución Federal, que reconoce la dignidad de la persona humana y la valoración social del trabajo.

Toda y cualquier reparación deriva del nexo causal entre el evento dañoso y el daño sufrido. Por lo tanto, para que haya una reparación a título de daño moral en el Derecho del Trabajo, es necesario que se manifieste un daño extrapatrimonial en la relación de empleo causado por el empleador o por persona a la cual jerárquicamente está subordinado.

⁶³⁰ CHAVES DE AZEVEDO, Jackson de. *Op. cit.*, 2001, p.215.

Por lo tanto, el empleador ha de responder por los daños morales que cause la lesión de un bien extrapatrimonial, sea con dolo o culpa. Sin embargo, para obtener la debida reparación, el daño debe tener una composición suficiente capaz de afectar la personalidad del trabajador; en caso contrario, se daría pie a numerosas reclamaciones de indemnización por daños morales laborales fundados en discusiones banales entre el empleado y el empleador. En las relaciones que implican subordinación y cierta preocupación por parte del empleador, referente a la producción y a la obtención de lucro, es natural que se produzcan las llamadas 'reuniones' que, en efecto, son discusiones que versan sobre la calidad del trabajo prestado, es decir, si realmente el trabajo se está realizando de forma correcta, satisfactoria, o si el salario percibido es realmente lo que vale en relación a la mano de obra ofrecida.

Destacando la importancia de la reparación del daño moral laboral, Chaves de Azevedo⁶³¹ subraya que “la protección al honor tiene por objeto proteger el derecho del ciudadano, trabajador o empleador, a no ser ofendido o lesionado en su dignidad, de manera que, en el caso de que se produzca tal lesión, surge el derecho de defensa y de reparación del daño moral en el Derecho del Trabajo”.

Según Florindo⁶³², hay dos formas mediante las cuales el empleador puede reparar el daño moral sufrido en la relación de empleo por el empleado: la primera sería *in pecunia*, es decir, el resarcimiento del daño a través del pago de indemnización en dinero y, la otra testimonial (*atestatória*), que sería una carta de referencia en la cual el empleador se retracta de las alegaciones perjudiciales que había vertido de manera maliciosa con respecto a su empleado.

⁶³¹ CHAVES DE AZEVEDO, Jackson. *Op. cit.*, 2001, p.215.

⁶³² FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.126-49.

Reforzando la idea de reparación, Domingues⁶³³ cita que “la obligación de reparar el daño moral puede ser satisfecha por la vía pecuniaria, mediante el pago correspondiente que debe de someterse a arbitraje, o por vía de atestados, en que el empleador emite una carta de referencia o en la que se retracta de declaraciones anteriores, testificando las cualidades del empleado”.

La reparación realizada *in pecunia* (en dinero) es la más común de las formas de realizarse la reparación del daño moral, según Florindo⁶³⁴, y se utiliza como forma compensatoria del daño sufrido por el empleado. Según el autor, “la indemnización en dinero de la reparación de los daños morales es meramente compensatoria porque no se puede restituir la cosa a su *estatus quo ante*, volviendo por consiguiente, a su estado primitivo, como se hace en la reparación por daño material”. Por lo tanto, es evidente que, según este autor, la reparación realizada en la forma de pecunia no tiene la finalidad de establecer precio para el dolor sufrido, incluso porque el dinero no paga el precio del dolor. La simple percepción de indemnización en dinero a favor del empleado lesionado implica, de forma indirecta, una sensación de euforia, de justicia conseguida mediante la satisfacción de saber que su agresor sufrió una sanción por haber causado un daño a su honor, lo que muestra que este tipo de reparación tiene un efecto meramente compensatorio.

En relación a la idea compensatoria de reparación del daño moral, Florindo cita a Melo da Silva⁶³⁵:

Tristezas se compensan con alegrías. Sufrimientos y angustias se neutralizan con sensaciones, contrarias de euforia y de contentamiento. Y si tales factores de neutralización no se logran por la vía directa del dinero (no se pagan tristezas y angustias), por la vía indirecta, sin embargo, enseñarían, mediante los valores

⁶³³ DOMINGUES, Marco Abílio. *Op. cit.*, 2000, p.155.

⁶³⁴ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.149 e 128.

⁶³⁵ MELO DA SILVA, Wilson de *apud* FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.151.

económicos, que se propiciaran a las víctimas de los daños morales, parcelas de contentamiento o euforia, neutralizadoras de sus angustias y sus dolores.

La indemnización, además de ser un factor compensatorio para el lesionado, debe tener fundamentalmente una función punitiva para el sujeto causante de la lesión puesto que el objetivo de la justicia es demostrar a la sociedad el verdadero *onus* que sufre la persona al desarrollar cualquier conducta considerada antisocial, lo que consecuentemente desalienta la práctica de tal acto.

A pesar de que la forma tradicional de la reparación ser *in pecunia*, como hemos mencionado, la otra forma de reparación del daño moral sufrido por el empleado es la testimonial (atestatoria), que consiste en una carta de referencia entregada por el empleador en la cual se retracta de los actos perjudiciales que haya desarrollado en contra del empleado, incluyendo en ella buenas referencias del empleado.

Defendiendo arduamente la importancia de la forma testimonial (atestatoria) de reparación, es decir, de la carta de referencia, Florindo⁶³⁶ apunta:

Creemos que, una vez comprobado el daño moral y sus graves consecuencias en la vida del trabajador, no basta la indemnización en pecunia por el daño. También se debe hacer entrega de una carta de buena referencia, puesto que la pecunia tiene un efecto meramente compensatorio y porque no es posible volver al *status quo ante*, ya que los efectos del daño continuarán existiendo, aunque de forma apocada, acompañando al trabajador durante toda su existencia, razón por la que la concesión de la mencionada carta tendrá como visión principal el futuro, ya que la misma le acompañará durante todos sus días, sirviendo de pasaporte para la obtención de un nuevo empleo.

Así, a través de la breve noción de las formas de reparación del daño moral por el empleador en el Derecho del Trabajo, se concluye que ambas son de extrema importancia, teniendo cada cual su papel

⁶³⁶ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.152.

fundamental dentro de la reparación, puesto que intentan llevar al máximo el intento de neutralizar el sufrimiento del lesionado, además de punir el agresor de manera rigurosa, factor que demuestra para la sociedad la desventaja de cometer este tipo de conducta, sirviendo también para desincentivar que el empleador vuelva a repetir este tipo de actitud.

La reparación del daño moral laboral puede ser efectuada mediante dos modos: *in natura* o *in pecunia*.

5.12.1 Sanción in natura

Tratándose de daño patrimonial, es necesaria la reposición del bien o su reconstitución al *status quo ante*, o sino, de su equivalente económico. Tal correspondencia es extremadamente difícil en el daño moral. La equivalencia en dinero no redime el sufrimiento, obstáculo de la psique difícilmente evaluable en términos económicos. Así, se trata la compensación *in natura* del daño moral de una de las más delicadas cuestiones, no sólo en el Derecho del Trabajo, como en todo el ámbito jurídico. La mácula provocada en los derechos de la personalidad es de difícil reparación natural. La compensación, casi nunca reconstituye el patrimonio inmaterial damnificado, *restitutio in integrum*, ni borra los efectos indeseables que produjo sobre la persona ofendida⁶³⁷.

En el daño moral no existe disminución o destrucción de un bien tangible. Afecta a la personalidad, la dignidad, la reputación, la buena fama, el concepto profesional del trabajador en la sociedad. En términos estrictos no es indemnizable pero sí compensable, en la medida en que es prácticamente imposible eliminar el efecto del sufrimiento a la persona por medio del resarcimiento o del pago en dinero (*pretium doloris*), vez que el dolor no tiene precio. Sin embargo, en el daño moral laboral el equilibrio que se quebró como resultado del acto ilícito ya no podrá

⁶³⁷ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, 1995, p.173-174.

restablecerse nunca más. No se puede reconstituir el *status quo ante*, según Ribeiro dos Santos⁶³⁸.

Por lo tanto, la reparación *in natura* podrá consistir en retractarse, en contrapublicación, en publicación de sentencia, pago de una cirugía plástica, en el daño estético, finalmente, al menos en teoría, en una retroacción del damnificado a su situación anterior al daño, es decir, llevando al ofendido a lo más cercano posible a su *status quo ante*, presupuesto del principio del *restitutio in integro*.

5.12.2 Sanción pecuniaria

Actualmente, la compensación pecuniaria es la que prima en la jurisprudencia y domina las condenas judiciales en Brasil, tal vez siguiendo la tendencia dominante en los países más avanzados económicamente. Se produce mediante el pago de la indemnización, es decir, pago en dinero, en cantidad proporcional al agravio pero no equivalente, al ser imposible tal equivalencia⁶³⁹.

A este respecto, Zannoni⁶⁴⁰ nos dice que el daño moral no es el dolor, la angustia, el disgusto, la aflicción espiritual, la humillación, el complejo que sufre la víctima del evento dañoso, puesto que esos estados de espíritu constituyen la consecuencia del daño. El dolor que experimentan los padres por la muerte violenta de un hijo, el padecimiento o complejo de quien soporta un daño estético, la humillación de quien fue públicamente injuriado son estados de espíritu contingentes y variables en cada caso, puesto que cada persona siente a su manera. El Derecho no repara cualquier padecimiento, dolor o aflicción, sino los que derivan de la

⁶³⁸ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.173.

⁶³⁹ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.174.

⁶⁴⁰ ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la Responsabilidad Civil*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1987, p.22.

privación de un bien jurídico sobre el cual la víctima tendría interés reconocido jurídicamente.

En el ordenamiento brasileño, la compensación adicional a la reparación *in natura* será siempre exigible, como establece el texto constitucional, que contempla tal indemnización.

La reparación del daño moral, por regla general, es pecuniaria, intentando neutralizar los sentimientos negativos, compensándolos con alegría, con lo que se puede atribuir a una situación de desahogo, que “lava el alma” del ofendido. El dinero sería sólo un lenitivo que facilitaría la adquisición de todo lo que pueda procurarse para dar a la persona que ha sido objeto de la lesión una compensación por sus sufrimientos y humillaciones⁶⁴¹.

El dinero no tiene una función de equivalencia a la reparación del daño moral puesto que el dolor no tiene precio, según Alvim⁶⁴², ya que la equivalencia es propia del resarcimiento del daño patrimonial, además de que tiene un carácter concomitantemente satisfactorio para la víctima y lesionado y punitivo para el lesionado, bajo una perspectiva funcional⁶⁴³.

La humillación de quien fue pública e injustamente injuriado y el complejo de una persona que soporta un daño estético, provocado por un accidente de trabajo, son estados de espíritu contingentes y variables en cada caso. El Derecho no repara cualquier padecimiento, dolor o aflicción, sino aquellos que derivan de la privación de un bien jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés reconocido jurídicamente⁶⁴⁴.

No sólo el lesionado directo (trabajador) tendrá el derecho al resarcimiento por el daño moral sufrido sino también el lesionado

⁶⁴¹ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.175.

⁶⁴² ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, 1972, p.935.

⁶⁴³ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.175.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p.176.

indirecto, en aquellos casos de daño por repercusión derivados de relación de parentesco próximo. Por ejemplo, la esposa de un ejecutivo que sufrió el daño moral, despido injurioso, humillante, en una comunidad pequeña, del interior, donde todos se conocen, puede reclamar la reparación en razón del daño moral, aunque no pida un precio por el dolor que siente sino solamente que la Justicia le otorgue un medio de atenuar en todo o en parte, las consecuencias de la lesión jurídica que haya sufrido. El dinero funcionará como un lenitivo, que deberá traerles alegría y conforto para mitigar el dolor sufrido y proporcionar un desahogo en el alma⁶⁴⁵.

5.12.3 La doble función de la indemnización

La indemnización derivado de la reparación del daño moral laboral, semejante a la del Derecho Común, posee una doble función, a saber⁶⁴⁶: objetiva, no sólo para compensar el dolor, la angustia, la humillación y la aflicción del lesionado sino que también tiene por finalidad la imposición de su otra función, es decir, la pena para el ofensor, con el carácter de prevención, a fin de evitar nuevas reincidencias, lo que en el ámbito jurídico anglosajón se llama daño punitivo, recibido en numerosos ordenamientos jurídicos.

Siguiendo a Bittar⁶⁴⁷, en su estadio actual, cabe citar la teoría de la reparación civil por daños morales afinada con la evolución de técnicas y del pensamiento científico, permitiendo que se realice, a través de sus términos, la debida justicia en los casos que se han llevado a los Tribunales. En efecto, ahora pueden trazarse ciertas líneas básicas por las que se orientan los Tribunales en la apreciación de los casos sometidos a juicio que, reunidos, ponen de manifiesto un sistema

⁶⁴⁵ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.175.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p.179.

⁶⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.229.

coherente y eficaz para la protección de los valores referidos. Continúa afirmando que:

Constituyen técnicas e instrumentos jurídicos identificados por la experiencia práctica y propician la posibilidad para los jueces, a la vista de las circunstancias de cada hipótesis, de impartir justicia a los lesionados. Enunciaremos las directrices que, en esta progresión, son las más importantes para la comprensión del alcance actual de la materia, a saber: la de la responsabilización por el simple hecho de la violación, la de la no necesidad de prueba de perjuicio, la del dimensionamiento, por parte del juez, de la reparación debida, la de la definición de ciertos parámetros para la reparación, la de la atribución a la indemnización de valor de desincentivo a nuevas prácticas nocivas, la donación de sanciones no pecuniarias, la de la sumisión de la persona que haya causado la lesión a la satisfacción del daño producido, y la acumulación de las indemnizaciones por daños morales y patrimoniales.

Para Silva Pereira⁶⁴⁸, el problema de su reparación debe ser puesto en términos de que la reparación del daño moral, a la par del carácter punitivo impuesto al agente, tiene que asumir sentido compensatorio. Severo⁶⁴⁹ afirma que el objetivo principal de la responsabilidad civil es la reparación, sin embargo, secundariamente, asume una función de prevención. A su vez, la responsabilidad penal, cuya finalidad principal es la prevención, también viene asumiendo una función secundaria, orientada a la reparación.

La responsabilidad civil tiene por objeto recomponer la situación anterior al daño y la responsabilidad penal tiene por objeto prevenir su aparición. Hay una coacción civil, de cuño patrimonial, y una coacción penal, de carácter penal. Actualmente, en la busca de la prevención de lo ilícito y de la mayor efectividad de la reparación, los autores vienen constatando una aproximación de los planos civil y penal, tanto aceptando la reparación civil por el juicio penal, como admitiendo la función punitiva

⁶⁴⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 60.

⁶⁴⁹ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, 1996.

de la reparación. En el Derecho patrio ha prevalecido la teoría de la doble naturaleza reparatoria y preventiva, con fuerte influencia en el Derecho del Trabajo, reflejada en el informe jurisprudencial⁶⁵⁰.

5.13 LA DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM* DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS LABORALES

Como el Derecho del Trabajo recurre subsidiariamente al Derecho Civil, el problema de determinación del *quantum satis* de la indemnización se resuelve mediante la aplicación del artículo 1.533 del Código Civil, a través del prudente arbitrio del juez, de manera que compense con la justa indemnización del daño moral, el dolor, la tristeza, la profunda humillación, la aflicción de lo recóndito del alma del empleado que haya derivado del acto ilícito llevado a cabo por el empleador o sus encargados.

La indemnización al trabajador tiene que ser plena, abarcando incluso el daño material si el acto ilícito perpetrado hubiera dado lugar al mismo. El daño material, que implica una disminución del patrimonio del lesionado, se diferencia entre daño emergente y lucro cesante. El daño emergente consiste en la efectiva disminución del patrimonio del lesionado, un perjuicio que se refleja en la esfera patrimonial. El lucro cesante consiste en que se frustra un pago esperado, no se consigue el aumento patrimonial que el lesionado habría tenido si no se hubiera producido la acción que ha producido el daño al lesionado. En ese sentido, el valor del importe de la indemnización por despido no recibido en virtud de la alegación de justa causa es daño emergente, y lo que el trabajador deja de ganar en un futuro empleo, por haber sido objeto de informaciones injuriosas, es lucro cesante⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ MELO DA SILVA, Wilson de. *Op. cit.*, 1955, p.676.

⁶⁵¹ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p.184.

Para la determinación del *quantum* indemnizatorio los magistrados deben tomar en consideración: a) la intensidad del sufrimiento del ofendido; b) la gravedad de la repercusión de la ofensa; c) la intensidad del dolo o el grado de culpa del responsable; d) un posible arrepentimiento puesto de manifiesto mediante hechos concretos; e) retractación espontánea y cabal; f) la equidad; g) las máximas de la experiencia y del buen sentido; h) la situación económica del país y de los litigantes; i) el discernimiento de quien sufrió y de quien provocó el daño. Tratándose del daño moral laboral, se puede ampliar este listado con la personalidad del empleado lesionado, en especial su notoriedad como factor relevante a la hora de determinar la correspondiente reparación. En efecto, la popularidad amplía la esfera de la exposición de la persona, haciendo más acentuada la repercusión y, como consecuencia, la naturaleza de la reparación⁶⁵².

En la determinación del importe de la indemnización el magistrado toma siempre en consideración el grado de culpa del agente, la extensión del daño causado a la víctima y a su familia y la eventual participación de la víctima en el resultado dañoso. A este respecto, señala Martins⁶⁵³:

Otra forma de pago de indemnización por daño moral fue utilizada por el TRT de la 9ª Región, que determinó el pago arbitrado mediante el importe correspondiente a los sueldos, vacaciones, gratificación de vacaciones, 13 salarios vencidos y los que se vencerían si hubiera continuado vigente el contrato de trabajo, desde la ruptura contractual hasta la efectiva readmisión, pues, en este caso el empleado fue readmitido.

⁶⁵² RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *Op. cit.*, 1998, p. 184.

⁶⁵³ PINTO MARTINS, Sérgio. *Dano moral no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.80.

5.14 COMPETÊNCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO PARA JUZGAR EL DAÑO MORAL DERIVADO DEL VÍNCULO LABORAL

Durante mucho tiempo no ha habido ninguna determinación específica sobre el tema. Sin embargo, con la Enmienda Constitucional n. 45, de 8 de diciembre de 2004, mediante el Art. 114 de la Carta Magna, se atribuyó a la Justicia del Trabajo la competencia para procesar y juzgar “las acciones derivadas de la relación de trabajo, incluyendo los sujetos de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios” (inciso I), incluso los “de indemnización por daño moral o patrimonial, derivados de la relación laboral” (inciso VI).

A partir de este acto del derivado poder constituyente, se produjo un gran problema en el ámbito de la competencia para juzgar los hechos relativos al daño moral, principalmente después del juicio del Recurso Extraordinario n. 438639 por parte del Supremo Tribunal Federal, que entendió, con respecto al principio de la unidad para conocer, que las acciones de reparación de daños morales o patrimoniales derivadas de accidente del trabajo debían ser juzgadas por la Justicia Común, en los términos de lo establecido en el Art. 109 del Texto Supremo, a fin de evitar decisiones desiguales con respecto al mismo hecho.

Sin embargo, como es notorio, tal decisión se adopta en el marco del control difuso de constitucionalidad y vincula sólo a las partes integrantes de la relación procesal en la cual fue emitida. En este sentido, Alencar Rodrigues⁶⁵⁴ apunta que “parece ilógica e irrazonable la interpretación según la cual el juez del Trabajo puede apreciar todas las demandas derivadas de la relación de trabajo y/o empleo decidiendo con respecto a la violación de las normas de protección del trabajo y sus

⁶⁵⁴ ALENCAR RODRIGUES, Douglas. “O dano moral acidentário e a Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004”. En: FERNANDES COUTINHO, Grijalbo (Coord.); [et al.]. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p.55-69.

consecuencias”. El juez del Trabajo se ocuparía de la cuestión del trabajo peligroso e insalubre y el pago de los respectivos complementos, con la indemnización por los daños causados al trabajador que trabaje en estas condiciones, así como la de la estabilidad del empleado víctima de accidente (Art. 118 de la Ley en el 8.213/91). Sin embargo, este mismo juez se vería, “al mismo tiempo, impedido para valorar y juzgar las acciones de indemnización de los daños morales y patrimoniales que este mismo hecho histórico – el accidente – pueda a causar a la víctima”.

Teixeira Filho⁶⁵⁵ sostiene que:

Conviene, ahora, definir la competencia a favor de la Justicia del Trabajo, en virtud de la redacción del inciso VI, del Art. 114, de la Constitución. Se podría objetar esta nuestra conclusión con el argumento de que habiendo permanecido en la Justicia Común la competencia de evaluar y juzgar las acciones sobre los accidentes de trabajo, la competencia para apreciar y juzgar las demandas de indemnización por daño moral correspondería, por motivos de orden lógico, a esta misma Justicia. Con todo ello, debemos argüir, con carácter preventivo, que la idea de que la competencia en cuestión sería de la Justicia Común nos llevaría a una situación un tanto surrealista, como la de que la norma constitucional en estudio otorga a la Justicia del Trabajo competencia para juzgar acciones en materia de daños morales, dado que derivan de una relación de trabajo (que, como se dijo, es género), pero no poseen competencia para apreciar demandas de indemnización por daño moral, teniendo como origen un accidente de trabajo, es decir, sufrido por un empleado (relación laboral). Para aclarar: prevalece la opinión contraria a la nuestra, veríamos la Justicia del Trabajo juzgando las acciones por daños morales promovidas por trabajadores autónomos, pero sin posibilidad de juzgar acciones por daños morales interpuestas por el empleado, que sufrió un accidente de trabajo.

Por lo tanto, para este autor, a partir de la ‘Ementa’ (Síntesis), no compete a la Justicia del Trabajo juzgar las acciones que comprenden demandas de indemnización por daño moral (o material) provenientes de

⁶⁵⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. “A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004”. *Revista LTr*, São Paulo, v.69, n.1, p.19-20, jan. 2005.

accidentes del trabajo. Además, el inciso VI objeto de examen no hace distinción alguna entre el daño moral (o patrimonial) derivado del accidente de trabajo o no. El criterio exclusivo, fijado por el texto constitucional, es el de vincular este daño a una relación de trabajo – en la cual, como advertimos- está comprendida la relación laboral.

Esta controversia ya existía incluso antes de que se promulgara tal Enmienda. A partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 empezaron a surgir varias interpretaciones con respecto a esta cuestión,, cuando el artículo 114 dio a la Justicia del Trabajo la siguiente competencia, y la redacción de tal disposición disponía:

Art. 114. Compete a la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los desacuerdos individuales y colectivos entre trabajadores y empleadores incluyendo a los sujetos de derecho público externo y la administración pública directa e indirecta de los Municipios, del Distrito Federal, de los Estados y de la Unión, y, en la forma de la ley, otras controversias consecuentes de la relación de trabajo, así como los litigios que tengan origen en el cumplimiento de sus sentencias, incluso las colectivas.

Con respecto al artículo anteriormente mencionado, Leal da Veiga Júnior⁶⁵⁶ observa que la Constitución Federal añadió a la competencia de la Justicia del Trabajo – anteriormente delimitada por la línea “a”, inciso IV del artículo 652 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo una ampliación del área de actuación de la jurisdicción laboral puesto que, al mencionar “otras controversias derivadas de la relación laboral”, la Justicia del Trabajo tiene competencia de conocer y juzgar la controversia:

Art. 652. Compete a las Juntas de Conciliación y Juicio:

a) conciliar y juzgar:

[...]

IV – los demás desacuerdos concernientes al contrato individual de trabajo; [...]

⁶⁵⁶ LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *Op. cit.*, 2000, p.46.

Según esta interpretación, la Justicia del Trabajo acabó encontrándose con acciones de reparación por daño moral causado por el empleador. A partir de entonces, se comenzó a discutir su competencia para juzgarlas, dado que se trata de materia que versa sobre indemnización por daño moral, tema de ámbito civil.

Algunos autores defienden de forma obstinada que la Justicia del Trabajo no puede ser competente para dirimir conflictos que implican daños morales, debiendo solucionarse la cuestión en el juicio común.

Así, negando la competencia de la Justicia del Trabajo, Campo⁶⁵⁷ relata: "Es patente la incompetencia de los Tribunales del Trabajo para evaluar y juzgar la reclamación de indemnización de daños, sea material o moral, porque se trata de una cuestión estrictamente civil y porque no existe ley ordinaria específica que atribuya esta competencia a la Justicia Especializada".

En la misma línea se posiciona Scheuer de Souza⁶⁵⁸ al afirmar que:

No hay ninguna disposición jurídica que comprenda las controversias sobre el daño moral dentro de la jurisdicción del Tribunal del Trabajo. Y hay que señalar que el artículo 114 de la Constitución Federal de 1988 establece, "en la forma de la ley" podría ser extendida su competencia inicial a otras controversias, en las que se incluye el daño moral. Sin ley específica, por lo tanto, sería imposible legalmente pretender la extensión de la competencia de un Tribunal del Trabajo para estos tipos de acciones, especialmente porque las mismas integran tradicionalmente el ámbito de la competencia de la Justicia Ordinaria.

La corriente positivista, que defiende la competencia de la Justicia del Trabajo, sustenta que no importa si el daño moral es materia del Derecho Civil, incluso porque la Constitución Federal no exige que el derecho en cuestión se inscriba en el área del Derecho del Trabajo. Para

⁶⁵⁷ CAMPO, Júlio Bernardo do *apud* LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *Op. cit.*, 2000, p.46.

⁶⁵⁸ SCHEUER DE SOUZA *apud* LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *Op. cit.*, 2000, p.47.

la definición de la competencia es esencial que la controversia derive de la relación laboral, cuestión que queda demostrada de forma explícita por el artículo 114 de la Constitución Federal.

Ampliando el fundamento de la argumentación anteriormente apuntada, Lopes Sússekind⁶⁵⁹, al defender la competencia laboral, destaca: “No se exige que el derecho en cuestión o la norma legal aplicada pertenezcan al campo del Derecho del Trabajo. Lo fundamental es que el litigio derive de la relación laboral (desacuerdos entre trabajadores y el respectivo empleador)”. Galvão Júnior y Azevedo⁶⁶⁰ demuestran de forma clara las hipótesis de que la competencia será de la Justicia común o laboral: “Si la lesión es intentada contra la persona como ciudadano, la competencia será, incuestionablemente, de la Justicia común. Si el daño es ejercitado contra la persona como empleado o empleador, siendo por tanto consecuencia del contrato de trabajo, la competencia será de la Justicia Laboral”.

Por lo tanto, según estos planteamientos, se observa que la interpretación del artículo 114 de la Constitución Federal dio lugar a algunas divergencias sobre el tema; sin embargo, la competencia de la Justicia del Trabajo para juzgar daños morales es la parece primar. Por ello, vamos a exponer las argumentaciones y los fundamentos que influyeron en esta definición.

En primer lugar, del análisis al artículo 114 de la Constitución Federal, se deduce que el legislador constituyente extiende la competencia de la Justicia Especializada para solucionar las lides que tienen origen en el vínculo laboral, puesto que en el momento en que la Constitución Federal menciona “compete a la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los desacuerdos individuales y colectivos entre trabajadores y

⁶⁵⁹ LOPES SÚSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, 1964, p.45.

⁶⁶⁰ GALVÃO JÚNIOR, Juracir; AZEVEDO, Gelson de. *Estudos do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p.196.

empleadores”, así como “otras controversias derivadas de la relación de trabajo”, sin duda se está atribuyendo a la Justicia del Trabajo la competencia para juzgar daños morales.

Para sustentar la competencia de la Justicia del Trabajo para juzgar los daños morales, Mascaro do Nascimento⁶⁶¹ interpreta el texto constitucional del artículo 114 así:

Son tres las reglas constitucionales de competencia material de la Justicia del Trabajo previstas por el artículo 114 de la Constitución Federal de 1988, según las cuales se deben abordar las cuestiones principales. La primera es el principio de la competencia específica, que consiste en la atribución, a la Justicia del Trabajo, del poder de conocer y decidir los desacuerdos individuales entre trabajadores y empleadores. Así la Justicia del Trabajo es competente para decidir las cuestiones entre empleadores y empleados, quiénes se hallan implicados, a ese título, en una relación jurídica laboral. No hay necesidad de ninguna otra autorización legal para que a la Justicia laboralista se le confíe la solución de una controversia.

Además, aunque la materia acerca de la indemnización por daño moral esté impregnada de la esfera civil, el texto constitucional del artículo 114 no impone que la materia cuestionada en juicio sea exclusivamente del ámbito del Derecho del Trabajo, exigiendo sólo –como requisito para que la Justicia del Trabajo pueda ser competente – que la controversia tenga origen en el vínculo laboral.

En este sentido, destaca Chaves de Azevedo⁶⁶²:

Se argumenta también que, siendo el daño moral derivado del contrato de trabajo, es de la Justicia del Trabajo la competencia para la apreciación del daño moral, sin que importe que la materia sea de naturaleza civil. Por cierto, numerosos institutos hoy consagrados por el Derecho Laboral tienen su origen en el Derecho Civil; por eso no se sustenta el argumento de que la

⁶⁶¹ MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Curso de Direito do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 189.

⁶⁶² CHAVES DE AZEVEDO, Jackson. *Op. cit.*, 2001, p.222.

Justicia del Trabajo no podría decidir los desacuerdos derivados del contrato de trabajo cuando el derecho pleiteado fuese de origen civilista.

Otra razón por la cual se defiende la competencia laboral es la imposibilidad, por parte de la Justicia común, para valorar el grado de intensidad del daño moral que se haya producido en el trabajo, dada su escasa capacidad para comprender la relación laboral. Y ello porque la manifestación del daño moral laboral es resultado de la situación de subordinación en que una persona se encuentra ante otra, lo que la diferencia de forma total de un daño moral causado en la esfera civil, donde no se encuentra la subordinación entre ofensor y ofendido. Resultaría más justo para el trabajador que un juez laboral juzgase su petición de indemnización por daño moral, dado que este magistrado tendría más capacidad de valorar la extensión y la intensidad de la lesión sufrida. Incluso, porque el daño moral laboral abarca una serie de cuestiones ligadas directamente a la subordinación y a la dependencia económica del empleado, elementos que serían poco valorados por el juez común, que no posee conocimiento de la realidad del trabajador que posiblemente, en diversas ocasiones, haya tenido que someterse a humillaciones para mantener su empleo, única fuente de la cual obtiene el medio de subsistencia de su familia.

Se debe recordar, también, que la Justicia del Trabajo fue creada con mecanismos para igualar el polo más fuerte al polo más débil, protegiendo a los trabajadores, situación que no produce en el ámbito civil, donde prevalece el criterio de igualdad total entre las partes. A este respecto, Pinheiro Castelo⁶⁶³ apunta:

El Derecho Civil y la Justicia Común no tienen condiciones para apreciar el daño moral laboral, dado que resultan inadecuados para comprender la estructura de la relación jurídica laboral, así como tampoco para

⁶⁶³ PINHEIRO CASTELO, Jorge. O Direito Processual do Trabalho na moderna Teoria Geral do Processo. 2.ed. São Paulo: LTr, 1996, p.196.

apreciar un daño moral que deriva el estado de subordinación de una de las partes, ya que están estructurados según la concepción de la igualdad de las partes en la relación jurídica.

Un factor relevante por el cual se considera la Justicia del Trabajo la idónea para apreciar la petición de indemnización por daño moral es precisamente por tratarse de Justicia gratuita, de forma que el trabajador puede reivindicar su derecho sin cargar con gastos. Sin embargo, para conseguir la prestación jurisdiccional en la Justicia común es necesario hacerse cargo de los costes del proceso. En la mayoría de las ocasiones, el empleado no tiene posibilidades de hacer frente a los costes, razón por la cual no inicia la acción, hecho que acaba beneficiando a los intereses del empleador. Por lo tanto, la Justicia del Trabajo, según lo estipulado en el artículo 114 de la Constitución Federal, es competente para apreciar el daño moral que derive de la relación de empleo, competencia que es aceptada por parte de la mayoría de la jurisprudencia actual. Así lo entiende el Tribunal Regional del Trabajo de la Décima Segunda Región (Santa Catarina)⁶⁶⁴:

EMENTA (SINTESIS): Competencia. Daño moral. La Justicia del Trabajo, en los términos del Art. 114 de la Constitución Federal, determina la competencia de esta Justicia Especializada para el juicio de otras controversias derivadas de la relación de trabajo, así como los litigios que tengan origen en el cumplimiento de sus propias sentencias. Por lo tanto, la Justicia del Trabajo es competente para juzgar las causas relativas al daño moral.

EMENTA (SINTESIS): Competencia. Daño moral. Según lo dispuesto en el Art. 114 de la Constitución Federal, la Justicia del Trabajo tiene competencia para apreciar el conflicto entre empleado y empleador que tiene por objeto la reparación de daño moral derivado del contrato de trabajo, aunque encuentre respaldo en la norma de Derecho Civil.

⁶⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional del Trabajo de la Duodécima Región (Santa Catarina). Recurso Ordinario n. V-4528/2001. Sentencia (*Acórdão*) de la Segunda Sesión n. 12331/2001 y Recurso Ordinario n. VA 6295/2001, Sentencia de la Segunda Sesión n. 00928/2002.

En relación a la determinación de la competencia, incluso los Tribunales de Justicia declinan de su competencia a favor de la Justicia Laboral, como en el Juzgado del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul⁶⁶⁵, que seguidamente transcribimos:

EMENTA (SINTESIS): Competencia. Justicia del Trabajo. Impugnación a la demanda de gratuidad vinculada a la acción de indemnización por daños morales y patrimoniales derivados de la relación laboral. Es competente la Justicia del Trabajo para conocer y juzgar las acciones indemnizatorias -y sus incidentes- por daños derivados de la relación laboral. Impugnación a la demanda de gratuidad aprobada en acción emprendida por el ex-empleado contra el ex empleador con el objetivo de la reparación de daños patrimoniales y morales derivados de despido inmotivada. Competencia declinada.

En la óptica del Tribunal Superior del Trabajo:

EMENTA (SINTESIS): Daño moral. Competencia de la Justicia del Trabajo. Es posible que el daño moral derive de la relación de trabajo, cuando el empleador ofenda al empleado en su intimidad, honor e imagen (Cf., Art. 5', v e x; cit., Art. 483), "a", "b" e "e"). La fuente de la obligación de reparar el daño moral sufrido por el empleado reside en el acto ilícito del empleador de censurarle la inverídica conducta ilícita y, como tal, guarda íntima relación con el pacto laboral, de forma que se encuentra insertada en la regla de competencia estipulada por el Art. 114 de la Carta de la República. Recurso de registro conocido y rechazado⁶⁶⁶.

EMENTA (SINTESIS): Recurso de registro. Daño moral. Competencia de la Justicia del Trabajo. El artículo 114 de la Carta Magna atribuye competencia a la Justicia del Trabajo para juzgar un pleito relativo a daños materiales derivados de la relación laboral. El desacuerdo deriva de la relación laboral, que define y delimita la competencia de la Justicia del Trabajo. La pretensión de derecho

⁶⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça del Estado do Rio Grande do Sul. Décima Cámara Civil. Apelación Civil nº 70003037751. Relator: Des. Paulo Antônio Kretzmann. Porto Alegre, 23 de mayo de 2002.

⁶⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior de Trabajo. Decisión: 7 ago. 2002. Proc: RI nº 652839-2000. 3ª Región. Recurso de Revisión. Cuarto Turno. Recurrente: Ubertran Transportes S/A. Recorrido: Pedro Humberto Vilela. Relator: Ministro Lves Gandra Martins Filho. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 ago. 2002.

material asume, por tanto, naturaleza de crédito laboral. Precedentes de este TST, así como del respetable STF (RE 238737/SP, DJU de 5-2-99). La V. Sentencia (*Acórdão*) está en línea con repetitiva y notoria jurisprudencia de este C. TST. Aplicación del Art. 896, § 4', del cit. Recurso de registro que no se conoce⁶⁶⁷.

EMENTA (SINTESIS): Conflicto de competencia. Daños morales y materiales alegadamente derivados de la relación de trabajo alegados. La acción propuesta con miras a la indemnización de los daños morales y materiales alegadamente derivados de la relación laboral debe ser procesada y juzgada por la Justicia del Trabajo. Conflicto conocido para declarar competente el Juez del Trabajo del 7º Tribunal de Rio de Janeiro⁶⁶⁸.

EMENTA (SINTESIS): Procesal civil. Conflicto de competencia. Daño moral. Justicia del Trabajo. 1- Director-empleado de sociedad de economía mixta que promueve una acción de responsabilidad civil por daño moral contra la propia empresa. 2- Relación laboral existente. 3- competencia de la Justicia del Trabajo. 4- Procedimiento de reclamación rechazado⁶⁶⁹.

Además de los argumentos ya citados, cabría apuntar otros para fortalecer la idea que defiende la competencia de la Justicia del Trabajo para juzgar daños morales, los cuales demuestran sin duda el beneficio que supone tanto para el empleado lesionado como para el propio sistema judicial.

Vamos a desarrollar ahora el tema central de este trabajo, profundizando en el daño moral que deriva de la colisión de los derechos fundamentales en la relación laboral y de la consiguiente la violación de los derechos de personalidad.

⁶⁶⁷ Id. Tribunal Superior de Trabajo. Decisión: 26 jun. 2002. Proc: Recurso de Revisión nº 468580-1998. Tercera Región. Segundo Turno. Recurrente: Sistema Integrado de Distribución Ltda. - Sindí. Recorrido: Antônio Rodrigues Pereira. Relator: Juez convocado Carlos Francisco Berardo. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 ago. 2002.

⁶⁶⁸ Id. Superior Tribunal de Justicia. Sentencia (*Acórdão*) cc 27326 / RJ. Conflicto de competencia 1999/0077199-0. Relator: Min. Ari Pargendier. Brasília, 24 de abril de 2002. Segunda Sección. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 ago. 2002, p. 195.

⁶⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Sentencia (*Acórdão*) Agrcc nº 27871 / RS. Recurso de Regimeinto (Agravo regimental) en el conflicto de competencia nº 1999/0100701-1. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 25 de mayo de 2000. Primera Sección. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 jun. 2000, p. 128.

CAPÍTULO VI

EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS

6. EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS

6.1 CONCEPTO

Después de haber descrito y explicado el procedimiento relativo a la temática de la presente investigación, partimos ahora del concepto de asedio (acoso) que puede encontrarse en el diccionario: “*Assédio, s. m. Cerco posto a um reduto para tomar; sítio; (fig.) insistência impertinente, junto de alguém, com perguntas, pretensões, etc.*”⁶⁷⁰, Es decir: Rodear un lugar para tomarlo; sitio; insistencia impertinente, a alguien, con preguntas, pretensiones, etc.”.

A pesar de que el acoso moral “es definido como la peor forma de estrés social”⁶⁷¹, sólo recientemente ha sido objeto de especial atención por parte de psicólogos y profesionales del área médica y jurídica. En realidad, el acoso moral siempre ha existido en los más diversos ámbitos sociales, es decir, en la familia, en la escuela y en el trabajo. Sin embargo, por ser una forma de violencia velada, no ha recibido la debida atención.

A pesar de la relevancia del tema en las más diversas áreas de la vida, en este epígrafe trataremos concretamente el acoso moral en las relaciones de trabajo y sus implicaciones en el ámbito jurídico y social.

⁶⁷⁰ SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 8.ed. Brasília: Fundação Nacional de Material Escolar, 1973, p.163.

⁶⁷¹ NOVAES GUEDES, Márcia. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p.24.

Hirigoyen⁶⁷², autora de dos conocidas obras sobre el tema, utilizadas incluso como fundamento de algunas sentencias sobre el tema, apunta que: “el acoso moral en el trabajo se define como toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo”.

Barreto⁶⁷³, médica especialista en el área laboral, afirma que:

Acosar significa una "operación" o conjunto de señales que establecen un acoso con el propósito de llevar a cabo el dominio. También se conoce como violencia moral o tortura psicológica, que implica actos y comportamiento agresivo, en la mayoría de las ocasiones por parte de un superior contra una o más personas. Apunta a desacreditarla y desmoralizarla en su profesionalidad y desestabilizarla emocionalmente, lo que hace que el ambiente de trabajo resulte desagradable y hostil, hasta el punto de obligarla a dimitir. Supone una exposición, prolongada y repetitiva, a las condiciones de trabajo que están siendo degradadas a lo largo de la jornada. Predominan las relaciones inhumanas e antiéticas, marcadas por las manipulaciones en contra de un trabajador o, más raramente, entre sus propios compañeros.

En otro contexto, García Callejo⁶⁷⁴ apunta: “El acoso es una conducta o acción de hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas”. Para el abogado español, hay dos elementos que no pueden faltar para que se considere una determinada conducta como acoso moral: una duración concreta y una agresión sistemática e incesante a través de diversas acciones que tienen como objeto la producción del resultado perseguido por el agresor, tales

⁶⁷² HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 5.ed. Traducción de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002b, p.17.

⁶⁷³ BARRETO, Margarida. *Assédio moral: ato deliberado de humilhação ou uma "política da empresa" para livrar-se de trabalhadores indesejados*. 2001. Disponible en: <<http://www.assediomoral.org/indexes/05cremesp.htm>>. acceso el: 28 abr. 2004.

⁶⁷⁴ GARCÍA CALLEJO, José María. *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo: la tutela de la dignidad del trabajador*. Madrid: Federación de Servicios Públicos de UGT, 2002, p.41 e 44.

como desestructurar psíquica y moralmente la víctima. De la misma forma, atenta al elemento de la intencionalidad, que no necesita ser necesariamente consciente y premeditado sino que se puede manifestar de forma más o menos inconsciente. Por lo tanto, para este autor la intencionalidad no es equivalente al dolo directo⁶⁷⁵ aceptado en la dogmática penal por cuanto, para caracterizar el acoso, sería suficiente la existencia del resultado de la acción, como por ejemplo, la petición de de dimisión del trabajador.

En lo que concierne a la existencia de un daño psíquico, se muestra partidario del concepto de acoso moral definido por la conducta y el comportamiento del agresor y no por el resultado dañino, incluso porque destaca que el daño psíquico (daño a la salud del trabajador) difiere del daño moral (que estará siempre presente en casos de violencia psicológica).

Concretamente, el 'psicoterror' consiste en una agresión persistente contra la dignidad del trabajador, como bien explica García Callejo⁶⁷⁶:

Partiendo del derecho a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social, principio cuya traslación al Derecho del Trabajo indiscutiblemente supone que el respeto a la dignidad del trabajador es un valor superior y esencial que ha de presidir la relación laboral, sin perjuicio ni alteración del contenido de las obligaciones contractuales de las partes, consideramos que el acoso moral es toda conducta de vulneración grave y continuada de la dignidad del trabajador en la empresa con el propósito de expulsar a la víctima del lugar de trabajo o dejarla marginada dentro de este ámbito a través de la degradación grave de sus condiciones laborales.

⁶⁷⁵ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito Penal*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V.1, p.286: "En el dolo directo, el sujeto pretende un cierto y determinado resultado. Por ejemplo, el agente asesta diversas cuchilladas en la víctima con intención de matarla. El dolo se proyecta de forma directa en el resultado de muerte".

⁶⁷⁶ GARCÍA CALLEJO, José María. *Op. cit.*, 2002, p.54.

Por otro lado, González Navarro⁶⁷⁷, magistrado del Tribunal Supremo de España, prefiere utilizar la vertiente del acoso psíquico y la define así:

Relación jurídica de conflicto nacida del ejercicio ilegítimo, continuado y sistemático, por una o varias personas, de un poder 'conformador' o 'domesticador' sobre otra persona (o sobre varias, en su caso) con el propósito de domeñar o, subsidiariamente, de destruir el alma del sometido a ese poder, haciéndole la vida imposible en el seno de la organización a la que pertenecen ambas partes, cualesquiera que fuere la posición orgánica que ocupe cada una en esa organización y el nivel de perturbación anímica que llegue a sufrir el acosado.

Por último, para Giannella Cataldi⁶⁷⁸:

Es la exposición de los trabajadores y trabajadoras a situaciones humillantes y vergonzosas, repetitivas y prolongadas durante la jornada de trabajo y en el ejercicio de sus funciones, siendo más comunes en las relaciones despiadadas y antiéticas de larga duración, de uno o más jefes dirigidas a un subordinado, desestabilizando la relación de la víctima en el ambiente del trabajo y la organización.

Por lo tanto, aunque cada autor tenga una referencia específica sobre la concepción, todos son unánimes al mencionar una exposición a situaciones degradantes de la jornada de trabajo frente al poder directivo del empleador.

Ante la inexistencia de un concepto explícito sobre el fenómeno en la legislación laboral, podemos utilizar, además de los conceptos aportados por los autores, lo que establece la Ley Municipal nº 13.288, de 10 de enero de 2002, de São Paulo, artículo 1º, párrafo único, que lo considera como:

⁶⁷⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Acoso psíquico en el trabajo: el alma, bien jurídico a proteger*. Madrid: Civitas, 2002, p.176.

⁶⁷⁸ GIANNELLA CATALDI, María José. *O stress no meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p.84.

[...] todo tipo de acción, gesto o palabra que afecta, por su repetición, a la autoestima y a la seguridad de un individuo, haciéndole dudar de sí mismo y de su capacidad, que implica daños en su entorno laboral, en la evolución de su carrera profesional o en la estabilidad de su relación laboral, tales como: marcar las tareas con unos plazos imposibles; mover a alguien de un área de responsabilidad hacia funciones triviales; dar crédito a las opiniones de los demás; ignorar o excluir a un empleado dirigiéndose a él sólo por medio de terceros; ocultar informaciones de forma insistente; lanzar rumores malintencionados; criticar con persistencia, subestimar los esfuerzos.

En lo se refiere a la consideración del acoso moral desde el punto de vista jurídico, Rachid Coutinho⁶⁷⁹ apunta lo siguiente:

El acoso moral afecta al 36% de los brasileños. El acoso está ganando espacio cada vez mayor en los medios de comunicación y en los debates que afectan a los trabajadores al tratarse de una de las diversas formas de violencia que afectan principalmente a las mujeres. Una encuesta realizada por la médica laboral Margaret Barreto, de la PUC de São Paulo, señala que el 36% de la población brasileña económicamente activa, que está trabajando, sufre violencia moral. En los países europeos, según la Organización Internacional del Trabajo, esta cifra se reduce al 10% y en los Estados Unidos, al 7%.

En el ámbito jurídico, se define como acoso moral toda y cualquier “exposición prolongada y repetitiva del profesional a situaciones humillantes y vejatorias en el entorno de trabajo”. Entiende Barreto⁶⁸⁰ que “estas humillaciones se caracterizan por relaciones jerárquicas despiadadas y autoritarias en que la víctima es hostilizada y ridiculizada frente a los compañeros y separada del grupo”. La investigadora identifica el acoso moral como fruto de la política del movimiento económico neoliberal, que genera en las empresas la obligación de la consecución de metas rígidas, lo que ocasiona la disminución de los puestos de trabajo

⁶⁷⁹ RACHID COUTINHO, Aldacy. “Anotações de sua intervenção no Ciclo de Conferências de Direito do Trabalho promovido pela Internet-lex”. *Discriminação, assédio sexual e moral*. Curitiba, Paraná, 25 abr. 2002.

⁶⁸⁰ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2001.

y de sus de respectivos trabajadores, desembocando en una sobrecarga de los demás sectores que, a veces, acumulan atribuciones.

En palabras de Coutinho⁶⁸¹: “Este trabajador flexible está expropiado en su saber hacer, en su tiempo. Es considerado como una persona sin deseo, sin familia, sin amigos, sin vida personal. Hay un clima de ansiedad, inseguridad, miedo, una considerable incertidumbre y una sumisión muy grande.” También Vieira de Oliveira⁶⁸², examinando el tema, se posiciona así sobre la cuestión:

Las dos principales obligaciones sinalagmáticas que la relación de trabajo implica, proporcionar el servicio de manera subordinada y de pago, llevó a los autores a la conclusión de que la misma relación implica únicamente una relación patrimonial. No se puede negar que sea importante, pero la relación de trabajo también crea una intersubjetividad entre el empleado y el empleador, ya sea éste persona física o jurídica. Si ella no existiera, habría que recurrir, como de hecho se hizo, a una relación esencial y jurídicamente diferente para explicar el daño personal entre empleado y empleador. Puede parecer paradójico, pero existen algunos escritos y sentencias que tratan los aspectos procesales (la no competencia de un juicio laboral para juzgar los conflictos derivados de los daños personales) que han contribuido a este entendimiento, haciendo hincapié, con razón, en la relación personal que el daño implica y que este no existiría en la relación laboral.

Hay una relación intersubjetiva muy acentuada entre empleado y empleador que genera tal posibilidad, teniendo en cuenta el trato sucesivo de la relación de empleo y que una parte pueda causar daño personal a la otra o, también, de que el daño se produzca recíprocamente. Cabe concluir que el daño personal es materialmente laboral cuando acaece dentro la relación de empleo y cuando ambas partes, como tales, causan daños una a la otra, incumpliendo una cláusula contractual implícita o explícita, de mutuo respeto y de buena fe.

⁶⁸¹ RACHID COUTINHO, Aldacy. *Op. cit.*, 2002.

⁶⁸² VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p.143.

Ni el *jus resistantiae*, ni la invocación de la excepción del *non adimpleti contractus*, ni el uso del poder directivo (en las modalidades organización, control o disciplinario), ni el uso de la legítima defensa justifican que se superen los límites que llevan a causar un daño personal a otro.

Referirse al daño personal como algo 'nuevo' en las relaciones laborales sería lo mismo que negar el viejo dicho según el cual *nil novi sub sole*. Afirmar que el daño personal haya comenzado a producirse en las relaciones de trabajo sólo en los últimos años, y precisamente después de 1988, con la promulgación de la actual Constitución Federal, es un error grosero. La ofensa al honor, daño esencialmente personal, ya estaba prevista en el Código Comercial y con la llegada de la CLT que, a su vez, sólo tuvo el papel de 'consolidar' la disposición preexistente, tipificándola como motivo del despido motivado (justa causa – artículo 482) o la denuncia, por parte del empleado, del contrato de trabajo (artículo 483). Una exageración contraria, sin embargo, consiste en afirmar que, como ya existía la figura de la ofensa al honor, no se aporta nada nuevo. La novedad se produjo en el ámbito del Derecho del Trabajo, cuando se comenzó a dar un tratamiento jurídico propio al daño personal que afectaba a lo íntimo de cada uno. Hasta entonces, la figura de la ofensa al honor sólo se trataba como una falta que no se deponía en el contrato.

Una antigua discusión sobre el derecho a la indemnización autónoma en el accidente de trabajo, acatada por el texto constitucional en el inciso XXVIII del artículo 7º, acabó abriendo un precedente para entrever que en las indemnizaciones pre-tarifadas, la presencia de justa causa no cubría un daño esencialmente diverso, como el personal⁶⁸³. Algunos Estados y la Unión ya presentaron proyectos de ley en este sentido que se encuentran en trámite legislativo.

⁶⁸³ VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Op. cit.*, 2002.

Por lo tanto, todo acto que deriva del poder de comando del empleador con tal propósito, comienza a considerarse como acoso moral y debe tener su ámbito de incidencia restringido por la legislación.

Realizadas las consideraciones iniciales acerca del problema, seguiremos con unas breves descripciones acerca de los enfoques y estudios históricos del Instituto.

6.2 DENOMINACIÓN UTILIZADA EN OTROS PAÍSES Y SU HISTORIA

El llamado ‘terror psicológico’⁶⁸⁴ es conocido en Italia, Alemania y demás países escandinavos como *mobbing*; en Inglaterra y en los Estados Unidos se denomina *bullying*; en Francia, *harcèlement moral*; en Japón como *ijime*, y en los países de lengua española es denominada *acoso moral*. Con todo, Hirigoyen⁶⁸⁵, sucintamente, distingue los términos mencionados de la siguiente forma:

- El término *mobbing* se relaciona más con la persecución colectiva o la violencia relacionada con la organización, incluyendo las desviaciones que pueden terminar en violencia física;
- El término *bullying* es más amplio que el término *mobbing*; va de las burlas y el aislamiento hasta una conducta abusiva con connotaciones sexuales o agresiones físicas; se refiere más a las ofensas individuales que a la violencia organizacional;

Por lo tanto, tratando de aclarar mejor la cuestión, conviene realizar algunas consideraciones en cuanto a los términos *mobbing*, *bullying* e *ijime*, respectivamente.

El término *mobbing* de lengua inglesa deriva del verbo *to mob*, que significa maltratar, perseguir, sitiar, y del sustantivo *mob*, que se refiere a

⁶⁸⁴ Denominação utilizada por NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003.

⁶⁸⁵ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.85.

multitud. Fue utilizado en los años 80 por el psicólogo alemán Heinz Leymann para definir las formas de acoso en las organizaciones. Sin embargo, se presume que el término fue utilizado por la primera vez por el etnólogo Konrad Lorenz al tratar de grupos de animales que intentaban la expulsión de un intruso. En los años 60, el médico sueco Peter Paul Heinemann utilizó el mismo término al describir el comportamiento hostil entre niños en la escuela.

Heinz Leymann, que entendía el *mobbing* como actitudes hostiles en el lugar de trabajo marcadas por la frecuencia y la repetitividad y como forma grave de estrés psicosocial, publicó en 1993 la obra *Mobbing, la persécution ou travail*. Así, con las investigaciones de este psicólogo, el concepto se difundió por Alemania y por los países escandinavos⁶⁸⁶.

El término *bullying*, proveniente del verbo *to bully* y *bully*, significa, respectivamente, tratar a alguien con deshumanidad o grosería, y la persona tiránica que agrede otras más débiles. Inicialmente, se utilizaba esta denominación para caracterizar las amenazas o las humillaciones entre grupos de niños. Después comenzó a designar también las agresiones sufridas en la familia, en el ejército, en las actividades deportivas y en las relaciones de trabajo. En la actualidad, después de diversos documentales y libros que han divulgado el tema, surgieron diversos grupos que comenzaron a ocuparse de la protección y apoyo a las víctimas. El fenómeno despertó una gran preocupación de las autoridades que, hoy en día, son destinan instrucciones especiales al ejército y la policía inglesa para las víctimas de estas organizaciones.

⁶⁸⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.77. Para una conceptualización del *mobbing* y del *bulling*, desde una perspectiva psicológica, *vid.* VISALLI, Ugo Ottavio. *Aspectos psico-sociales del conflicto: mediación escolar y maltrato entre iguales (bullyng) en los centros educativos*. Universidad de Burgos, Departamento de Derecho Público, 2005. Disponible en el Repositorio de la Universidad de Burgos, desde 2007: <<http://hdl.handle.net/10259.1/67>>. Acceso el 20 mar. 2004.

A diferencia del *mobbing*, el *bullying* se refiere más a las agresiones provenientes del superior jerárquico y no a un fenómeno de grupo⁶⁸⁷.

Ijime, que significa acoso, se utiliza en Japón para describir las agresiones y las humillaciones entre niños en la escuela, la inserción de nuevos empleados en el grupo o la represión de sujetos considerados perturbadores. Ante el sistema educativo japonés, que instiga la rivalidad entre los jóvenes en la búsqueda de la excelencia profesional, el *ijime* comenzó a considerarse una enfermedad social, aunque los índices de evasión escolar y suicidio hayan alcanzado niveles preocupantes.

Conviene destacar que este sistema de educación tenía principalmente por objeto “abastecer” a las empresas de individuos preparados para el mundo laboral, sin personalidad e individualismo, lo que anulaba cualquier posibilidad de crítica. Sin embargo, con el cambio de pensamiento en el mundo del trabajo en los años 90, la reducción del número de empleados en función de su desempeño en la producción, generó agresiones psicológicas con el fin de apartar los considerados no aptos.

Entonces, como destaca Hirigoyen⁶⁸⁸, se pasa del *ijime* al acoso moral, que aún no posee un término equivalente en la lengua japonesa.

Así, es necesario describir algunos aspectos que contribuyen a su aparición.

⁶⁸⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.80.

⁶⁸⁸ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.83.

6.3 CONTEXTOS ACERCA DE LA APARICIÓN Y RECRUDECIMIENTO DEL ACOSO

Existen diversos contextos que favorecen la aparición o el recrudecimiento del acoso moral, entre ellos: la nueva organización del trabajo, la legislación proteccionista del trabajador, la mala gestión organizacional y el estrés. Sin embargo, se debe tener cautela para no confundir el exceso de trabajo y el consecuente estrés con el acoso moral.

Conviene destacar la cuestión a la que alude Hirigoyen en relación a la “perversidad del sistema”. Según la autora, es incontestable que, así como existen personas perversas, también existen empresas perversas. En lugar de motivar a sus empleados para que den lo mejor de sí, permitiendo el bienestar de ambos, estas empresas enaltecen las rivalidades. Como ejemplo clásico se puede citar el caso de las grandes fusiones en que, habiendo más de un profesional para el mismo cargo, la empresa no despiden pero instiga la competencia interna haciendo que uno de ellos no resista la fuerte presión y pida la dimisión. Con eso, la empleadora evita la dimisión en masa, lo que provocaría una conmoción social a la vez que reduce el coste de las indemnizaciones por despido.

Hirigoyen afirma que también existen situaciones que favorecen el acoso, tales como: personas atípicas, excesivamente competentes o que ocupan el espacio los demás, las que se resisten a la estandarización, las que hacen alianzas erradas o alianzas equivocadas o no tienen red de comunicación cierta, los asalariados protegidos, los menos productivos y los temporalmente fragilizados. De la misma forma, cita la existencia de factores que impiden o minimizan la defensa contra el acoso, entre ellos: la baja autoestima, la necesidad exacerbada de reconocimiento, el exceso de escrúpulos y la mucha dedicación al trabajo.

Resaltando la frecuente confusión entre el acoso moral y el estrés y la presión del entorno laboral, propios de los tiempos actuales, García Callejo⁶⁸⁹ destaca que:

Huelga señala, por obvia, la dificultad que encierra delimitar la frontera entre la conducta de hostigamiento y otras actuaciones lesivas para los derechos del trabajador o contrarias a sus deseos e intereses que no pueden alcanzar aquélla calificación. No hallamos, por ello, ante un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación corresponderá al juzgador en cada caso concreto. Por otra parte no puede ignorarse que la existencia de la violencia u hostigamiento tiene, en gran medida, un componente de percepción personal y subjetiva del propio afectado, que necesariamente debe ser objetivada a través de la apreciación externa del juzgador a la vista de todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto que se plantee y contando con todos los elementos probatorios a su alcance.

Hirigoyen⁶⁹⁰ distingue de forma muy didáctica el acoso profesional y el moral bajo la cuestión de intencionalidad de la acción. Para esta autora, el acoso moral se caracteriza por la humillación y la falta de respeto, si bien el profesional (estrés) derivaría del exceso de trabajo, malas condiciones del entorno, etc. Sin embargo, señala que: “Con los estresados, el reposo es reparador, y unas mejores condiciones de trabajo permiten recomenzar. Con una persona víctima de acoso, la vergüenza y la humillación persisten durante un largo tiempo, aun cuando el cuadro pueda alterarse un poco en función de la personalidad de los individuos”.

Por lo tanto, no se puede confundir el acoso moral, que presupone la práctica reiterada de acción dirigida a perjudicar al operario, con una agresión puntual. Tampoco se puede confundirlo “con decisiones legítimas, que se refieren a la organización de los trabajos, tales como los

⁶⁸⁹ GARCÍA CALLEJO, José María. *Op. cit.*, 2002, p.42.

⁶⁹⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.23.

traslados y los cambios de función, en el caso de que sean conformes con el contrato de trabajo”⁶⁹¹.

Novaes Guedes⁶⁹² apunta que los suecos entienden que para caracterizar el acoso, se debe de verificar la persecución durante seis meses, como mínimo, con ataques por lo menos una vez por semana.

Otra importante característica del acoso moral es la forma velada con que se alcanza a la víctima. Frecuentemente el acosado observa la mala intención sólo cuando ya no está en la empresa. Así, se debe tener la máxima cautela con alegaciones de existencia del supuesto acoso moral, porque muchas veces se tropieza con personas paranoicas, como bien aclara Hirigoyen⁶⁹³: “A diferencia de las verdaderas víctimas, una persona que muestra paranoia no intentará que la situación se resuelva amistosamente sino que, por el contrario, mantendrá la queja en contra del acosador-víctima escogido”.

La psiquiatra francesa caracteriza el acoso como discriminatorio, a pesar de que frecuentemente se disimule, lo que confirma una negación de la indiferencia o una particularidad del individuo⁶⁹⁴. Apunta algunas razones para esta práctica, tales como: deficiencia física o enfermedad, opción sexual, representación sindical o de grupos de empleados. Con anterioridad a que la discriminación se contemplara por ley, muchas veces el acosador se valía del terror psicológico para, por ejemplo, forzar una dimisión ‘espontánea’. Así, no son raros los casos de representantes sindicales, detentores de garantía de empleo que, después de ser apartados del grupo de trabajo y de sus actividades, piden su dimisión.

⁶⁹¹ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.34.

⁶⁹² NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003.

⁶⁹³ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.73.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p.103.

Conviene transcribir una parte de la obra de Camino⁶⁹⁵ donde, brillantemente, destaca la actual situación a la que se enfrentan empleadores y empleados, concretamente en cuanto al desempleo:

El empleador ve en su empleado una simple fuente de energía, fuerza de trabajo que, aunque sea imprescindible, es desechable y de reposición garantizada porque la oferta es abundante. Tiene el poder de despedir, prácticamente sin *onus*, una especie de espada de Damocles que pende sobre la cabeza de su empleado y determinar la sumisión de este a todo tipo de órdenes abusivas y de derechos incumplidos.

Por lo tanto, la autora apunta que “el empleado ve a su empleador como un verdugo y sólo aguanta por el miedo de perder su empleo. Porque consciente de la precariedad del vínculo con la empresa, no tiene el mínimo incentivo para progresar en ella y aplicarse a su trabajo”. Esto significa que las propias relaciones interpersonales en la empresa están marcadas por la superficialidad y la transitoriedad.

6.4 LOS SUJETOS DEL ACOSO MORAL

Novaes Guedes⁶⁹⁶ destaca que es la victimología la que emplea el término ‘individuo perverso’ para calificar al sujeto activo del acoso moral, es decir, al agresor. En relación a la perversidad del individuo apunta:

Sabemos que toda y cualquier persona, en un determinado momento de crisis, es llevada a servirse de mecanismos perversos para defenderse. La voluntad de vengarse, de destruir al otro cuando nos sentimos amenazados es natural. Lo que nos distingue de un sujeto perverso es que estos sentimientos no son sólo reacciones ocasionales, momentáneas y pasajeras, sino que son seguidos también de remordimientos y arrepentimientos. El sujeto perverso, al contrario, tiene estos comportamientos como regla de vida. En realidad,

⁶⁹⁵ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.290.

⁶⁹⁶ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.57.

la perversidad implica una estrategia de utilización y después de destrucción del otro, sin la menor culpa.

Según Hirigoyen⁶⁹⁷, en algún momento la perversidad del individuo se demostrará, generalmente cuando se ponga en cuestión su responsabilidad. Sin embargo, dice la autora:

Dichos individuos sólo pueden existir disminuyendo a alguien: ellos necesitan degradar a otros para adquirir una buena autoestima y, con ello, ganar el poder porque están ávidos de admiración y aprobación. No tienen compasión o respeto por los demás porque no se involucran en la relación. Y respetar al otro es considerarle como un ser humano y reconocer el sufrimiento que se le está infringiendo.

La perversión es característica de los individuos que no admiten perder nunca. Acostumbran ser envidiados y temidos. Son verdaderos manipuladores, puesto que saben que otros prefieren estar al lado de ellos que estar en contra. Según los psiquiatras, la perversidad no es una perturbación psíquica sino la combinación de la fría racionalidad junto con la incapacidad de considerar a los otros como seres humanos. A través de la perversión, la víctima queda desprotegida y desarmada siendo dominada por el perverso.

Hirigoyen⁶⁹⁸ hace la siguiente consideración: “Los grandes perversos son también seres narcisistas y, como tales, vacíos, que se alimentan de la energía vital y de la savia del otro. El perverso narcisista depende de los otros para vivir; se sienta impotente ante la soledad, por eso, se agarra a otra persona como verdadera sanguijuela”.

Existen controversias sobre la personalidad del perverso. No hay una categorización específica que contenga los señales y los síntomas que identifican la patología, lo que perjudica el diagnóstico y el tratamiento de esa grave enfermedad mental y deja al perverso libre para practicar

⁶⁹⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002b, p.12.

⁶⁹⁸ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 2002a, p.147.

sus acciones. Los perversos son personas que poseen mucha facilidad para manipular a los otros, lo que en la sociedad actual está bastante valorizado en el mundo de los negocios y en la política. Son personas que no reconocen al otro como un ser humano igual a sí mismo. El otro es menor, vale menos, no sirve para nada. Los perversos presentan la actitud de '*cosificación*' del otro. Son individuos que, en lugar de establecer una relación intrapersonal entre un yo y un tú, establecen relaciones donde existen un yo y un eso. Si el otro es un eso puede ser manipulado, humillado y vilipendiado, sin el menor problema, puesto que es una cosa. Los perversos escogen a sus víctimas entre las personas agradables, con éxito, inteligentes, pero con fuerte tendencia a '*culpabilizarse*'. Personas con esta característica suelen presentar una baja autoestima y poco conocimiento sobre su propia imagen corporal. Estas dificultades no acostumbran a ser muy visibles en el entorno laboral puesto que están encubiertas por actitudes profesionales que funcionan como '*escudos*' de protección para la posible víctima.

También existen los espectadores. Según Novaes Guedes⁶⁹⁹, son todas las personas que, de una forma o de otra, participan de la violencia y la vivencian, incluso que de forma refleja. La autora los divide en dos grupos, los conformistas pasivos y los activos. Los considera de la siguiente manera: "Pasivos son los espectadores no involucrados directamente en la acción perversa, pero tienen su responsabilidad porque no hacen nada para frenar la violencia psicológica desencadenada por el sujeto perverso o, muchas veces, actúan activamente, favoreciendo claramente la acción del agresor".

Las víctimas, a su vez, completan el triángulo del acoso moral. Son las personas que sufren con la conducta caracterizadora del acoso. Son

⁶⁹⁹ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p. 62-63.

el blanco de la perversidad del agente⁷⁰⁰. Novaes Guedes⁷⁰¹ las describe como “los empleados con sentido de responsabilidad casi patológico; son inocentes en el sentido de que creen en los otros y en lo que hacen; son generalmente personas bien educadas y poseedoras de valiosas calidades profesionales y morales”.

La víctima puede ser tanto un hombre como una mujer, aunque se admita que el grado de incidencia en que las víctimas son mujeres es alto. Esta posibilidad, que engloba hombres y mujeres, se da en virtud de la característica multifacética del acoso moral en el trabajo.

A continuación, describiremos las conductas que los acosadores suelen desarrollar.

6.5 LAS CONDUCTAS PRACTICADAS FRECUENTEMENTE POR LOS ACOSADORES

El acoso es consecuencia de diversos tipos de actitudes hostiles que están muy bien ejemplificados en la obra *Mal-estar no trabalho*. Dada la claridad con que el autor aborda el tema, y sabiendo que metodológicamente no es la mejor elección, sin embargo entendemos que resulta conveniente que lo transcribamos íntegramente⁷⁰².

La lista de las actitudes hostiles:

- 1) Deterioro deliberado de las condiciones de trabajo
 - Quitar la autonomía a la víctima.

⁷⁰⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.152. A autora diz que a vítima é vítima porque foi designada como tal pelo perverso, tornando-se o bode expiatório responsável por todo o mal.

⁷⁰¹ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.63.

⁷⁰² HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.108-109.

- No transmitirle las informaciones útiles para la realización de tareas.
 - Contestar sistemáticamente todas sus decisiones.
 - Criticar su trabajo de forma injusta o desorbitada.
 - Privarla del acceso a los instrumentos de trabajo: teléfono, fax, ordenador.
 - Quitarle el trabajo que normalmente le compete.
 - Darle permanentemente nuevas tareas.
 - Atribuirle deliberada y sistemáticamente tareas inferiores a sus capacidades.
 - Atribuirle deliberada y sistemáticamente tareas superiores a sus capacidades.
 - Presionarla para que no haga valer sus derechos (vacaciones, horas, premios).
 - Actuar de modo que le impida promocionarse.
 - Atribuir a la víctima, contra la voluntad de la misma, trabajos peligrosos.
 - Atribuir a la víctima tareas incompatibles con su salud.
 - Causar daños en su lugar de trabajo.
 - Darle deliberadamente instrucciones imposibles de ejecutar.
 - No tener en cuenta recomendaciones de orden médica indicadas por el médico del trabajo.
 - Inducir a la víctima al error.
- 2) Aislamiento y rechazo de comunicación
- La víctima es interrumpida constantemente.
 - Superiores jerárquicos o compañeros no dialogan con la víctima.

- La comunicación con ella es únicamente por escrito.
- Recusan todo contacto con ella, incluso el visual.
- Se la separa de los otros.
- Ignoran su presencia, dirigiéndose sólo a los otros.
- Prohíben a los compañeros que le hablen.
- Ya no la dejan hablar con nadie.
- La dirección recusa cualquiera solicitud de entrevista.

3) Atentado contra la dignidad

- Utilizan insinuaciones desdeñosas para calificarla.
- Realizan gestos de desprecio ante ella (suspiros, miradas de desprecio, encogiéndose los hombros ...)
- Se la desacredita frente a los compañeros, superiores o subordinados.
- Difunden rumores sobre ella.
- Le atribuyen problemas psicológicos (dicen que tiene problemas mentales).
- Se burlan de su discapacidad o su apariencia física; es imitada o caricaturizada.
- Critican su vida privada.
- Se burlan de sus orígenes o de su nacionalidad.
- Se burlan de sus creencias religiosas o convicciones políticas.
- Le asignan tareas humillantes.
- Es injuriada con términos obscenos o degradantes.

4) Violencia verbal, física o sexual

- Amenazas de violencia física.

- La agreden físicamente; aunque levemente, la empujan, le cierran la puerta en la cara.
- Hablan con ella a gritos.
- Invaden su vida privada con llamadas telefónicas o cartas.
- Dañan su coche.
- Es objeto de acoso o agresión sexual (gestos o propuestas).
- No tienen en cuenta sus problemas de salud.

Sabiendo que el acoso no es de exclusividad del empleador, Hirigoyen⁷⁰³ lo clasifica de acuerdo con su procedencia, de la siguiente forma: vertical descendiente, horizontal, mixto y ascendiente. El acoso vertical es la práctica más común del acoso, es decir, la practicada por el superior jerárquico. Con frecuencia, las actitudes de acoso son iniciadas por el superior pero son apoyadas, de forma espontánea o no, por los demás compañeros. El acoso horizontal proviene de los compañeros, es decir, se desencadena dentro del mismo nivel jerárquico. La jueza Márcia Novaes Guedes destaca como ejemplo el caso de los nordestinos que emigran para los estados del Sur y Sudeste, principalmente São Paulo, y son víctimas de la xenofobia y racismo.

Finalmente, el caso más raro de acoso, el ascendiente, se origina en los subordinados, también conocido como “violencia desde bajo hacia arriba”. Un ejemplo clásico, citado por los autores, es el caso del jefe que se jubila y es sustituido por un joven poco humilde y ansioso por demostrar su competencia. Los subordinados buscarán todas las formas para sabotearlo y desestabilizarlo.

Por lo tanto, y según tales premisas, comenzamos a describir los efectos sobre la salud del acosado, tanto física como mental.

⁷⁰³ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a.

6.6 EFECTOS SOBRE LA SALUD FÍSICA Y MENTAL DEL ACOSADO

Como se ha explicado en la referencia francesa⁷⁰⁴, “acosar a alguien moralmente es apuntar a sus cobardías, sus errores y sus defectos hasta hacerle sentir culpable y que pierda la autoconfianza. Cuanto más duda la persona de ella misma, más se facilita ese trabajo de destrucción”. El acoso, además de causar la desestructuración de la vida social y familiar de la víctima, causa graves problemas físicos y psíquicos en la medida en que se asienta en el individuo acosado una sensación de humillación, impotencia e, incluso, incredulidad frente a la situación que esta viviendo.

El acoso desestabiliza y deja marcas muy fuertes, principalmente porque muchas veces la víctima no tiene conciencia de lo que está sucediendo y no comprende las consecuencias. Hirigoyen⁷⁰⁵ expone así la cuestión:

El acoso moral puede provocar una destrucción de la identidad e influir durante mucho tiempo sobre el temperamento de la persona. Nuestra identidad se construye progresivamente desde la infancia y nunca está definitivamente formada. Cuando somos víctimas de una agresión contra la cual no tenemos medios psíquicos para luchar, puede producirse una acentuación de rasgos de la personalidad anteriores o surgir disturbios psiquiátricos.

En efecto, inicialmente el psicoterrorismo puede desencadenar diversos disturbios, como depresión, insomnio, jaquecas y dolores musculares, que son clasificadas por Irigoyen como una autodefensa del organismo a una hiperestimulación. Sin embargo, si el acoso se extiende por un período mayor, el acosado podrá desarrollar un grave estado depresivo que puede, incluso, llevarlo al suicidio u homicidio.

⁷⁰⁴ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.229.

⁷⁰⁵ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.175.

La autora alerta además sobre el desarrollo de disturbios psicosomáticos que se producen bajo la forma de problemas digestivos y endocrinológicos, crisis de hipertensión, indisposición, vértigo, aumento o pérdida de peso rápido y excesivo, enfermedad de la piel, entre otros.

La investigación publicada en el sitio <http://www.assediomoral.org>⁷⁰⁶, organizado y actualizado por profesionales de las áreas de Salud y Jurídica, realizada con 879 personas, revela cómo hombres y mujeres reaccionan al psicoterrorismo:

Síntomas	Mujeres	Hombres
Crisis de llanto	100	-
Dolor generalizado	80	80
Palpitaciones, Temblores	80	40
Sentimientos de inutilidad	72	40
Insomnio o somnolencia excesiva	69,6	63,6
Depresión	60	70
Disminución de la libido	60	15
Sed de venganza	50	100
Aumento de la presión arterial	40	51,6
Trastornos digestivos	40	33,2
Sentimientos de inutilidad	40	15
Mareos	22,3	3,2
Idea de suicidio	16,2	100
Falta de apetito	13,6	2,1
Falta de aire	10	30
Comienza a beber	5	63
Intento de suicidio	-	18,3

Tabla en porcentajes

Por lo tanto, los datos son contundentes a la hora de demostrar la influencia negativa en la salud de los voluntarios y que, en la mayoría de los casos, las mujeres son más sensibles a las actitudes hostiles y humillantes.

⁷⁰⁶ BARRETO, Margarida. *Uma jornada de humilhações*. São Paulo: PUC, 2000. Disponible en: <http://www.assediomoral.org/indexes/zsintomas.htm>. Acceso el 14 jul. 2003.

Seguidamente, vamos a analizar la posibilidad de encuadrar estas actitudes como una enfermedad profesional.

6.6.1 Tipificación como enfermedad profesional

La Ley n. 8.213, de 1991, define así el accidente de trabajo:

Art. 19. Accidente del trabajo es lo que sucede por el ejercicio del trabajo al servicio de la empresa o por el ejercicio del trabajo de los asegurados, como establece el inciso VII del artículo 11 de esta Ley, cuando provoquen lesión corporal o perturbación funcional que causen la muerte o la pérdida o reducción, permanente o temporal, de la competencia para el trabajo.

El artículo 118 del mismo texto legal garantiza al asegurado que sufrió un accidente de trabajo el derecho al mantenimiento de su contrato de trabajo en la empresa por el plazo mínimo de doce meses, después de que cese la enfermedad por accidente, independientemente de la percepción de la correspondiente indemnización. Asimismo, la disposición equipara al accidente de trabajo las enfermedades profesionales. Puede verse en la redacción:

Art. 20. Se consideran accidentes de trabajo, en los términos del artículo anterior, las siguientes entidades de enfermedades:

I - enfermedad profesional, entendida como la producida o desencadenada por el ejercicio propio de un determinado ámbito de actividad laboral y de relación respectiva elaborada por el Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social;

II - la enfermedad de trabajo, entendida como adquirida o desencadenada por condiciones especiales en las que el trabajo está realizado y que se relaciona directamente, tal y como establece la relación mencionada en el inciso I.

§ 1º. No se consideran como enfermedades profesionales

a) una enfermedad degenerativa;

b) al grupo de edad inherente;

c) la que no produce una incapacidad laboral;

d) la enfermedad endémica adquirida por habitante asegurado de la región en que se desarrolla, salvo comprobación de que es el resultado de la exposición o

de un contacto directo determinado por la naturaleza del trabajo.

Sin embargo, para el estudio del tema, conviene destacar el contenido del párrafo 2º del artículo mencionado anteriormente, que dispone: “En caso excepcional, constatándose que la enfermedad no incluida en la relación prevista en los incisos I y II de este artículo deriva de las condiciones especiales en que el trabajo es ejecutado y se relaciona directamente con el mismo, la Seguridad Social debe considerarla accidente del trabajo”. Este inciso pone de manifiesto la necesidad de nexo causal entre la enfermedad desarrollada y las condiciones de trabajo a las que el empleado se encontraba sujeto.

Así, sabiéndose que la legislación equipara la enfermedad profesional al accidente de trabajo, Giannella Cataldi⁷⁰⁷ señala que deberán revisarse los requisitos de causalidad, perjuicio y nexo causal. No obstante la equiparación, apunta:

No hay que confundir los accidentes y las enfermedad profesional o del trabajo. Hay que diferenciar la caracterización con respecto a la violencia; en ésta existe un proceso con cierta duración, que se desencadena en un momento preciso y provoca una lesión corporal, o una perturbación funcional, o incluso la muerte del empleado. La pericia determinará la existencia o no de la relación entre la enfermedad profesional o del trabajo y el accidente para la configuración formal del nexo etiológico o causal.

Muchos trabajadores son apartados del trabajo y comienzan a recibir las prestaciones de la Seguridad Social por enfermedades derivadas o relacionadas con el acoso moral, como las denominadas LER –Lesión por Esfuerzo Repetitivo y DORT–. La problemática ha despertado el interés de la Organización Internacional del Trabajo que, como se

⁷⁰⁷ GIANNELLA CATALDI, Maria José. *Op. cit.*, 2002, p.58.

publica en el sitio <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.htm>>, demuestra que ha aumentando el índice de problemas relacionados con la salud mental.

Concordando con la posibilidad de encuadramiento de la enfermedad profesional, la Resolución nº 1.488, de 1998, artículo 2º, del Consejo Federal de Medicina, dispone:

Art. 2º. Para el establecimiento del nexo causal entre los trastornos de salud y las actividades del trabajador, además del examen clínico (físico y mental) y los exámenes complementarios, cuando sean necesarios, debe el médico considerar:

- I - la historia clínica y ocupacional, decisiva en cualquier diagnóstico y/o comprobación del nexo causal;
- II - el estudio del lugar de trabajo;
- III - el estudio de la organización del trabajo;
- IV - los datos epidemiológicos;
- V - la literatura actualizada;
- VI - la manifestación de un cuadro clínico o subclínico en el trabajador expuesto a condiciones agresivas;
- VII - la identificación de riesgos físicos, químicos, biológicos, mecánicos, estresantes y otros;
- VIII - la declaración y la experiencia de los trabajadores;
- IX - los conocimientos y las prácticas de otras disciplinas y de sus profesionales, sean o no del área de salud.

G. Stürmer, en relación al ambiente de trabajo, destaca que:

“Algunas enfermedades son consideradas también como accidentes de trabajo. De acuerdo con el artículo 20 de la Ley Nº 8213/91, también se considera la enfermedad profesional, es decir, la provocada por el ejercicio de un trabajo peculiar de una determinada actividad y la enfermedad del trabajo, así entendida como la adquirida o desencadenada por condiciones especiales en que el trabajo se realiza y se relaciona directamente”⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸-STÜRMER, G., “O meio ambiente do trabalho e as medidas protetivas de proteção no Brasil” en SÁNCHEZ BRAVO, A. (Editor), *Justicia y Medio Ambiente*, Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013, p. 256.

Loper⁷⁰⁹ subraya la dificultad de encuadrar este fenómeno como enfermedad de trabajo:

El acoso psicológico es parte integrante de la violencia en el trabajo, año tras año toma más víctimas y, sin embargo, oculta lo que se debía conceptuar como enfermedad o accidente de trabajo en el marco de la enfermedad común, al querer minimizar sus consecuencias, no querer asumir el deber que significa para la seguridad social el reconocimiento de una lesión relacionada directamente con el trabajo, haciendo aparecer un estado anímico de la víctima dependiente de factores internos emocionales, de una salud resquebrajada, y no de factores externos y, sobretudo, lo más peligroso, del factor humano, ya que en el acoso psicológico lo determinante es la acción personal de un acosador o acosadores.

Por lo tanto, aunque las reacciones sean el resultado de la relación de trabajo realizada de forma hostil y humillante, existe una enorme dificultad para realizar esta comprobación ya que la normativa legal no prevé tales características de accidente.

6.6.2 Nexos causal

Según la Resolución nº 1.488, de 1998, del Consejo Federal de Medicina, para el establecimiento del nexo causal entre los trastornos de la salud y las actividades del trabajador, además del examen clínico (físico y mental) y de exámenes complementarios, cuando sean necesarios, el médico debe considerar que el riesgo puede ser definido como el grado de probabilidad de manifestación de un determinado evento. El cálculo de Coeficiente del Riesgo (CR) puede estimar la probabilidad de que el daño se produzca en un futuro inmediato o remoto, así como levantar un factor de riesgo aislado o varios factores

⁷⁰⁹ LOPER, Arildo. "Assédio moral e estresse são acidentes do trabalho". *Consultor Jurídico*, 19 mayo 2003. Disponible en: <<http://www.conjuruol.com.br/textos/18930>>. Acceso el: 14 dic. 2003.

simultáneos. Son formas posibles de presentación de los resultados, con gran utilidad y facilidad de interpretación, dando datos para el diagnóstico de la situación de salud de la población, así como cuantificar la probabilidad de que estos eventos se produzcan, también denominados 'factores pronósticos'.

Destacando la evolución histórica de la concepción de riesgos ocupacionales, la Organización Mundial de la Salud los clasificó como biológicos, físicos, químicos, ergonómicos, psicosociales. También reforzó la necesidad de una mayor atención al problema de la salud de los trabajadores, con particular atención a los programas de higiene en el trabajo, de promoción y mantenimiento de la salud.

La historia clínica y ocupacional es decisiva en cualquier diagnóstico y/o investigación de nexos causales. Por lo tanto, se debe investigar el lugar de trabajo, la organización del trabajo, los datos epidemiológicos, la literatura actualizada, la evidencia del cuadro clínico o subclínico en el trabajador expuesto a condiciones agresivas y la identificación de riesgos físicos, químicos, biológicos, mecánicos, estresantes y otros.

El artículo 2º de la Resolución CFM nº 1.488, de 1998 establece: "se exige la declaración y la experiencia de los trabajadores, así como los conocimientos y las prácticas de otras disciplinas y de sus profesionales, sean o no del área de Salud".

Giannella Cataldi⁷¹⁰ apunta que, cuando se verifica el nexo causal entre la conducta y el daño causado a la víctima, surge por parte del agresor el deber de indemnizar. Señala la autora: "Las consecuencias en la salud mental y física de los trabajadores son enormes y precisan de la reparación de los daños por parte de los autores, a fin de restaurar la

⁷¹⁰ GIANNELLA CATALDI, María José. *Op. cit.*, 2002, p.91.

relación de un equilibrio social, debiendo solicitarse, por parte de las víctimas, todos los importes que correspondan al tratamiento clínico y psíquico. Conviene recordar que toda y cualquier acción humana lesiva a los intereses ajenos conllevan la necesidad de reparación de los daños sufridos”, lo que significa afirmar que las acciones y omisiones lesivas rompen el equilibrio social, estableciendo el Derecho la preservación de la integridad moral y patrimonial de las personas en el ámbito de la Responsabilidad Civil.

6.7 DERECHOS Y DEBERES DERIVADOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

En relación a esta cuestión, conviene retomar, aunque sea brevemente, las descripciones derivadas del contrato de trabajo.

Así, como bien apunta Camino⁷¹¹:

Relación del empleo es la relación de trabajo de carácter contractual, en la que el empleado está obligado a prestar trabajos personales, esenciales para la consecución de los objetivos de la empresa y encargados, correspondiendo al empleador asumir los riesgos económicos de la empresa, vigilar la prestación del trabajo y contraprestarlo a través del salario.

La clave de las causas que posibilitan una justa causa y la rescisión indirecta, establecidas en los artículos 482 y 483 de la CLT, es la de unas obligaciones incumplidas por las partes. Aunque estos deberes no necesiten estar previstos en el contrato y no estén expresamente en la ley, han sido asumidos totalmente por empleados y empleadores como fundamentales para la continuidad de la relación laboral.

Camino distingue obligaciones y deberes. La primera expresión designaría aquellas obligaciones directamente vinculadas al objeto del

⁷¹¹ CAMINO, Carmen. *Op. cit.*, 1999, p.114.

contrato de trabajo, como por ejemplo, entregar la fuerza de trabajo y pagar el salario. La segunda, se utiliza generalmente para identificar obligaciones secundarias comúnmente no explícitas en el contrato. La obligación principal del empleado es la prestación del trabajo. Entre las obligaciones secundarias, también denominadas deberes, están las de fidelidad, obediencia, asiduidad, puntualidad y diligencia.

Con respecto a las obligaciones principales del empleador, se puede citar la contraprestación de trabajo, como el pago de salario. Al igual que el empleado, el empleador también tiene deberes, como el de no discriminar, dar trabajo, suministrar los instrumentos necesarios para la prestación del trabajo, proporcionar las condiciones adecuadas de higiene seguridad y comodidad del trabajo, respetar las invenciones del empleado y, por último, los propios de la convivencia social.

En relación al deber de dar trabajo, Camino⁷¹² aclara: “La negación del trabajo, incluso sin perjuicio del salario, también puede configurar una insidiosa forma de punición, que coloca el empleado en situaciones de constreñimiento, en una verdadera *capitis deminutio*”. Sin embargo, en relación a los deberes propios a la convivencia social, destaca:

Como ejemplo de lo que sucede con el empleado, el empleador también está sujeto al deber de civilidad y conducta social adecuada, al abstenerse de una conducta inapropiada, capaz de constreñir al empleado, ofendiéndole en su honor o de su familia, nombre profesional o integridad física. Las mismas razones justificadoras de tales deberes con relación al empleado son pertinentes con relación al empleador, por razones obvias.

La relación de empleo presupone el ejercicio de un poder directivo por parte del empleador. La palabra poder proviene del latín *potere*, que significa jefe de un grupo; traduce la idea de obediencia y fuerza. Sin embargo, este poder de dirección debe ejercerse en beneficio de la empresa, del trabajador y del grupo social. Además, este poder no

⁷¹² CAMINO, Carmen. *Op. cit.*, 1999, p.176-178.

somete al empleado de forma ilimitada puesto que su finalidad consiste en la organización y orientación del grupo para alcanzar el objetivo de la empresa.

El poder directivo del empleador está limitado por los derechos fundamentales de la persona humana, como el derecho a la dignidad, a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la privacidad, al honor, a la imagen, a la inviolabilidad de la intimidad y a la igualdad.

Avalone Filho⁷¹³ sostiene que:

Por todo lo que expuesto hasta ahora, es preciso concluir que la licitud de las diversas manifestaciones del poder directivo del empleador depende de su conformidad no solo con la ley, sino también con los preceptos éticos que deben regir todas las relaciones humanas, principalmente el respeto a los derechos del hombre en el ejercicio de su trabajo. Cualquier manifestación del poder directivo del empleador deberá adecuarse siempre al Derecho vigente, teniendo como límite infranqueable el absoluto respeto a la dignidad del ser humano.

Con respecto al tema, apunta Plá Rodríguez⁷¹⁴:

Nadie puede negar el derecho del empleador de complementar y respaldar su poder directivo con la facultad de sancionar a los infractores. Es lo que le da eficacia y efectividad. Pero esa posibilidad de aplicar sanciones no significa carta blanca para actuar como quiera. Tiene que basarse en criterios de razonabilidad. Debe existir una razonable proporcionalidad entre las sanciones aplicables y la conducta del trabajador, tanto en lo que se refiere a la naturaleza de la falta, como en su interacción, incluso en lo que concierne a los demás antecedentes del trabajador punido.

Por lo tanto, por todo lo expuesto, podemos concluir que el contrato de trabajo posee una dimensión infinitamente mayor en cuanto a la

⁷¹³ AVALONE FILHO, Jofir. *A ética, o direito e os poderes do empregador*. [s.d.]. Disponible en: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/artigos/emprega.htm>>. Acceso el 11 nov. 2003.

⁷¹⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/Universidade de São Paulo, 1978, p.263.

prestación de trabajo mediante pago de salario. Confirmando la afirmación, destacamos el artículo 170 de la Carta Magna⁷¹⁵, que explicita la preocupación por el contenido ético y la función social del trabajo. Finalmente, no se puede excluir de este epígrafe el deber de las partes de ejecutar el contrato basándose en el principio de la buena fe, sustrato moral incorporado por el Derecho, previsto en el artículo 422 del Código Civil⁷¹⁶ aplicable a todos los campos del derecho. En el contrato de trabajo, el empleador necesita depositar su confianza en quien esta contratando, así como al empleado le compete el deber de fidelidad hacia su empleador.

Así lo entienden Lopes Sússekind, Maranhão, Vianna e Lima Teixeira Filho⁷¹⁷:

Aunque se trate de un principio general de derecho, el de la buena fe tiene una amplia aplicación en las relaciones de trabajo, en virtud de la intensa y permanente relación entre el trabajador y el empleador, o sus encargados, así como entre las partes implicadas en la negociación colectiva. En la ejecución del contrato de trabajo, lo deseable es que el empleado busque, de buena fe, cumplir las obligaciones pactadas, dirigidas al mejor rendimiento en el trabajo, mientras el empleador debe cumplir, por sí o a través de sus encargados, con lealtad y buena fe, las obligaciones que le competen.

Profundizando acerca de la aplicación del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo, Plá Rodríguez⁷¹⁸ distingue en buena fe-credo, que corresponde a aquél que, pensando que no causa perjuicio a otro e ignorando determinados hechos, entiende que su conducta es legítima, y la buena fe-lealtad, que se refiere a la conducta honrada y honesta. Sin

⁷¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa*. "Art. 170. El orden económico, fundado en el valor del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social [...]."

⁷¹⁶ BRASIL. *Código Civil*. "Art. 422. Los contratantes están obligados a respetar, tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y de buena fe."

⁷¹⁷ LOPES SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA FILHO, João de. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19.ed. São Paulo: LTr, 2000. V.1, p.151.

⁷¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, 1978, p.273.

embargo, entiende que la buena fe que debe primar en el Derecho del Trabajo es la buena fe-lealtad, que se caracteriza por el comportamiento de las partes y no por mera convicción.

6.8 INVALIDEZ DE LOS ACTOS PRACTICADOS Y LA RECISIÓN INDIRECTA

La Jueza del Trabajo Taisa Maria Macena de Lima sostiene que, al encontrarse en el centro del derecho individual del trabajo un negocio jurídico bilateral, oneroso, sinalagmático y de trato sucesivo, la decisión acerca de los conflictos entre empleador y empleado será objeto de la influencia del Código Civil, aunque la Consolidación de las Leyes del Trabajo permite la aplicación subsidiaria del Derecho Común⁷¹⁹. Entiende que la combinación de las disposiciones de la codificación civil acerca de los defectos de los negocios jurídicos con el artículo 9º de la CLT “celetário”⁷²⁰ posibilita la nulidad de los actos practicados bajo fraude, coacción o simulación.

Por lo tanto, el acoso moral debe tomar en consideración el concepto de coacción, como sustentan Gagliano y Pamplona Filho⁷²¹: “Se entiende por coacción el elemento capaz de viciar el consentimiento mediante violencia psicológica que condiciona e influye a la víctima para llevar a cabo negocios jurídicos que su voluntad interna no desea realizar”. Más adelante, diferenciando la coacción física de la moral, apuntan los autores:

La coacción moral (“*vis compulsiva*”), a su vez, es la que infunde en la víctima un temor constante y capaz de

⁷¹⁹ ALVES LAGE, Émerson José; SETTE LOPES, Mônica. *Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p.68.

⁷²⁰ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. “Art. 9 Serán nulos los actos cometidos con el fin de desvirtuar, impedir o eludir la aplicación de las disposiciones contenidas en esta consolidación.”

⁷²¹ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1, p.365.

perturbar su espíritu, lo que hace que manifieste su consentimiento de manera viciada. En esta hipótesis, la voluntad del coaccionado no está completamente neutralizada, pero sí, turbada, viciada por la amenaza que le es dirigida por quien inflige la coacción.

Sin embargo, muchas veces la anulación del negocio jurídico deriva en la pérdida del empleo, lo que puede acarrear graves perjuicios al trabajador. En este momento, el operario podrá valerse de la rescisión indirecta, que tendrá como causa las investidas utilizadas por el acosador.

En este sentido, Agra Belmonte⁷²² recuerda que:

El incumplimiento de las obligaciones de las partes en el contrato de trabajo establece la culpa en virtud de un contrato y, de cara a la falta, de su intensidad, repetición y circunstancias, puede abarcar desde la aplicación de sanciones disciplinarias (advertencia y suspensión), cuando es violada por el trabajador, o la simple anulación del acto –cuando es cometido por el empleador y el trabajador no tiene interés en la solución del pacto- hasta la resolución del contrato, ya sea por el despido por justa causa, ya sea a través de la "rescisión" indirecta (resolución por culpa).

El llamado 'despido indirecto', según Camino⁷²³, es una resolución judicial del contrato de trabajo aunque, a diferencia del empleador, el empleado no puede simplemente imponer a aquel su dimisión por justa causa, sino que deberá recurrir al Poder Judicial que, a través de una sentencia, resolverá el contrato.

Las faltas patronales que posibiliten la rescisión indirecta están previstas en el artículo 483 de la CLT. Son las siguientes: a) exigencia de servicios superiores a sus fuerzas, defendidos por ley, contrarios a las buenas costumbres, o ajenos al contrato; b) trato por parte del empleador o superior jerárquico con rigor excesivo; c) exposición al peligro manifiesto de mal considerable; d) no cumplimiento por parte del empleador de las

⁷²² AGRA BELMONTE, Alexandre. *Danos morais no Direito do Trabalho: identificação, tutela e reparação dos danos trabalhistas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.11.

⁷²³ CAMINO, Carmen. *Op. cit.*, 1999, p.285.

obligaciones del contrato; e) práctica por parte del empleador o de sus encargados, contra el empleado o su familia, de acto lesivo del honor y buena fama; f) ofensa física del empleador o sus encargados, salvo en el caso de legítima defensa propia o de otro; g) reducción del trabajo, siendo este por pieza o tarea, que afecte sensiblemente a la cuantía de los salarios.

Al comentar la falta indicada en la letra 'b' de la mencionada disposición legal, Carrion⁷²⁴ expone: "Rigor excesivo (b): reconvenciones o medidas disciplinarias que, por falta de fundamento, repetición injustificada o desproporción con el acto del empleado, evidencien persecución o intolerancia; intolerancia al dar las órdenes o la exigencia anormal en su ejecución".

Por lo anteriormente expuesto y dependiendo de la forma en como se produjo el acoso, puede ser encuadrado en diversas líneas del artículo 483, o también en la violación de los derechos de la personalidad, más concretamente, en lo relativo a la dignidad del trabajador, por cuanto el contrato de trabajo trae implícitamente el derecho y la obligación de respeto a esos derechos.

Analógicamente, respaldando la posibilidad de rescisión indirecta para los contratos cuyo empleado haya sido víctima de acoso moral, se cita:

'EMENTA' (SÍNTESIS): Acoso sexual – Rescisión indirecta – Daño moral – teniendo en cuenta los hechos y circunstancias que se indican en los autos, a fin de apoyar la narración inicial de la práctica de acoso sexual por parte del representante de la reclamada, sin que ésta tomara medidas con respecto a lo informado por la autora, plenamente justificado el motivo de la rescisión indirecta del contrato de trabajo, con la consiguiente

⁷²⁴ CARRION, Valentín. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.370.

aprobación de la indemnización correspondiente por despido y la indemnización por daños morales⁷²⁵.

Seguidamente vamos a describir las nuevas connotaciones acerca del Contrato de trabajo.

6.9 NUEVAS CONNOTACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Analizando el contrato de trabajo que recibió nuevas connotaciones con la Constitución Federal de 1988, Rachid Coutinho⁷²⁶ concluye que:

El empleador es responsable de asegurar al empleado las más amplias condiciones de trabajo, de salario y de vida, garantizando el derecho a la salud y a un entorno de trabajo saludable, abarcando tanto las cuestiones de inclusión social como de justicia contractual, de buena fe, lealtad y confianza contractual o instrumentalización del contrato como garantía de una mejor distribución de su renta.

El artículo 483 de la CLT autoriza al trabajador para que reclame en juicio las indemnizaciones correspondientes a las violaciones del contrato, por incumplimiento, por parte de su empleador, pudiendo también acumular otras peticiones de indemnizaciones que deriven de la relación de trabajo como, por ejemplo, la indemnización a la que está obligado, que resulte del daño moral, producido en los casos de acoso sexual, acoso moral, daño personal, o en caso de infortunio al trabajador, como expresamente está previsto en el inciso XXVIII del artículo 7^o ⁷²⁷.

Siguiendo la línea de raciocinio transcrito anteriormente, se puede requerir los créditos laborales que deriven de la resolución contractual

⁷²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Terceira Região. Recurso Ordinário nº 8.703/01. 4ª Turma. Relator: Juiz Bolivar Viegas Peixoto. *Diário da Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 15 set. 2001. (ST 149/74).

⁷²⁶ RACHID COUTINHO, Aldacy. "Função social do contrato individual de trabalho". En: RACHID COUTINHO, Aldacy; DALLEGRAVE, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2001.

⁷²⁷ Seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a la que está obligado cuando incurra en dolo o culpa.

autorizada por la disposición de la CLT ya mencionada, y también la indemnización derivada del acoso moral.

Esta posibilidad se encuentra ya superado por los reiterados pronunciamientos del Supremo Tribunal Federal⁷²⁸ en el sentido de que es acumulable la indemnización por daño material y por daño moral, *in verbis*:

Recurso extraordinario. Indemnización por daños materiales y morales. Acumulación. Posibilidad. Referencia del artículo 5, V de la Constitución, que sólo se prevé la existencia de la indemnización por un delito contra la moralidad de las personas, no teniendo en cuenta sus posibles causas. Precedentes del Tribunal. Recurso reglamentario carente.

‘EMENTA’ (SÍNTESIS): Recurso extraordinario. Indemnización. Ejecución de Embargos. Acumulación de daño moral con daño material. 2. Sentencia de ejecución de embargo que negó indemnización por daño moral, entendiendo que, en el caso, no hubo ofensa a la dignidad, a la imagen y a la reputación social de la persona. Violación del Art. 5º, X, de la Carta Magna. 3. Recurso conocido y carente, para restablecer la sentencia del 1º Turno del TRF-2. Región, en Apelación Civil nº 94.02.09207-2- RJ. Precedentes del Tribunal RE nº 179.147-1-SP y RE nº 192.593-1- SP.

Así, la víctima de acoso moral puede pleitear en juicio, además de las indemnizaciones derivadas de la rescisión contractual indirecta, también la indemnización por daño moral asegurada por el inciso X del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988, ya que la relación de trabajo no es de vasallaje; es de igualdad, respeto, intenso respeto. Conviene destacar que la igualdad prevista en el artículo 5º de la Constitución Federal no restringe la relación de trabajo a la mera dependencia económica subordinada, sino que asegura al trabajador el

⁷²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF-AG. Reg. em Recurso Extraordinário-AGRRE-222878 / DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 9 nov. 2001, p. 52. Ementa v. 02051-03, p.625. Brasília, 9 de outubro de 2001 - Primeira Turma, e Recurso Extraordinário nº 222795. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, n. 98, 24 maio 2002 - Ata nº 16 - Relação de Processos da 2ª Turma.

necesario respeto, la dignidad humana, la ciudadanía, la imagen, el honor y la autoestima.

En el caso de que el trabajador o el testigo de acoso moral puedan ser despedidos, se anula el despido. El agresor deberá retractarse por escrito, retirando las quejas contra el trabajador. Si hay reincidencia de prácticas ofensivas y violencia moral sin que se hayan adoptado medidas preventivas por parte del empleador en relación a la organización del trabajo y a la concepción del puesto de trabajo, éste deberá responsabilizarse de forma solidaria.

Es importante delimitar hasta dónde se extiende la responsabilidad del empleador con relación a los gastos del empleado acosado. El coste del tratamiento del empleado que enfermó o fue víctima de accidente en función del acoso moral, hasta la obtención del alta médica, será responsabilidad de la empresa. Se cubrirá la indemnización de la víctima por daños a su dignidad, integridad y agravios a la salud física o mental, independientemente de que quiera o no continuar trabajando en la empresa. El conjunto de gravámenes a la salud como consecuencia del acoso moral es considerado enfermedad del trabajo, y exige de la empresa la notificación o la comunicación del accidente de trabajo –CAT- y posterior reconocimiento del INSS. Esta acción deberá ser precedida de un informe psicólogo o médico, en que reconozcan de forma expresa y clara que los daños psíquicos y agravios a la salud son consecuencia de las condiciones y relaciones del trabajo.

Actualmente existen varias formas de prevención de los males causados por el proceso neoliberal. Así, compete a la empresa costear e implementar un programa de prevención, protección, información, formación y seguridad contra las prácticas de acoso moral en las dependencias de la empresa y, en determinados casos, hasta fuera de sus dependencias.

Para tener éxito, debe haber un equipo multidisciplinar de representantes de la empresa, CIPA, médico laboral, psicólogo, sociólogo, asistente social, abogado laboral, representante del Sindicato y acompañamiento del Ministerio del Trabajo –DRT–, que serán responsables del programa de intervención que tendrá como objetivos: a) valorar los factores psicosociales, identificar y determinar los problemas; b) admitir la existencia de los problemas; definir la violencia moral; c) informar y sensibilizar al conjunto de los funcionarios acerca de los daños y agravios a la salud como consecuencia del acoso moral, informando al empleador de los costes para la empresa; d) elaborar políticas de relaciones humanas y ética en los actos; y e) difundir los resultados de las prácticas preventivas para el conjunto de los trabajadores. A este equipo multidisciplinar le corresponde elaborar un Código de Ética en la empresa que tenga como objetivo el de evitar toda manifestación de discriminación, sea de cuño racial, sexual, condiciones de edad, género, etc. y de prácticas nocivas a la salud física y mental, así como a la seguridad de los trabajadores, en particular el acoso moral y el acoso sexual.

La empresa debe remitir una copia registrada del Código al sindicato correspondiente, al Ministerio Público y al Ministerio del Trabajo, de manera que puedan ejercer un control y realizar, teóricamente, fiscalizaciones periódicas en las empresas. Todos los trabajadores deberán conocer el contenido del Código de Ética, así como poseer una copia del mismo, sin que se acepte como ‘conocimiento’ la firma de un ‘término de responsabilidad’. Además, debe crear espacios de confianza en sus dependencias, donde el trabajador pueda ser escuchado con respeto, garantizándosele el secreto confidencial de cualquier naturaleza.

En el entorno de trabajo hay dos especies de acoso relativamente comunes en los procesos que se tramitan ante la Justicia: el acoso sexual y el acoso moral.

El acoso sexual, según Lipmann⁷²⁹, es “el requerimiento de favores sexuales por parte del superior, con la promesa de un trato especial en el caso de aceptación y/o amenaza, o las actitudes concretas de represalias en caso de negativa, como la pérdida de empleo o de beneficios”. El flirteo o la popular ‘cantada’ no configuran la práctica de acoso sexual, existiendo decisiones de la Justicia del Trabajo incluso en el sentido de que “una frase grosera por parte del superior jerárquico, con connotación sexual, no configura una hipótesis de acoso”⁷³⁰.

Entre los autores especializados en el Derecho del Trabajo no hay más controversia al respecto. Guimarães de Andrade⁷³¹ diferencia: “La simple intención sexual, o la intención de seducción por parte del compañero de trabajo, superior o inferior jerárquico, no constituye un acoso. Este es el caso de un inofensivo coqueteo, un cumplido, o incluso un lígüe entre los compañeros de trabajo, siempre que no exista un uso de la posición que se ocupa como un instrumento de facilitación [...]”. Amorim Robortella⁷³² apunta: “Será necesaria la intención de negociar, de valerse del puesto funcional como un atractivo, o como instrumento de extorsión de privilegio o de ventajas indebidas”.

El acoso moral es más etéreo y difícil de caracterizar que el acoso sexual. Según Hirigoyen⁷³³, “por acoso (moral) en un lugar de trabajo tenemos que entender toda y cualquier conducta abusiva manifestándose, sobretodo, por comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos que puedan conllevar un daño a la personalidad, a la dignidad o a la integridad

⁷²⁹ LIPPMAN, Ernesto. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

⁷³⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Segunda Região. Ação cautelar nº 029800738984. São Paulo, 11 de fevereiro de 1998. Publicado em 27 fev. 1998. Disponible en: <<http://www.trt02.gov.br>>. acceso el: 23 nov. 2003.

⁷³¹ GUIMARÃES DE ANDRADE, Dárcio. “Assédio sexual no trabalho”. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v.23, n.172, p.35, set.-out. 1999.

⁷³² AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos. “Assédio sexual e dano moral nas relações de trabalho”. En: CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO, 3, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: IBCB - Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1997, p.158.

⁷³³ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: A violência perversa do cotidiano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.65.

física o psíquica de una persona, poner en peligro su empleo o degradar el entorno de trabajo". Para ilustrar mejor y diferenciar las dos figuras cabe subrayar que el acoso moral es la 'persecución' del trabajador por parte de otro compañero, generalmente su superior jerárquico (pero no necesariamente).

Se trata de un método perverso de poder, como recuerda HIRIGOYEN⁷³⁴:

Para mantener el poder y controlar al otro se utilizan maniobras aparentemente sin importancia, que van convirtiéndose cada vez en más violentas si el empleado se resiste a ellas. En un primer momento, se intenta eliminar del mismo todo y cualquier sentido crítico, hasta que ya no sepa quien está equivocado y quien tiene razón. Se le estresa, se le cubre de críticas y censuras, vigilado, cronometrado, para que se sienta controlado sin saber de qué modo debe actuar; sobretodo, no se le dice nada que pueda permitirle comprender lo que está pasando. El empleado se siente acorralado [...].

Muchas veces el acoso moral funciona como un ingrediente del acoso sexual, ya sea como medio para forzar la víctima a ceder las investidas del agresor, ya sea como instrumento de represalia en caso de que no ceda.

Por otro lado, el empleador tiene el deber de velar por un buen entorno de trabajo, evitando y castigando los casos de acoso moral o sexual. No puede ser condescendiente con la práctica del acoso, de cualquier especie que sea en su empresa. Tiene el poder de disciplinar a sus empleados si se trata de acoso de unos en relación a otros, de modo que la original facultad pasa a la categoría de deber. De ahí que en la Justicia del Trabajo hayan surgido casos en los que el trabajador supuestamente acosado por otro compañeros requiere una indemnización por parte del ex empleador, utilizando el fundamento de que el empleador

⁷³⁴ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.76.

sabía, o debería de saber, y no habría hecho nada para prevenir o remediar la situación en su empresa.

En estos casos se considera que para tener derecho a la indemnización por daños morales, el trabajador debe probar esencialmente tres hechos: 1º) que efectivamente se habría producido un auténtico acoso (moral o sexual); 2º) que la empresa haya tenido conocimiento del acoso; 3º) que no haya hecho nada para prevenirlo y, principalmente, para evitarlo.

La prueba de acoso es muy difícil de reunirse, principalmente la de acoso sexual. El supuesto agresor generalmente actúa subrepticamente, sin dejar rastros o pistas para que la víctima no pueda desenmascararle. Novaes Guedes⁷³⁵ apunta que:

Las personas comunes normalmente no se conforman con el hecho de que no siempre la verdad real triunfa dentro de los tribunales. Esa es una cuestión que tiene profundas implicaciones con el formalismo, el utilitarismo y la dogmática que revistió el derecho a lo largo de los siglos y que remonta a discusiones teóricas interminables y de difícil alcance para los legos.

La natural dificultad de demostrar la existencia del acoso, además, no puede redundar en la condena sin pruebas irrefutables porque el sistema jurídico preserva la personalidad de todas las personas, incluso de aquellas que han sido acusadas de acoso. Subraya la autora que, al tomar la decisión, “el juez hace un razonamiento lógico tomando como base los hechos narrados por las partes y las pruebas documentales y orales. Para vencer no basta tener razón, es preciso probar los hechos afirmados ante el juez”. Y, como acusaciones graves que son, ciertamente sólo podrían redundar en consecuencias jurídicas si no hubiera la menor duda de que el acoso hubiera sido realmente cometido. Defender lo contrario abriría un peligroso precedente, poniendo en riesgo la imagen y el honor de cualquier persona que tuviera la desgracia de ser

⁷³⁵ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.111-112.

acusada de acoso, lo que –hay que tener siempre presente– puede suceder hasta incluso livianamente, como una forma de aniquilar el buen nombre de alguien.

Si hay dificultad de probar el acoso en el curso de un proceso judicial, que generalmente es incoado cuando la supuesta víctima del acoso ya no trabaja en la misma empresa en que está el supuesto acosador, imagínese cuánto mayores pueden ser los obstáculos para hacerlo también durante el contrato de trabajo, cuando la víctima y el verdugo conviven diariamente. En no pocas ocasiones, incluso una vez denunciado el acoso al empleador, este no consigue reunir pruebas suficientes para castigar al empleado acusado. Como mucho, puede llegar a adoptar medidas preventivas, como por ejemplo determinar que los protagonistas no trabajen juntos desde entonces. Pero solo eso.

En el caso de que el empleador opte por aplicar un castigo disciplinario sin una base segura, en un futuro podrá ser condenado a indemnizar al supuesto acosador también por daños morales, en el caso en que el agresor pase a figurar como víctima.

Sin embargo, no hemos considerado un aspecto peculiar. Si el acoso (moral o sexual) llega a ser comprobado en juicio, en un proceso promovido por la víctima del acoso en relación con el compañero que también trabaja en la empresa, ¿debe el empleador finalmente punir a este último? Observamos que el proceso judicial acostumbra a demorarse meses o varios años hasta que una demanda es instruida y juzgada. Somos de la opinión de que el deber de punir al acosador no desaparece sólo porque, en la época en que el acoso se produjo, la víctima, todavía empleada de la empresa, no haya conseguido probarlo ante el empleador. Continuando todavía la víctima al alcance del agresor, es natural esperar que aquella tenga mayor dificultad en probar el acoso. Cuando ya no trabaje en la misma empresa que el acosador, es posible que consiga las pruebas de las que no disponía antes, incluso porque los eventuales

testigos es posible que ya no trabajen con el agresor y se sientan en condiciones de delatarlo. Así, aun teniendo el empleador constancia de los hechos en el momento en que acontecieron, en plena vigencia del contrato de trabajo de la supuesta víctima, y si no ha encontrado pruebas suficientes para punir al agresor, deberá punirlo ulteriormente si, en un proceso judicial, queda probada su culpa. Claro está, si el acusado todavía continua trabajando en la empresa puesto que si el contrato se hubiera extinguido antes por cualquier motivo, se constituye en un acto jurídico perfecto.

En su deber de velar por un buen entorno de trabajo, si no castiga el acoso comprobado judicialmente el empleador podrá ser responsabilizado si el acosador hiciera nuevas víctimas posteriormente en su empresa. Sin embargo, este deber sólo podrá ser exigible en el momento en que el juzgado sentencie finalmente que se reconoce la existencia y la autoría del acoso, ya que siempre una primera decisión judicial condenatoria puede ser reformada en un recurso ulterior.

6.9.1 Efectos económicos y sociales

Considerando una jornada diaria de ocho horas, el trabajador pasa la mayor parte de su día en el trabajo, limitando buena parte de la convivencia familiar y social. Esto permite entender la relevancia de los efectos físicos y psíquicos que sufre la víctima cuando es acosada moralmente. Sin embargo, los efectos económicos y sociales, aunque no sean fácilmente percibidos, son tan graves como los efectos físicos y psíquicos, porque afectan a la sociedad como un todo.

El acoso conduce a la pérdida de renta por parte del trabajador, disminución de la producción ante el elevado índice de absentismo, aumento del coste de la seguridad social debido a jubilaciones anticipadas, hospitalizaciones e indemnizaciones. El problema se

entiende mejor cuando sus consecuencias se traducen en números. El estudio de la OIT calcula que en los países de la Unión Europea, se gasta entre un tres y un cuatro por ciento del PIB en trastornos relacionados con la salud mental. En Estados Unidos, los costes para el tratamiento de la depresión giran entre treinta a cuarenta y cuatro millones de dólares al año⁷³⁶. En efecto, se calcula que un trabajador expuesto a este tipo de violencia posee un rendimiento de un 60% inferior al de otros operarios, lo que para el empleador supone un aumento de coste equivalente al 180%⁷³⁷.

En la actualidad, el problema del acoso moral ya no es considerado como un mero hecho individual, sino como una agresión a la dignidad humana, algo que no se limita sólo a los derechos de la personalidad sino que causa perjuicios elevados al Estado. Como apunta Novaes Guedes⁷³⁸:

Quando se aprecian, desde el punto de vista jurídico, las informaciones tomadas del área médica sobre los efectos del *mobbing* en la persona, se verifica que los derechos de la personalidad son violados. La relación de terror psicológico y derechos fundamentales es estrecha, puesto que en esta especie de violencia tenemos, en cierta medida, un modelo microscópico de lo que deriva en el totalitarismo, en el exterminio en masa, en el genocidio practicado contra pueblos y agrupaciones humanas y que, desgraciadamente, el siglo XX sufrió con frecuencia.

Finalmente, ratificando la preocupación por los efectos del acoso, conviene reseñar lo que se publicó en el *site* oficial del Ministerio Público del Trabajo que, en una Acción Civil Pública, tuvo éxito junto al Tribunal Regional del Trabajo de la Décima Región. El Tribunal condenó al Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos del Distrito Federal

⁷³⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Aumentan los costos del estrés en el trabajo y la incidencia de la depresión es cada vez mayor - OIT/00/37. *Comunicado de prensa 2000*. OIT/00/37. Disponible en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.htm>>. Acceso el: 14 jul. 2003.

⁷³⁷ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003.

⁷³⁸ *Ibidem*, p.95.

– DMTU/DF– y al gerente de las relaciones comunitarias de la empresa por la práctica de acoso moral. Otra empresa que prestaba servicios al DMTU también fue condenada por daño moral colectivo y, junto con los otros implicados, tendrá que pagar una indemnización por un importe de R\$ 100 mil reversible, al *Fondo de Amparo al Trabajador* – FAT-.

Sin embargo, fueron condenados a no someter a los empleados que estén prestando servicios, a ningún tipo de coacción moral derivado de persecuciones, amenazas, intimidaciones, humillaciones o agresividad en el trato personal. En caso de incumplimiento, el TRT ha establecido una multa diaria de R\$ 500 para el DMTU y de R\$ 100 para el gerente, duplicada en caso de reincidencia o cuadruplicada si se produce nueva reincidencia.

Finalmente nos vamos a ocupar del acoso moral en el ámbito del trabajo.

6.10 EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

El acoso moral, también conocido como hostigación en el trabajo, o acoso psicológico en el trabajo, o psicoterror, *mobbing*, *bullying* o *harcèlement moral* es tan antiguo como el propio trabajo⁷³⁹. Es una conducta abusiva, caracterizada por gestos, palabras, comportamientos y actitudes que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su posición de trabajo o deteriorando el entorno de trabajo.

⁷³⁹ A pesar de ser tan antiguo, no hace mucho que ha entrado en el mundo jurídico. En este sentido, señala GARCÍA CALLEJO, José María (*Op. cit.*, 2002, p.7): “Fueron los psicólogos quienes en primer lugar acuñaron la expresión acoso moral, y sólo hace poco tiempo ha entrado en el mundo del derecho, desde el cual se están dando los primeros pasos para encontrar respuestas legales a este tipo de agresiones”.

A pesar de eso, el citado fenómeno ha seguido siendo tratado y confundido con otros problemas del trabajo, como el estrés o el conflicto natural entre compañeros y agresiones puntuales, lo que siempre ha perjudicado la caracterización y la prevención. Este cuadro comenzó a ser alterado con los avanzados estudios del sueco Heinz Leymann⁷⁴⁰, psicólogo del trabajo (ya hemos hecho referencia anteriormente al concepto formulado por el autor).

Como brillantemente apunta Novaes Guedes⁷⁴¹, “la perversión moral no ahorra a la familia, a la escuela, mucho menos al entorno de trabajo [...]. En este entorno, en que todos compiten entre sí, la perversión es desencadenada muchas veces por el empleador”. El acoso moral en el trabajo puede considerarse como la exposición de los trabajadores y las trabajadoras a situaciones humillantes y limitadoras, repetitivas y prolongadas, durante la jornada de trabajo y en el ejercicio de sus funciones, siendo más comunes en las relaciones jerárquicas autoritarias y asimétricas en que predominan conductas negativas, relaciones deshumanas y antiéticas de larga duración, de uno o más jefes dirigidas a uno o más subordinados, desestabilizando la relación de la víctima con el entorno de trabajo y la organización, forzándole a desistir del empleo. Tal humillación consiste en sentirse ofendida/a, menospreciado/a, rebajado/a, inferiorizado/a, sometido/a, vejado/a, retraído/a y ultrajado/a por el otro/a. Es sentirse un nadie, sin valor, inútil. Afligido/a, subvalorado/a, perturbado/a, mortificado/a, traicionado/a, avergonzado/a, indignado/a y con rabia. Por consiguiente, se produce la degradación deliberada de las condiciones de trabajo, en que prevalecen actitudes y conductas negativas de los jefes en relación a sus subordinados, constituyendo una experiencia subjetiva que acarrea perjuicios prácticos y emocionales para el trabajador y la organización.

⁷⁴⁰ LEYMANN, Heinz. *Mobbing*. París, Seuil, 1996. (traducción francesa)

⁷⁴¹ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.23.

Según Giannella Cataldi⁷⁴², “la novedad reside en la intensificación, gravedad, amplitud y banalización del fenómeno y en la aproximación que intenta establecer el nexo-causal con el trabajo y tratarlo como no inherente al trabajo”. Según Hirigoyen⁷⁴³, el acoso se propaga puesto que nace inofensivo. Primero, las personas ignoran los malos tratos. Algún tiempo después, la situación se hace insoportable, siendo la víctima sometida a maniobras hostiles y degradantes.

Barreto⁷⁴⁴ sostiene que la víctima escogida es aislada del grupo sin explicaciones, y se la empieza a hostilizar, ridicularizar, inferiorizar, culpabilizar y desacreditar delante de los iguales. Estos, por miedo al desempleo y al temor de ser también humillados asociado al estímulo constante de la competitividad, rompen los lazos afectivos con la víctima y, frecuentemente, reproducen y reactualizan acciones y actos del agresor en el entorno de trabajo, instaurando el “pacto de la tolerancia y del silencio” en el colectivo, en cuanto la víctima va gradualmente desestabilizándose y fragilizándose, ‘perdiendo’ su autoestima.

La apertura del individualismo reafirma el perfil del ‘nuevo’ trabajador: ‘autónomo, flexible’, capaz, competitivo, creativo, agresivo, cualificado y empleable. Estas habilidades cualifican para la demanda del mercado, que procura la excelencia y la salud perfecta. Estar ‘apto’ significa responsabilizar a los trabajadores de la formación /cualificación y culpabilizarles del desempleo, aumento de la pobreza humana y miseria, desenfocando la realidad e imponiendo a los trabajadores un sufrimiento perverso. Perjudicando sistemáticamente la actuación laboral de la víctima, se ignoran sus propuestas o solicitudes, sometiéndole al poder jerárquico o, deliberadamente, haciéndole críticas negativas, a veces en público, llevándole a la humillación constante.

⁷⁴² GIANNELLA CATALDI, Maria José. *Op. cit.*, 2002, p.84.

⁷⁴³ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a.

⁷⁴⁴ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2000.

Existen agresores más osados, que son capaces de provocar la difusión de chismes desfavorables de naturaleza despreciativa o peyorativa. El objetivo del agente agresor se alcanza, dependiendo de las circunstancias, en mayor o menor grado, puesto que la autoestima del ofendido no resiste y entra en un proceso de degradación.

Como sostiene Barreto⁷⁴⁵, las autoridades superiores pueden hasta tratar de dar una explicación del acoso moral, sin embargo su práctica es una forma típica de tortura psicológica que no será homologada por la Medicina, ni por el Derecho. Es una relación patológica, ilícita, evidentemente criminal.

Se debe diferenciar entre las formas aceptables de exigencia por parte de los jefes de lo que es acoso moral. Son correctas las presiones racionales y dotadas de liderazgo saludable, para intentar lograr, de manera humana y racional, el éxito en el mundo de los negocios, con resultados económicos y sociales favorables al trabajador y a su comunidad, siempre que se respeten los límites necesarios.

Leite Moreira⁷⁴⁶ afirma que:

Es importante que hagamos una clara distinción entre las características de acoso moral y la presión de la dirección en orden al cumplimiento de plazos, metas y objetivos del trabajo. Más aún, entendemos que la presión de la competitividad contagia la acción de los empleadores, convirtiéndoles en exigentes y, muchas veces, haciéndoles considerar que sus subordinados pueden hacer más de lo que imaginan que pueden. Sin duda, no discrepo de este punto de vista. Refuerzo que la exigencia de superación siempre va acompañada de una significativa dosis de confianza y preocupación por el desarrollo de los subordinados. Los empleadores pueden y deben, presionar con frecuencia y exigir que sus subordinados se superen. Pero presumo que se deja claro que no es a eso a lo que se refiere el acoso moral.

⁷⁴⁵ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2000.

⁷⁴⁶ LEITE MOREIRA, Bernardo. *Assédio moral*. 20 out. 2002. Disponible en: <<http://www.golrh.com.br>>. Acceso el 20 oct. 2002.

En el cuadro del acoso moral, el actor menor está solitario y aislado. El apoyo de los compañeros de trabajo es prácticamente imposible, por el temor al 'contagio' y el consiguiente efecto desempleo. Para los superiores del agresor, cualquier reacción es generalmente entendida como resistencia, intolerancia o desencuentro de personalidades, con la obvia prevalencia de la razón para el agente activo que, al final, representa la dirección mayor.

Según Hirigoyen⁷⁴⁷, el jefe 'torturador', casi siempre presa de una personalidad distorsionada, representa el papel de un servidor bien intencionado, fiel y preocupado, que aparenta querer lo mejor para sus subordinados. Muestra, al gran público, un comportamiento exactamente contrario al que desarrolla diariamente:

Todos los días, en una conducta anómala, creemos que otros creen en la rectitud de sus acciones y de la buena fe de su conducta. En cuanto al ofendido, la repetición prolongada de acciones dañinas a su psique determina una gradual bajada de autoestima y, en consecuencia, una exposición mayor a la enfermedad profesional o no profesional y al accidente en el trabajo. Por último, está la depresión mental que, con todo su cortejo de síntomas y señales, podría tener una comprobación clínica.

Para Novaes Guedes⁷⁴⁸, Jueza del Trabajo de la Quinta Región del Estado de Bahia, el acoso moral o terror psicológico en el trabajo son sinónimos destinados a definir la violencia personal, moral y psicológica, vertical, horizontal o ascendiente en el entorno de trabajo. El término *mobbing* fue empleado por la primera vez por el etólogo Heinz Lorenz al definir el comportamiento de ciertos animales que, circundando amenazadoramente a otro miembro del grupo, provocan su huida por miedo a un ataque.

Lo que diferencia el abuso de poder y el acoso moral es que el abuso de poder puede ser practicado en diferentes momentos y con

⁷⁴⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a.

⁷⁴⁸ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.162.

diferentes personas, o en el mismo momento para un grupo de personas, teniendo como objetivo, “adular el ego” de quien lo ejerce.

El abuso de poder se produce, en general, a través de actitudes verbales irrespetuosas y a veces vulgares, dirigiéndose a diferentes personas y variando en conformidad con la necesidad del agresor de figurar y de afirmarse utilizando a los otros. Quien abusa del poder se convierte en una persona desagradable y maleducada; con su actitud se le identifica fácilmente permitiendo que las personas humilladas intenten neutralizar al agresor⁷⁴⁹.

Lo que convierte el acoso moral en peligroso es que el perverso actúa de manera amoral, sintiendo placer en descalificar a *una única persona* a quien dirige toda su energía destructiva y desestabilizadora, haciendo de este individuo una presa fácil de sus artimañas y víctima de su agresividad. Debe quedar claro que en el abuso de poder un grupo de personas es humillado, y, en el acoso moral, los desprecios se dirigen a una única persona.

La violencia moral en el trabajo constituye un fenómeno internacional, según un reciente estudio de la Organización Internacional del Trabajo⁷⁵⁰ en diversos países desarrollados. La investigación apunta a los trastornos de la salud mental, relacionados con las condiciones de trabajo en países como Finlandia, Alemania, Reino Unido, Polonia y Estados Unidos. Las perspectivas son sombrías para las dos próximas décadas puesto que, según la OIT y la Organización Mundial de la Salud, estas serán las décadas del “malestar en la globalización”, donde predominarán depresiones, angustias u otros daños psíquicos relacionados con las nuevas

⁷⁴⁹ NAINÉ DE ALMEIDA, Angela. Psicóloga CRP-05 3620 – mayo 2002.

⁷⁵⁰ Las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo se consideran, por el Profesor Helio Guimaraes, citado a su vez por Amauri Mascaro do Nascimento, como: "Legislación federal típica en gran parte ignorada, o sólo conocida por unos pocos". La OIT es un organismo que posee una personalidad jurídica internacional, en la forma de que establece su propia Constitución en el artículo 39.

políticas de gestión en la organización del trabajo y que están vinculadas a las políticas neoliberales.

La Organización Internacional del Trabajo publicó resultados alarmantes sobre los daños y agravios causados a la salud de los trabajadores/trabajadoras como consecuencia del aumento de los trastornos psíquicos y vivencias depresivas. La Organización Mundial de la Salud también ha alertado que la depresión, en las próximas dos décadas, podrá ser una de las más importantes causas de muerte e incapacidad en el planeta. En los países europeos crecen las jubilaciones como consecuencia de los daños psíquicos derivados de la organización del trabajo.

En diciembre de 2000, el Fondo Europeo para la Mejora de las Condiciones de Trabajo y de Vida (Fondo Dublín) concluyó, después de una extensa investigación, que el 8% de los trabajadores de la Unión Europea, es decir, doce millones de hombres y mujeres, vivieron en su entorno de trabajo, situaciones de humillación y limitación, de los que el 4% sufrieran violencia física y el 2% acoso sexual. En Suecia, el 15% de los casos de suicidio derivan de los factores organizacionales. Internacionalmente viene aumentando la mortalidad cardiovascular (5 a 10%) y casos de estrés como consecuencia de la degradación de las condiciones de trabajo, derivada de la violencia moral.

En Brasil es reciente la discusión de la exposición de los trabajadores y trabajadoras a humillaciones, limitaciones, y situaciones vejatorias como responsables de los daños psíquicos. Esta discusión tomó aliento a partir de la divulgación de una disertación de Maestría defendida en 2000, en el Departamento de Psicología Social de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, denominada *Uma Jornada de Humilhações*⁷⁵¹. La investigación de campo fue realizada desde marzo

⁷⁵¹ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2000.

de 1996 hasta julio de 1998, teniendo como universo 2.072 personas (1.311 hombres y 761 mujeres). Realizada con el Sindicato de los Trabajadores de las Industrias Químicas, Plásticas, Farmacéuticas y Cosméticos de São Paulo, incluyó a trabajadores de 97 empresas. De las personas entrevistadas, el 42% (494 mujeres y 376 hombres) relataron experiencias de humillación, desprecio y situaciones vejatorias repetitivas en el lugar de trabajo impuestas por el superior jerárquico, forzándoles, frecuentemente, a desistir del empleo.

Destacamos que las expresiones *harcèlement moral* (acoso moral) de Francia, *bullying* (tiranizar) de la Inglaterra, *mobbing* (molestar) de los Estados Unidos y *Murahachibu* (ostracismo social) del Japón significa lo que en Brasil se denomina *asedio moral*. Es decir, una forma de psicoterrorismo en el trabajo, denunciado por la periodista inglesa Andréa Adams en el libro *Bullying at Work*, en 1992. Fallecida en 1995, propugnó la tipificación del acoso moral en el trabajo como forma delictiva.

Suecia, Alemania, Italia, Australia y Estados Unidos ya han legislado a favor de las víctimas de esa forma distorsionada de relación en el trabajo. Aunque se trate de una manifestación tan antigua como el propio trabajo, en Brasil, a nivel de servicio público o privado, el tema surge aún de forma tímida.

Hirigoyen⁷⁵² subraya que, en Francia, los medios de comunicación y las empresas se refieren al acoso sexual, siendo el único país que tiene en cuenta esta legislación. El acoso moral ha sido muy estudiado en los países anglosajones y en los nórdicos, siendo calificado como *mobbing*, que implica la idea de algo inoportuno.

⁷⁵² HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.77.

6.10.1 Formas de manifestación del acoso moral

Son muchas las formas de manifestación del acoso moral. Según Hirigoyen⁷⁵³, se realizan bromas groseras, menosprecio y gestos obscenos. Además, se caracteriza también por conductas abusivas y limitadoras, humillar repetidamente, inferiorizar, amedrentar, menospreciar o despreciar, ironizar, difamar, ridiculizar, emitir risas, suspiros y bromas jocosas relacionadas con el sexo, ser indiferente a la presencia del otro, estigmatizar a los enfermos por y para el trabajo, colocarles en situaciones vejatorias, hablar bajito acerca de la persona, mirar y no ver o ignorar su presencia, reír de aquel/de aquella que presenta dificultades, no saludar, sugerir que pida la dimisión, dar tareas sin sentido o que jamás se utilizarán o, incluso irán a la basura, dar tareas a través de terceros o colocarlas en su mesa sin avisar, controlar el tiempo de ida al baño, hacer público algo íntimo del/de la subordinado/subordinada, no explicar la causa de la persecución, difamar.

Para Barreto⁷⁵⁴, el acoso moral en el trabajo también se demuestra a través de chismes, gestos y risas repetitivas, durante la jornada y durante mucho tiempo, desvalorizando cotidianamente el trabajo, generando un desequilibrio entre 'esfuerzo-reconocimiento', afectando negativamente al trabajador/ a la trabajadora y al propio trabajo. Los que resisten a este entorno insano son despedidos, lo que muestra un fuerte vínculo entre el acoso moral y el autoritarismo con la pérdida de derechos.

Amenazar a los sindicalizados, estimular la desindicalización, asociar la productividad a cestas básicas (ayudas sociales características del sistema brasileño), coches, viajes y becas de estudio en el exterior para los hijos, telefonar a los familiares del trabajador/de la trabajadora a título de control, mandar a alguien que siga al funcionario para controlar si va a la consulta médica, mandar un funcionario del Departamento de Personal al INSS con el objetivo de obstaculizar el nexo causal, mantener

⁷⁵³ Ibidem, p.110.

⁷⁵⁴ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2000.

en una cárcel privada al trabajador que desobedece al 'Código de Ética' de la empresa (por ejemplo, por haber remitido un currículum para buscar trabajo utilizando el ordenador de la empresa), fiscalizar *e-mails* antes de que lleguen al destinatario, controlar rigurosamente los alejamientos del puesto de trabajo, tirar a la basura u 'olvidar' en un cajón un trabajo que fue solicitado con la máxima urgencia, solicitar el mismo trabajo varias veces y, cada vez que lo concluye, descalificarlo, imponer horarios fuera de la jornada, con amenazas de despido para los resistentes. Estas son situaciones comunes en el mundo del trabajo.

Según Giannella Cataldi⁷⁵⁵, en relación a las mujeres los controles son diversos y tienen por objeto intimidar, someter, prohibir que hablen, ordenar la fisiología controlando tiempo y frecuencia de permanencia en los baños, relacionar certificados médicos y faltas a la suspensión de cestas básicas o promociones. Con respecto a los hombres, se intenta afectar su virilidad.

Se han realizado entrevistas con 870 hombres y mujeres, víctimas de opresión en el entorno profesional, que revelan la forma de reacción a esa situación (en porcentaje) por parte de cada sexo. La investigación de Barreto⁷⁵⁶, médica ginecóloga y laboral, doctoranda del Departamento de Psicología Social – Núcleo de Estudios Psicosociales de la Dialéctica, Exclusión e Inclusión – NEXIN-, de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, constató que el 80% de los entrevistados sufrían dolores generalizadas, el 45% presentaban un aumento de la presión arterial, más de un 60% se quejaban de palpitaciones y temblores y un 40% sufrían reducción de la libido.

Se observó que las mujeres sufren más los síntomas del acoso moral que los hombres, diferenciándose en este aspecto sólo con respecto a los síntomas de depresión, sed de venganza, aumento de la

⁷⁵⁵ GIANNELLA CATALDI, Maria José. *Op. cit.*, 2003, p.88.

⁷⁵⁶ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2000.

presión arterial, idea de suicidio, falta de aire, intentos de suicidio e indicios de alcoholismo.

Cuadro 1 - Síntomas relacionados

Síntomas	Mujeres	Hombres
Crisis de llanto	100	-
Dolor generalizado	80	80
Palpitaciones, Temblores	80	40
Sentimientos de inutilidad	72	40
Insomnio o somnolencia excesiva	69,6	63,6
Depresión	60	70
Disminución de la libido	60	15
Sed de venganza	50	100
Aumento de la presión arterial	40	51,6
Trastornos digestivos	40	33,2
Sentimientos de inutilidad	40	15
Mareos	22,3	3,2
Idea de suicidio	16,2	100
Falta de apetito	13,6	2,1
Falta de aire	10	30
Comienza a beber	5	63
Intento de suicidio	-	18,3

Fuente: BARRETO, Margarida. *Una jornada de humillaciones*. PUC/SP, 2000.

Por el análisis del cuadro se constata que hombres y mujeres reaccionan de manera diferente al acoso moral y, de la misma forma, ambos se sienten discriminados e injustificados, lo que lleva a unas consecuencias psicológicas dañosas y, en general, a unas consecuencias dañosas para la salud en conjunto del individuo.

6.10.2 Fases de la humillación en el trabajo

El acoso moral implica los fenómenos vertical y horizontal. El fenómeno vertical se caracteriza por las relaciones autoritarias y deshumanas en que predominan los excesos, la manipulación del miedo, la competitividad, los programas de calidad total asociados a la

productividad. El fenómeno horizontal, según Hirigoyen, es el que se desarrolla por parte de un compañero humillando a otro compañero.

Sobre el acoso moral vertical afirma Novaes Guedes⁷⁵⁷:

Se verifica el acoso moral de tipo vertical cuando la violencia psicológica es perpetrada por un superior jerárquico. En este caso, la acción necesariamente no necesita ser deflagrada y realizada por el superior, sino que éste puede contar con la complicidad de los colegas de trabajo de la víctima y, a través de éstos, se puede desencadenar la violencia.

Prosigue la autora, esta vez refiriéndose al acoso moral horizontal:

En este caso, la acción discriminatoria es desencadenada por los propios compañeros de idéntico grado en la escala jerárquica. Los factores responsables de este tipo de perversión moral son la competición, la preferencia personal del jefe tal vez disfrutada por la víctima, la envidia, el racismo, la xenofobia y los motivos políticos.

Con la reestructuración y reorganización del trabajo, se han ido incorporando nuevas características a la función: calificación, polifuncionalidad, visión sistémica del proceso productivo, rotación de las tareas, autonomía y 'flexibilización'. Se exige de los trabajadores una mayor formación, competencia, eficiencia, espíritu competitivo, creatividad, cualificación y responsabilidad para el mantenimiento de su propio empleo, con el objetivo de producir más y a bajo coste.

Según Barreto⁷⁵⁸, el mundo globalizado ha ocasionado diversos cambios en el ámbito del trabajo. Para los empresarios, lo más importante es la competición, sin importar las consecuencias que esto ocasione. Sin embargo, los trabajadores están obligados a adaptarse y aceptar los constantes cambios y las nuevas exigencias de las políticas competitivas de los empleadores en el mercado global. Muchos jefes, portadores de un acentuado 'conservadurismo', casi imperial, creen que las presiones

⁷⁵⁷ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.36-37.

⁷⁵⁸ BARRETO, Margarida. *Op. cit.*, 2000.

sobre los trabajadores son 'educativas' o que 'disciplinan'. En una mezcla de acción administrativa con tortura psicológica, olvidan los límites. Sin embargo, el poder de dirigir se extingue en la propia acción administrativa, normativizada, que decide sanciones y determina límites.

Uno de los efectos de la globalización ha sido la eliminación de los puestos de trabajo y de los derechos duramente conquistados, asimetría en el contrato de trabajo, revisión permanente de los salarios en función de la coyuntura, imposición de bajos salarios, jornadas prolongadas, trabajar más con menos personas, tercerización de los riesgos, eclosión de nuevas enfermedades, muertes, desempleo masivo, informalidad, trabajo extra y subempleos, desindicalización, aumento de la pobreza urbana y el vivir con incertidumbres. El orden hegemónico del neoliberalismo abarca la reestructuración productiva, la privatización acelerada, el estado mínimo, las políticas fiscales, etc. que sustentan el abuso del poder y la manipulación del miedo, revelando la degradación deliberada de las condiciones de trabajo.

Como antes hemos afirmado, el fenómeno horizontal entre los compañeros está relacionado con la presión para producir con calidad y a bajo coste. El miedo a perder el empleo y no volver al mercado formal favorece la sumisión y el fortalecimiento de la tiranía. El enraizamiento y la propagación del miedo en el entorno laboral refuerzan los actos individualistas, la tolerancia a los excesos y a las prácticas autoritarias dentro de las empresas que sustentan la "cultura de la satisfacción general". En cuanto los enfermos ocultan la enfermedad y trabajan con dolores y sufrimientos, los sanos, que no presentan dificultades productivas pero 'tienen' la incertidumbre de poder tenerlas, mimetizan el discurso de los directivos y comienzan a discriminar a los 'improductivos', humillándoles.

La empresa incentiva la competición entre los trabajadores, provoca los comportamientos agresivos y de indiferencia al sufrimiento del

otro. La explotación de mujeres y hombres en el trabajo, explica la excesiva frecuencia de la violencia vivida en el mundo del trabajo. La globalización de la economía provoca en la sociedad una deriva hacia la exclusión de desigualdades y de injusticias, que sustenta a su vez, un clima lleno de agresividades, no sólo en el mundo de trabajo sino socialmente. Este fenómeno se caracteriza por algunas variables como son la internalización, reproducción, reactualización y diseminación de las prácticas agresivas en las relaciones entre los iguales, generando indiferencia al sufrimiento del otro y naturalización de los excesos de las directivas.

Según Giannella Cataldi⁷⁵⁹, todo agresor, al elegir una víctima para orientar su perversidad, adopta las siguientes estrategias:

- 1) Escoger la víctima y separarla del grupo.
- 2) Impedirle que se exprese y no explicar el porqué.
- 3) Fragilizar, ridiculizar, inferiorizar, menoscabar frente a los iguales. Culpabilizar, responsabilizar públicamente, pudiendo llegar los comentarios de su incapacidad a invadir incluso el espacio familiar.
- 4) Desestabilizar emocional y profesionalmente. La víctima gradualmente va perdiendo simultáneamente su autoconfianza y el interés por el trabajo.
- 5) Destruir a la víctima. La destrucción de la víctima engloba una vigilancia acentuada y constante. La víctima se separa de la familia y amigos, empezando en ocasiones a consumir drogas, principalmente el alcohol.

⁷⁵⁹ GIANNELLA CATALDI, Maria José. *Op. cit.*, 2002, p.87.

6) Librarse de la víctima, que es forzada a pedir la dimisión o es despedida, frecuentemente, por insubordinación.

7) Imponer al colectivo su autoridad para aumentar la productividad.

Por lo tanto, podemos concluir que el perverso, antes de ejecutar los actos que llevan al acoso moral, traza una estrategia con la finalidad de obtener un mayor éxito con el único objetivo que tiene que es el de destruir a la víctima. Después de este planteamiento, mediante las estrategias trazadas por el agresor, comenzamos con la explicitación del acoso moral, es decir, las conductas que realmente lo caracterizan, como gestos y conductas abusivas, entre otras. Estas manifestaciones varían conforme al tipo del acoso moral que la víctima está sufriendo.

A continuación, desarrollaremos una forma de manifestación de acoso moral, como es el acoso sexual.

6.10.3 Acoso sexual

Al analizar la legislación de diversos países (de Asia, Australia, España, Francia, Austria, Dinamarca, Alemania, Argentina, Perú, Costa Rica y otros) Amorim Roboretella y Pastore⁷⁶⁰ concluyeron que el acoso es normalmente concebido como un chantaje contra la mujer, para obligarla a conceder favores sexuales a fin de obtener el empleo, mantenerlo, ser promovida u obtener cualquier tipo de modificación, con abuso de autoridad por parte del empleador o del superior jerárquico, exteriorizándose por gestos o propuestas de naturaleza sexual que limitan y humillan a las mujeres. En Francia, Italia y Suecia también se tipifica penalmente el acoso sexual.

⁷⁶⁰ AMORIM ROBORETELLA, Luiz Carlos; PASTORE, José. *Assédio sexual no trabalho: O que fazer?* São Paulo: Makron Books do Brasil, 1998.

En Brasil ya existen algunos estudios sobre el tema. Amorim Robortella y Pastore⁷⁶¹, estudiosos del área Jurídica, ofrecen su visión sobre el acoso sexual: “El acoso sexual se produce en el contexto de las relaciones cara a cara y se caracteriza por el uso abusivo del poder de una parte contra la otra, con el fin de obtener favores sexuales. En términos prácticos, el acoso sexual incluye iniciativas verbales, no verbales y físicas”. Como es posible constatar, la definición es menos amplia que la norteamericana, puesto que en aquella no siempre la práctica sexual es el fin deseado sino que las conductas promueven un entorno hostil intimidatorio y ofensivo en el trabajo, lo que, por si sólo, sería suficiente para caracterizar una situación de acoso sexual.

El legislador brasileño legisló con cierto retraso la regulación de la conducta del acoso sexual. Hasta mayo de 2001, con la Ley nº 10.224, no se introdujo en el Código Penal, en el Capítulo de los Delitos contra la Libertad Sexual, el delito de acoso sexual, con el siguiente concepto: “Art 216-A coaccionar a alguien, con el fin de obtener ventaja o favor sexual, sirviéndose el agente de su condición de superior jerárquico o de ascendencia inherente al ejercicio de empleo, cargo o función: pena - detención de 1 (uno) a 2 (dos) años”.

Novaes Guedes⁷⁶² cita el parecer emitido por el juez Ronald Amorim y Souza: “El comportamiento persistente y vergonzoso del reclamante, con agresiones sexuales hacia un compañero de trabajo, legitima el acto patronal de despido por justa causa”. Así, el acoso sexual delictivo puede ser definido como un alejamiento físico, moral o de cualquier otra naturaleza, dirigido a otro (hombre o mujer), con insinuaciones sexuales, dirigido a la práctica de acto sexual, prevaleciéndose el autor (hombre o mujer) de determinadas

⁷⁶¹ AMORIM ROBORTELLA, Luiz Carlos; PASTORE, José. *Op. cit.*, 1998.

⁷⁶² NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.100. La autora cita el parecer emitido por el Juez Ronald Amorim e Souza publicado en la *Revista LTr*, São Paulo, v.57, n.3, p.318, [s.d.].

circunstancias que lo ponen en una posición destacada y de superioridad en relación a la persona acosada, ya sea en razón de su empleo, de su función o de su cargo.

Las primeras manifestaciones de los autores brasileños fueron críticas con respecto a la ley; sin embargo, no nos ocuparemos de las mismas en el presente estudio, ya que nos limitamos a constatar que una ley que trata el acoso sexual debería tener implicaciones en el área del Derecho del Trabajo, Civil, Administrativo y Penal, en esa orden de importancia, y que no sólo fuera objeto de represión penal.

La lucha contra el acoso sexual forma parte del derecho constitucional fundamental a una vida libre de violencia, introducido en el sistema constitucional brasileño por la Convención Interamericana para Prevenir, Punir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ratificada por Brasil en 1995.

Destacamos, nuevamente, que tanto la mujer como el hombre pueden ser víctimas del acoso sexual por actos cometidos por personas de otro sexo o no. Sin embargo, es un hecho comprobado que las mujeres son las principales víctimas del acoso sexual⁷⁶³. Por lo tanto, la mujer está en el grupo más directamente afectado por el acoso sexual,

⁷⁶³ Las investigaciones disponibles apuntan a una incidencia relevante del acoso sexual contra las mujeres. Luiz Carlos A. Robortella y José Pastore (*Op. cit.*, 1998, p.1 y ss.) citan algunos ejemplos: “En los países más industrializados, el acoso sexual se está convirtiendo en un penoso problema laboral. En la investigación realizada por la revista *Fortune* entre las 500 mayores empresas americanas, casi el 90% de las empleadas entrevistadas dijeron haber percibido intenciones de acoso sexual por parte de sus superiores. [...] Las investigaciones revelan que, de hecho, ciertos grupos son más vulnerables que otros. Entre las personas más acosadas están las mujeres jóvenes, las que se inician en el mercado de trabajo, las que ejecutan trabajos temporales, las que trabajan en condiciones precarias, las personas con deficiencias y las representantes de minorías. En casi todos los países, las profesiones más acosadas son las que exponen a la mujer a una posición de fuerte subordinación con relación al hombre. Es el caso de las criadas domésticas, camareras, vendedoras, empleadas de oficina, enfermeras, azafatas y estudiantes (Backhouse y Cohen, 1978)”. Finalmente, también resaltan los autores que: “De acuerdo con los datos disponibles, en un 90% de los casos las mujeres son acosadas por hombres. En un 9%, el acoso sexual se produce entre personas del mismo sexo. En un 1%, el hombre es acosado por la mujer (KONRAD; GUTTEK, 1986; AFL-CIO, 1996)”.

una de las formas de violencia contra la mujer que interfiere en numerosas relaciones sociales –en el trabajo, escuela, familia– generando un ambiente de intenso conflicto.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD- en su Informe del Desarrollo Humano de 1997 sustentó que “*ninguna sociedad trata a sus mujeres tan bien como tratan a sus hombres*”. Este Programa creó dos índices para medir las diferencias por género: el Índice de Desarrollo por Género – IDG-, que tiene en cuenta las diferencias de esperanza de vida, alfabetización, matrícula en la escuela y renta entre hombres y mujeres, y el Índice de Poder por Género –IPG-, que mide el grado de participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, en los cargos directivos, en la política y en profesiones técnicas. En el ranking del IDG, en general, los países con mejor Índice de Desarrollo Humano –IDH- reproducen buenos indicadores también para las mujeres, aunque haya excepciones: Irlanda, por ejemplo, cae doce posiciones del ranking del IDH para el del IDG. Canadá acumula los títulos de campeón de desarrollo humano y por género.

Entre los 94 países clasificados por la ONU, Mauritania es donde las mujeres tienen menos poder: sólo el 0,7% de los puestos en el Parlamento y el 7,7% de los cargos ejecutivos. Es el 127º colocado en un ranking que clasifica 146 países de acuerdo con el desarrollo humano por género. Brasil ocupa en el IDH el 60º lugar. En cuanto al IDG, el país cae ocho posiciones⁷⁶⁴. En virtud de estos y de otros datos se justifica plenamente la adopción de protección internacional particularizada para la mujer, que asume con nitidez el perfil del grupo vulnerable en la sociedad.

En el ámbito de los Derechos Humanos no es diferente. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue, entre las Convenciones de la ONU, la que fue objeto

⁷⁶⁴ Datos extraídos de un artículo publicado en el periódico *A Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 jul. 1997. Caderno Mundo.

de más reservas por parte de los países que la ratificaron⁷⁶⁵. Por ello, en Viena, en 1993, con ocasión de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, el movimiento de mujeres llevó la bandera de lucha: “los derechos de la mujer también son derechos humanos”, quedando consignado en la Declaración y Programa de Acción de Viena (ítem 18) que: “Los derechos humanos de las mujeres y las niñas son inalienables y son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales”. Fue esta la primera vez que se reconoció en un foro internacional que los derechos de la mujer son derechos humanos, reafirmado con ocasión de la Declaración de Pekín (1995), adoptada por la 4ª Conferencia Mundial sobre las Mujeres: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz (ítem 14) y del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Finalmente, la violencia practicada contra la mujer es un dato incuestionable de la realidad mundial, y la Convención Interamericana para Prevenir, Punir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención) reconoce expresamente en su preámbulo que la violencia en que viven muchas mujeres de las Américas sin distinción de raza, religión, edad o cualquier otra condición es una situación generalizada. El Derecho de la Mujer a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado (artículo 3º de la Convención) incluye el igual derecho a no ser acosada sexualmente, garantizándole el derecho de estar legalmente protegida. La Convención fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 9 de junio de 1994 y ratificada por Brasil el 27 de noviembre de 1995. Junto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU-1979), la Declaración de Pekín (1995) tiene a la mujer como preocupación central, como foco principal de protección, puesto que se constató a lo largo del tiempo, la insuficiencia de la fórmula de la ‘igualdad entre todos’

⁷⁶⁵ LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p.57.

presente en los documentos generales iniciales, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU 1948) y repetida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA-1948).

Antes incluso de la Convención de Belém do Pará, la preocupación específica por la violencia contra la mujer mereció una Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de diciembre de 1993. En esta Declaración, la Asamblea General reconoció que la violencia contra la mujer era una manifestación de la histórica desigualdad de relaciones de poder entre mujeres y hombres, en las cuales las mujeres eran especialmente vulnerables. Quedó constatado, también, que la violencia contra la mujer era un obstáculo para la implementación de la igualdad, desarrollo y paz, considerándose el acoso sexual como violencia contra la mujer presente en el ámbito público, en el ámbito del trabajo, en instituciones educativas y en cualquier otro lugar.

La Declaración ejemplifica algunas conductas que pueden ser consideradas como violencia contra la mujer refiriéndose expresamente a la mutilación genital de la mujer y otras prácticas tradicionales perjudiciales para ella. Es un punto importante que frecuentemente tropieza en la problemática del relativismo cultural y que no se mencionó en la Convención de Belém do Pará. La Declaración, en este punto específico, avanza más en la protección de la mujer determinando, incluso, que los Estados no deben invocar cualquier tipo de costumbres, tradición o consideración religiosa para evitar sus obligaciones con respecto a la eliminación de la violencia contra la mujer.

La Convención de Belém do Pará comienza por reconocer que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales, limitando total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, disfrute y ejercicios de estos mismos derechos y

libertades. Define la violencia contra la mujer como cualquier acto o conducta basada en el género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en la esfera pública como en la esfera privada (artículo 1º), reconociendo expresamente que la violencia es un fenómeno que afecta a todas las esferas de la vida de la mujer: la vida en la familia, escuela, trabajo y comunidad. Por consiguiente, fue contemplada tanto la violencia doméstica como la violencia presente en el espacio público, es decir, en la comunidad (artículo 2º). La violencia contra la mujer comprende la violencia física, sexual y psicológica (nuevamente artículo 2º).

La Convención hace referencia a algunas conductas específicas dando sin embargo una redacción abierta, posibilitando la existencia de otras conductas no previstas. Así, al tratar de la violencia presente en el ámbito de la familia o unidad doméstica, contempla el estupro, los malos tratos y el abuso sexual, sin excluir 'otras formas' (línea 'a' del artículo 2º). Al tratar de la violencia presente en la comunidad, cita como ejemplo el estupro, el abuso sexual, la tortura, el tráfico de mujeres, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual en el lugar de trabajo, las instituciones educativas, los servicios educativos o cualquier otro lugar, sin tampoco excluir 'otras formas' (línea 'b' del artículo 2º).

El derecho a una vida libre de violencia es un derecho fundamental de las mujeres en la esfera pública y privada, de acuerdo con el artículo 3º. La Convención establece que la mujer está protegida por los demás derechos previstos en todos los instrumentos regionales e internacionales relativos a los derechos humanos (artículo 4º), mencionando expresamente el derecho a que se respete su vida, integridad física, mental y moral, derecho a la libertad y a la seguridad personal, derecho a no ser sometida a tortura, derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y a que se proteja su familia, derecho a la igual protección ante la ley y de la ley, derecho a recurso simple y rápido ante un tribunal competente que la proteja contra actos que violen sus derechos, derecho

de libre asociación, derecho de profesar la propia religión y las propias creencias, de acuerdo con la ley, y derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluso en la toma de decisiones.

La Convención entiende que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículo 5º), de forma que, paralelamente a la violencia física, sexual y psicológica, estaría produciéndose una violación de aquellos derechos. De ahí la gravedad de la violencia contra la mujer, que es capaz de lesionar varios bienes jurídicos protegidos simultáneamente. Por lo tanto, la Convención entiende que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica, y que una de las formas de violencia contra la mujer es el acoso sexual:

Art. 2º. Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica:

a. [...];

b. que se ha producido en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, la violación, el abuso sexual, la tortura, los malos tratos a las personas, el tráfico de mujeres, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual en el trabajo, así como en las instituciones educativas, centros de salud o cualquier otro lugar.

Por lo tanto, queda así establecida la existencia del acoso sexual en Brasil cuando ratificó la Convención en 1995. El párrafo 2º del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988 dispone que:

Art. 5º. Todos son iguales ante la ley, sin distinción alguna, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País el derecho inviolable a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los siguientes términos:

[...]

§ 2º Los Derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados

internacionales en que la República Federativa del Brasil forme parte.

6.10.4 Causa y Efecto

Se trata del ya conocido fenómeno de exposición de los trabajadores, en general, a situaciones humillantes y limitadoras, repetitivas y prolongadas durante la jornada de trabajo y en el ejercicio de sus funciones. El acoso moral deriva de una desviación del ejercicio del poder en las relaciones de trabajo que tiene por objeto crear un entorno hostil al trabajador, desestabilizándole. Hostilizado y con miedo al desempleo, se vuelve dócil y menos reivindicativo, razón por la que Leymann⁷⁶⁶ concluye en sus investigaciones: “Este tipo de agresión continua y silenciosa está acabando con la salud física y mental de los cientos de miles de trabajadores en todo el mundo”. Como concluye Ramires⁷⁶⁷, Secretaria de la Dirección Nacional de la Sociedad Cubana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en general, la persona acosada es escogida:

[...] porque tiene características personales que perturban los intereses del elemento acosador, como adquisición de poder, dinero u otro atributo para el cual el trabajador o trabajadora le resulta molesto, bien sea por sus habilidades, destreza, conocimiento, desempeño y ejemplo o, simplemente, porque se trata de un inadaptado sexual o psíquico.

La jurista prosigue su observación señalando como causas del acoso moral, entre otras:

[...] las deficiencias en la organización del trabajo, la información interna y la gestión, así como los problemas de organización prolongados y sin resolver, que son un obstáculo para los grupos de trabajo y pueden desembocar en una búsqueda de chivos expiatorios.

⁷⁶⁶ LEYMANN, Heinz. *Op. cit.*, 1996.

⁷⁶⁷ GUEVARA RAMIREZ, Lydia. “Reflexões sobre o assédio moral no trabalho”. En: ENCUESTRO INTERAME-RICANO DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDADE SOCIAL, 4. Cuba, 24 a 28 mar. 2002. *Anais...* Conferência proferida.

En las condiciones de una economía sometida a las influencias del neoliberalismo, hay que destacar la precariedad del empleo, la flexibilización de las relaciones de trabajo, el ritmo frenético de la economía, el interés por reducir los costes de trabajo, la existencia del desempleo, las manifestaciones de la tercerización, el crecimiento del sector informal, la emigración continuada, la fuga o el robo de cerebros, la tendencia hacia la contratación por tiempo determinado frente a la estabilidad del trabajo, la desregulación a favor de determinados grupos desprotegidos y sectores de población, que se podrían mencionar como causas ciertas de la tendencia al aumento del acoso moral.

La autora sigue apuntando que, “no obstante, se piensa que, frente a los altos índices de pobreza, falta de servicios y recursos básicos, de desempleo y subempleo que afecta a todos los países”, incluso los que están en vías de desarrollo, “además de las difíciles condiciones de trabajo en la industria y en el campo, que aún continúan latentes, el trabajo debe valorarse en su dimensión de autorrealización y dignidad de la persona humana”.

Es evidente que para “una empresa orientada hacia el mercado se requiere competitividad empresarial superior para que la misma pueda sobrevivir a la presión de la economía”. Por eso, “el empleador buscará los mejores talentos, así como el personal más dócil, manejable, capaz de asumir funciones sin protestar, y tratará de libertarse de los que ya no son convenientes”.

La humillación repetitiva y de larga duración interfiere en la vida del acosado de modo directo, comprometiendo su identidad, dignidad y las relaciones afectivas y sociales, ocasionando graves daños a la salud física y mental que pueden evolucionar hacia la incapacidad laboral, el desempleo o incluso la muerte, constituyendo un riesgo invisible, pero concreto, en las relaciones y en las condiciones de trabajo.

Novaes Guedes⁷⁶⁸ apunta que:

Según uno de los responsables para la elaboración del informe de la OIT, es creciente la conciencia de que la violencia en el lugar de trabajo no es un fenómeno individual y sí un problema arraigado en factores amplios, de orden social, económico, organizativo y cultural, resaltando que la violencia en el trabajo quiebra la funcionalidad del lugar de trabajo y cualquier acción que se adopte en contra de ella se inserta en el desarrollo organizativo de una buena empresa.

Por lo tanto, se observa que son múltiples las causas de esta problemática, razón por la cual analizaremos la cuestión financiera de la empresa.

6.10.5 Riesgos financieros de las empresas

Conforme a lo anteriormente mencionado, el acoso moral en el trabajo constituye un fenómeno internacional, según establece la Organización Internacional del Trabajo en varios países desarrollados.

La Unión Europea y los propios Estados Unidos de América del Norte, por intermediación de la Comisión para la Igualdad de Oportunidad de Empleo de los Estados Unidos – EEOC-, también han hecho estudios e investigaciones sobre el desarrollo del acoso moral en el entorno laboral, llegando a cifras astronómicas, de millones de trabajadores acosados, lo que ha generado en los Estados Unidos indemnizaciones millonarias a favor de los acosados que se transforman en uno de los principales riesgos financieros de las empresas.

La red Wal-Mart fue condenada a pagar 50 millones de dólares a una empleada acosada moralmente, como resultado de observaciones sorprendentes sobre su dotes físicas. La Chevron fue condenada a una

⁷⁶⁸ NOVAES GUEDES, Márcia. *Op. cit.*, 2003, p.91.

indemnización superior a 2 millones de dólares a empleados por agresiones presentes en el entorno laboral trabajo, y en el Estado de Florida se condenó a una empresa a pagar indemnización de 237 mil dólares a un gerente que fue acosado por su jefe.

Se trata de un proceso destructor, que puede llevar a la víctima a una incapacidad permanente e incluso a la muerte: el llamado 'bullicidio'. La agresión tiende a desencadenar ansiedad, y la víctima se pone en una actitud defensiva – de hipervigilancia, por tener la sensación de una amenaza. Surgen, también, sentimientos de fracaso, impotencia, baja autoestima y humillación.

Los efectos de estas agresiones sufridas por los trabajadores en el propio entorno de trabajo redundan en los ya conocidos trastornos físicos y psíquicos duraderos, que desencadenan el desarrollo de patologías múltiples, que pueden incluso matarlos en el trabajo y/o llevarlos al suicidio. Como apunta Hirigoyen⁷⁶⁹, “no se debe banalizar el acoso haciendo de él una fatalidad de nuestra sociedad. No es consecuencia de la crisis económica actual; es sólo un derivado de la dejadez organizacional”.

El acoso moral puede mostrarse en la empresa de varias formas, como por ejemplo, cuando el jefe comienza siempre la reunión amedrentando con relación al desempleo o amenazando constantemente con el despido.

Hay otros actos que también lo caracterizan, como subir en la mesa y llamar a todos de incompetentes, repetir la misma orden para realizar una tarea simple centenares de veces hasta desestabilizar emocionalmente al trabajador, o dar órdenes confusas y contradictorias, sobrecargar de trabajo o impedir la continuidad del trabajo, negando

⁷⁶⁹ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.103.

informaciones, desmoralizar públicamente, afirmando que todo está equivocado o elogiar pero afirmando que su trabajo no es necesario para la empresa o institución, reír a distancia y en pequeño grupo, conversar bajito, suspirar y ejecutar gestos dirigidos al trabajador, no saludar e impedir a los compañeros que coman con él, saludar o conversar con la víctima, incluso que la conversación este relacionada con la tarea, querer saber lo que estaban conversando o amenazar cuando hay compañeros próximos conversando, ignorar la presencia del trabajador, desviar de la función o quitar el material necesario para la ejecución de la tarea, impidiendo el trabajo y exigiendo que se hagan horarios fuera de la jornada laboral.

Y aún hay más: ser cambiado de turno sin haber sido avisado, mandarle ejecutar tareas superiores o por debajo del conocimiento del trabajador, volver de vacaciones y ser despedido o colgarle el teléfono o no atender a telegramas con ocasión de las vacaciones, hostilizar, no promover o premiar el compañero más nuevo y recién llegado a la empresa y con menos experiencia, como forma de descalificar el trabajo realizado, propagar entre los compañeros que el trabajador está con problemas y nervioso, sugerir que dimita por su salud y divulgar chismes sobre su moral, entre otros.

En el plano individual, el daño o agravio a la salud está influido por los valores culturales, variando con la sensibilidad de cada persona. Nace del concepto de susceptibilidad individual. En la dimensión poblacional, el daño o agravio a la salud es resultante del sumatorio de las dimensiones individuales, definidas en función de la dinámica de los patrones culturales, económicos y políticos. Actualmente, en el mundo del trabajo, la sociedad se vuelve cada vez más exigente con respecto a los efectos dañinos y a los riesgos para la salud.

La humillación constituye un riesgo invisible pero concreto en las relaciones de trabajo y de la salud de los trabajadores y trabajadoras,

revelando una de las formas más poderosas de violencia sutil en las relaciones organizacionales. Es más frecuente con las mujeres y los trabajadores enfermos. Se realiza de forma 'invisible' en las prácticas perversas y arrogantes de las relaciones autoritarias en la empresa y en la sociedad. La humillación repetitiva y prolongada se convirtió en una práctica común dentro de las empresas, donde predominan el menosprecio y la indiferencia por el sufrimiento de los trabajadores que, incluso aunque estén enfermos siguen trabajando. Frecuentemente los trabajadores enfermos son responsabilizados por la baja de producción, accidentes y enfermedades, descalificación profesional, despidos y consecuente desempleo. Actitudes como estas, refuerzan el miedo individual, al mismo tiempo en que aumenta la sumisión colectiva construida y basada en el miedo. Por miedo, ocultan sus quejas y evitan, simultáneamente, ser humillados y despedidos.

Los lazos afectivos –que permiten la resistencia, cambio de informaciones y comunicación entre compañeros– se han convertido en el 'blanco preferencial' de control de las directivas si 'alguien' del grupo transgrede la norma instituida. La violencia en los intramuros se concreta en intimidaciones, difamaciones, ironías y aislamiento del 'transgresor' delante de todos, como forma de imponer el control y mantener el orden. En muchas sociedades, ridiculizar o ironizar a los niños constituye una forma eficaz de control, puesto que ser blancos de ironías entre los amigos es devastador y simultáneamente depresivo. En este sentido las ironías se muestran más eficaces que el propio castigo. El trabajador humillado o retraído empieza a experimentar depresión, angustia, trastornos del sueño, conflictos internos y sentimientos confusos que reafirman el sentimiento de fracaso e inutilidad.

Las emociones se constituyen independientemente del sexo. Sin embargo, la manifestación de los sentimientos y emociones en las situaciones de humillación y aislamiento es diferenciada: por un lado, las mujeres son más humilladas y expresan su indignación con llanto,

tristeza, resentimientos y congojas, extrañando el entorno que identificaban como suyo; por otro, los hombres se sienten indignados, deshonrados, con rabia, traicionados, y tienen deseos de venganza. Se sienten avergonzados delante de la mujer y de los hijos; prima el sentimiento de inutilidad, fracaso, y de baja autoestima. Se aíslan de la familia, evitan contar lo sucedido a los amigos, comienzan a vivir sentimientos de irritabilidad, vacío, rebelión, y fracaso.

Hirigoyen⁷⁷⁰ clasifica así estos sentimientos:

Al instalarse el enredo y el control, las víctimas se van volviendo cada vez más confusas, sin saber u osar lamentarse. Se quedan como anestesiadas, se lamentan de tener un vacío en la cabeza y dificultad de pensar, describen el propio empobrecimiento, un aniquilamiento parcial de sus facultades, una mutilación de aquello que en las mismas era más vivo y espontáneo.

Comienzan a convivir con depresión, palpitaciones, temblores, trastornos del sueño, hipertensión, trastornos digestivos, dolores generalizados, alteración de la libido y pensamientos o intentos de suicidio que configuran un cotidiano sufrimiento. Es el sufrimiento impuesto en las relaciones de trabajo que se pone de manifiesto cuando enferman, puesto que lo que enferma a las personas es vivir una vida que no desean, no han escogido y no soportan.

En el acoso moral, las consecuencias para la víctima van desde los más leves descontroles emocionales hasta la pérdida total de la capacidad laboral. Las enfermedades psicosomáticas, en estos casos, están relacionadas con los problemas psíquicos como la pérdida de identidad, la confusión mental y la baja autoestima, que pueden incapacitar al individuo permanentemente para el trabajo. Así explica Naine de Almeida⁷⁷¹:

No se trata de encaminar al trabajador, después de que está debilitado física, psíquica y moralmente, a un

⁷⁷⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, 2002a, p.170.

⁷⁷¹ NAINE DE ALMEIDA, Angela. Psicóloga CRP-05 3620 – mayo 2002.

tratamiento psicoterapéutico. Este procedimiento es costoso y no siempre permite que el individuo recupere sus funciones profesionales, debido al tiempo necesario para el tratamiento y proceso de curación de enfermedades psicoafectivas. Es esencial que se lleven a cabo acciones que le ayuden a no perder su capacidad productiva. Me temo que, a través formas punitivas no se consiga acabar con el acoso moral en las organizaciones, pero creo que el efecto perverso puede ser minimizado si cuidamos los aspectos relacionados con la prevención de la salud. Con respecto al asunto del acoso moral, es importante una inversión masiva en las actividades que permitan mejorar la salud mental de los individuos. Además, es necesario ampliar las investigaciones con el fin de identificar, describir y prevenir otras formas de acoso moral.

Una buena forma de mejorar la salud mental de los individuos se produce a través de acciones que den informaciones coherentes y fidedignas y promuevan la ampliación del autoconocimiento y de la autoaceptación, de manera que les capacite para relacionarse mejor con la realidad que los rodea. El desarrollo de acciones preventivas contra el acoso moral es fundamental puesto que es difícil identificar a las personas que pueden presentar actitudes perversas, ya que su comportamiento profesional, en muchas situaciones, se confunde con las exigencias del mundo moderno.

El sufrimiento provocado por la perversa situación del acoso moral puede manifestarse por la presencia de síntomas persistentes, tales como cefalea, fatiga crónica, sensación de malestar, sensación de presión en el pecho y estrés. Con el pasar del tiempo, progresa hacia los estados depresivos y los trastornos ansiosos que, en situaciones de extremo sufrimiento, pueden desencadenar intentos de suicidio. La reacción de enfrentamiento al estrés provocado por el acoso puede llevar al aumento de consumo de alcohol, tabaco, drogas y medicamentos, generando o agravando situaciones de dependencia química concomitante. Son frecuentes trastornos del sueño. La salud física y mental de la personas se ve afectada en conjunto con el abatimiento moral, el aislamiento que lleva la persona víctima del acoso moral a degradar su condición de

trabajo y su calidad de vida. Los síntomas pueden dañar diferentes sistemas orgánicos y el trabajador puede presentar trastornos psicosomáticos, cardíacos, digestivos, respiratorios, endocrinológicos, dérmicos etc.⁷⁷².

Los trastornos son, en general, de larga duración. Incluso cuando la situación es resuelta, la víctima continúa sufriendo puesto que no olvida el desprecio al que ha sido sometida y eso le impide de vivir de modo pleno. En general, la víctima, aislada y fragilizada, se culpa y por eso se defiende mal. Comienza a estar confusa ya no sabe más distinguir lo que es anormal o normal. Los médicos, cuando no consiguen detectar porqué la persona no está bien deben tratar de profundizar la anamnesis y la historia médica, poniendo especial atención sobre las relaciones en el entorno de trabajo, puesto que los síntomas que la persona siente y que se mantienen a lo largo del tiempo pueden estar relacionados con el acoso moral que sufre. La base del apoyo médico y psicológico es el aumento de la autoestima de la persona para que, identificando las situaciones de acoso, pueda sentirse estimulada para adoptar actitudes que le permitan enfrentarse a la situación.

Las empresas pueden optar por hacer un estudio previo del impacto del acoso dentro de la empresa. En este sentido, dice Giannella Cataldi⁷⁷³: “¿Cómo no considerar como impactos ambientales los números cada vez más flagrante de trabajadores aquejados de enfermedades ocupacionales derivadas de la insalubridad de los ambientes de trabajo?” De esta forma, el estudio del impacto en el entorno de trabajo ayuda a prevenir tales condenas además de preservar a los empleados, evitando los daños.

⁷⁷² ARAÚJO, Alberto José de. Assessor de Saúde Ocupacional - Sindipetro-RJ.

⁷⁷³ GIANNELLA CATALDI, Maria José. *Op. cit.*, 2002, p.94.

6.10.6 Acoso moral: el “*iter criminis*”

Al analizar etimológicamente la expresión ‘acoso moral’, podemos concluir que el concepto que más se aproxima a los aforismos jurídicos sería el de: “burlarse de las costumbres morales con pretensiones insistentes”. Se considera la ‘moral’ como un conjunto de normas éticas naturales relacionadas con la conducta humana, conforme a la conciencia individual, todo aquello que interfiere con estas normas éticas puede ser considerado acoso moral. En la práctica, se produce como una especie grosera de molestia, importunación, agresión a la libertad moral y sentimental de las personas, de tal forma que el acosado se desestabiliza, llegando a perder la capacidad de defensa por afectar a su autoestima, pudiendo resultar daño psicológicos de grados incalculables. No es una actitud exclusiva que se produce sólo dentro de las empresas, sino que es frecuente que suceda en las relaciones jerarquizadas de difícil transparencia y alto índice de *estrés*. Se puede verificar en muy diversos ámbitos. Sin embargo, es en las relaciones de trabajo donde jefes inseguros, poseedores de capacidad por encima de la media para encontrar los puntos débiles de las personas, ven en el talento de los profesionales subordinados, jóvenes y prometedores, el principal blanco que puede colocar en riesgo su liderazgo.

En el Derecho patrio, el acto delictuoso sólo puede existir como ‘delito consumado’, ‘delito tentado’ o ‘delito imposible’. Se dice que el delito es consumado, cuando todas sus fases intermediarias fueron llevadas a cabo por el agresor. Son las siguientes: 1ª fase: *Cogitatio*: pensar, cogitar en realizar el delito; 2ª fase: *Conatus Remotus*: se producen los actos preparatorios para el delito; 3ª fase: *Conatus Proximus*: se producen los actos de ejecución del delito; y 4ª fase: *Meta Optata*: se produce la consumación, se tiene al final el delito.

Un ejemplo muy tradicional utilizado por los autores que militan en el mundo (o submundo) del Derecho Penal es el siguiente: pensó en matar alguien (*Cogitatio*), compró el arma (*Conatus Remotus*), disparó (*Conatus Proximus*), mató (*Meta Optata*). Se dice que el delito es tentado,

cuando el agente después de superar la primera y segunda fase (*Cogitatio* e *Conatus Remotus*), no se consuma el delito por otras circunstancias, ajenas a su voluntad. Por ejemplo, en el momento en que iba a dar puñaladas es sorprendido por policiales militares que hacían la ronda. Se dice que el delito es imposible cuando el medio utilizado para realizarlo es ineficaz, o el objeto del delito es impropio. Por ejemplo: asaltar con un revólver de plástico (medio ineficaz), o dispararle a un cadáver (objeto impropio). Además, como en el ‘acoso moral’, por su propia definición, sólo se pretende algo (pretensiones insistentes), no puede ser considerado ‘delito consumado’ porque la *Meta Optata* no fue alcanzada, no fue consumada, se quedó en las pretensiones; ni en ‘tentativa de delito’, porque en el Derecho brasileño la primera y la segunda fase del delito (*Cogitatio* y *Conatus Remotus*) no son susceptibles de punición; ni ‘delito imposible’, porque la eficacia del medio y el objeto son relativos a la capacidad del agresor y a la resistencia de la víctima.

El acoso moral se considera, pues, como el instrumento, el proceso, el camino, el itinerario que lleva al delito, es decir, el *iter criminis*. Por ejemplo: al acosar alguien con la intención de sobornarle, sólo se considerará delito si el soborno se produce, si se consuma. En este caso, se establece como delito de “corrupción”, previsto en los artículos 317 y 333 del Código Penal brasileño; se verifica que el acoso fue el camino que llevo a la “corrupción”, y no se tipifica como delito.

Hay algunas formas por las cuales el trabajador se puede proteger y facilitar una posible acción judicial: 1) que resista psicológicamente, no entre en depresión o en el estado de confusión mental; 2) que converse bastante para aclarar situaciones e insinuaciones dudosas; 3) que desvíe la atención del tema central, comenzando a dominar la interlocución; 4) que intente reunir el mayor numero de pruebas posibles; 5) finalmente, que busque ayuda de personas con las cuales se relaciona bien y convive habitualmente.

Hay una fuerte tendencia a tratar el ‘acoso moral’ como ‘daño moral’, sustentada en numerosa jurisprudencia en los Tribunales de Justicia de los Estados de Rio de Janeiro y Santa Catarina, ya que se considera que la agresión a la dignidad personal lesiona el honor y es indemnizable.

Valores como el trabajo y la inteligencia no pueden sufrir daños. Tal vez sea este el camino para tipificar el ‘acoso moral’ como un acto delictivo. Sin embargo, conviene meditar sobre los radicalismos y formalismos exagerados de las leyes con el fin de preservar los valores que, concretamente, expresan las múltiples facetas de la nacionalidad brasileña, la alegría innata del pueblo, el amor al ser humano y a la belleza; nos falta sólo contener la espontaneidad injuriantes que, con el pretexto de elogiar o exaltar, no se sopesan lo necesario y pueden herir la dignidad y el respeto debidos al ciudadano.

Podemos concluir, a la luz de lo expuesto en este capítulo, que la relación jurídica laboral está marcada principalmente por el desnivel económico y social existente entre el empleado y el empleador. Por esa razón, la legislación laboral brasileña, paternalista por naturaleza, confirió a los trabajadores – puesto que son hiposuficientes – un conjunto de beneficios y seguridades encaminados a equipararlos jurídicamente con la parte detentora de medios de producción.

Sin embargo, la cuestión merece ser tratada con seriedad y no con superficialidad. Existen otros derechos que gravitan en torno a las obligaciones laborales, entre los que destacan los derechos de la personalidad, con enfoque en la figura del trabajador.

Contradictoriamente, se verifica que estos derechos entran constantemente en conflicto con el derecho de propiedad, inherente al empleador. Considerando que la Carta Magna otorgó a ambos el mismo estatus de derecho fundamental, resulta imprescindible la aplicación de

criterios hermenéuticos con el objetivo de evitar que un derecho prime sobre el otro.

Salvo el derecho al honor, que debe ser preservado de modo absoluto, los derechos de la personalidad del empleado han de ser armoniosamente compatibilizados con el ejercicio del poder directivo y disciplinario que caracteriza la relación de trabajo. Asimismo, si el empleador utiliza inmoderadamente sus prerrogativas, será punido en las esferas laboral y civil.

Incidentalmente, surgen otras cuestiones cuya aproximación necesariamente se vincula a los derechos de la personalidad. En esa perspectiva conviene destacar el acoso sexual en el entorno de trabajo, que representa una grave afrenta a la integridad moral del ofendido, siendo por tanto rechazado por el ordenamiento jurídico patrio.

Por tales razones, el legislador constituyente ha previsto la indemnización por daños morales, con el objetivo de minorar las consecuencias que pudieran derivar de la violación de los derechos al honor, a la imagen y a la intimidad. Sin embargo, el empleado tendrá también derecho a una protección especial conferida por las normas laborales, principalmente con respecto a la competencia de la Justicia Laboral para juzgar las acciones de indemnización que puedan presentarse relacionadas con esta situación.

CONCLUSIONES

Los derechos de la personalidad nacen como clásicos derechos individuales inherentes a los ciudadanos considerados aisladamente y vinculados al derecho a la vida, a la libertad y a la dignidad de la persona humana, encontrando asentamiento en los textos constitucionales de las sociedades democráticas.

Podemos afirmar que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, que tienen por objeto los elementos que constituyen la personalidad de su titular, considerada en sus aspectos físico, moral e intelectual. Son derechos innatos y permanentes; nacen con la persona y la acompañan durante toda la existencia, teniendo como finalidad primordial la protección de las cualidades y de los atributos esenciales de la persona humana, de forma que se salvaguarde su dignidad y se impidan apropiaciones y agresiones tanto por parte de particulares como del Poder Público.

Los derechos integrantes de las libertades públicas inciden en las relaciones entre particulares, en el caso de empleado y empleador, aunque se reconozca que éste tenga una posición de superioridad con respecto al primero. La relación de sumisión, propia del pacto laboral se caracteriza por la subordinación jurídica del trabajador y por el poder de dirección del empleador que se basa en el derecho de propiedad regulado en el ámbito constitucional. En este contexto, la propiedad es limitada en la medida en que debe atender a su función social. Así, este poder de dirección sufre limitaciones en cuanto a su ejercicio en la medida en que

los derechos de la personalidad también están reconocidos constitucionalmente,

La Constitución brasileña de 1988 ha regulado la materia laboral con los más variados artículos. El Capítulo II, aunque se titule “De los Derechos Sociales”, sólo contempla la materia laboral. Los demás derechos sociales están dispersos en otros capítulos, como el del título VIII - del Orden Social.

Derecho social es una expresión que va más allá de los derechos del trabajador y corresponde al segundo principio de la Revolución Francesa (igualdad). El derecho de libertad corresponde al primer postulado según el cual, los individuos reclaman que el Estado deje de interferir, excepto cuando garantiza el ejercicio del derecho. Mediante el segundo principio, los individuos reclaman la intervención del Estado con el objetivo de garantizar su dignidad.

Al celebrar un contrato, el empleador no tiene sólo la intención de adquirir la energía traducida en fuerza del trabajo sino todas las cualidades personales del contratado, imponiéndole normas de conducta en cuanto a la forma de vestir, en su actuación en público e, incluso, en actividades particulares. Se trata de cláusulas permitidas pero que no deben herir la dignidad de la persona humana.

Constatamos, pues, una intención de protección de la personalidad y de la dignidad del empleado, garantizándole los instrumentos jurídicos propios, tales como la reparación de los daños morales, materiales, la acción penal, el cese de la práctica de las ofensas y la restitución al estado anterior pero que sin embargo no se muestran suficientes para impedir la erosión del espíritu de solidaridad y de paz que debe de primar en el lugar de trabajo.

Los derechos de personalidad, cuando son violados, generan el derecho a la indemnización por daño moral, por parte de la víctima, de

sufrimiento, dolor o angustia. Son derechos intransmisibles e irrenunciables. El empleado, por lo tanto, siempre podrá pleitear judicialmente la justa indemnización por la violación de los derechos de la personalidad.

No son, sin embargo, derechos absolutos; eso quiere decir que pueden ser reducidos o suprimidos en situaciones extremas (donde la preservación de otro derecho sea más importante que la del derecho de personalidad y, al mismo tiempo, no resulte posible la prevalencia simultánea de ambos derechos).

En las relaciones de trabajo, por ejemplo, es normal que parte de la privacidad y de la intimidad del empleado sea necesariamente flexibilizada. En efecto, en las cuestiones inherentes a la vida profesional y para alcanzar las finalidades de la empresa y honrar el compromiso asumido en la firma del contrato de trabajo, el empleado debe ceder en algunos aspectos a la fiscalización/control por parte del empleador.

La Constitución Federal establece la tutela de los derechos de personalidad, concretamente en los artículos 1º, incisos III y IV, y 5º, inciso X. El Código Civil, en los artículos 11 a 21, también contempla los derechos de personalidad estableciendo sus principales características, dentro de las cuales destaca su carácter irrenunciable e intransmisible (Art. 11).

Además, hay convenciones internacionales relevantes sobre el tema tales como la famosa Convención n. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que prohíbe la discriminación en el trabajo y en la profesión. Las convenciones y los acuerdos colectivos de trabajo también pueden regular los asuntos que implican la intromisión del empleador en los derechos de personalidad de los trabajadores.

Desde el punto de vista jurídico, la prestación que se desarrolla bajo la organización del empleador en la empresa (o también con el empleador no empresario – artículo 2º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo – CLT-), queda subordinada a “su dependencia y dirección” (Art. 3). La noción contenida en los términos de las disposiciones legales mencionadas, aunque aluden al trabajador insertado en el ámbito de la empresa, abarcan también la calidad referencial para las otras hipótesis de trabajo subordinado.

La subordinación se identifica fuertemente con la historia del Derecho del Trabajo, en cuyo desarrollo los estudiosos intentaron perfeccionar su noción básica, buscando el mejor marco de la relación típica que tiene por objeto. Debido a la subordinación propia del contrato de trabajo, el empleado está bajo el poder directivo y disciplinario del empleador, siendo responsabilidad de este último organizar la producción y asumir los *onus* derivados de su iniciativa.

En la sociedad postindustrial, el Derecho del Trabajo se orientó hacia la búsqueda del respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, con el objetivo de fijar unos parámetros de igualdad.

Los derechos fundamentales comienzan a tener una función de limitación del ejercicio del poder del empleador y representan un obstáculo contra la flexibilización de las condiciones de trabajo mediante negociación colectiva.

El empleador debe atenerse a la concreción de los valores que el Derecho del Trabajo pretende realizar, encontrando sus límites en la dignidad del ser humano, siendo quien detenta el poder directivo y disciplinario. También es de su competencia proporcionar condiciones que garanticen el bienestar físico y mental del trabajador, debiendo eliminar todos los excesos.

En el desarrollo de los ideales de la Revolución Francesa (libertad, igualdad y fraternidad), se buscó, al inicio, el florecimiento de la libertad, que es un tipo de derecho opuesto al Estado (derecho fundamental de primera dimensión). Después siguió la lucha por la igualdad (derecho fundamental de segunda dimensión), que consiste en el derecho a la prestación del Estado con relación al trabajo, a la seguridad y a la asistencia social.

El contenido básico del contrato de trabajo, por ser institucional, no depende de la voluntad de los contratantes. Por consiguiente, se concluye que la función primordial del Derecho del Trabajo también es tutelar ya que su legislación, que hace un frecuente uso de los vocablos “tutela y protección”, representa uno de los instrumentos de intervención del Estado en beneficio de todos los trabajadores.

En la relación de trabajo, el empleador debe remunerar al empleado por los servicios prestados, tratándole con el respeto y dignidad inherentes a la buena fe. Al empleado, a su vez, le corresponde el deber de colaborar diligentemente, de ser obediente y leal, así como de acatar, respetar y cumplir las normas internas. Por lo tanto, el empleador posee, con relación a sus empleados, un derecho potestativo de organizar, dirigir y controlar su empresa, derivado de una relación de subordinación (relación de trabajo).

Del poder organizativo derivan otras dos competencias, tales como el poder de control, que permite al empleador verificar el cumplimiento de la prestación laboral y, el poder disciplinario que se traduce en la prerrogativa de punir los trabajadores que se alejen del objeto contratado.

Se trata (poder de dirección) de la prerrogativa de organizar la estructura de la empresa (determinar el número de empleados, cargos, funciones, reglamento), controlar la conducta de los empleados y punir a aquéllos que se alejan de sus obligaciones (advertir, suspender,

despedir), con el fin de preservar el ambiente de trabajo y maximizar los resultados. También hay que preservar su derecho a la propiedad (defensa del patrimonio), del desarrollo de su actividad económica, a la recepción de la prestación concordada contractualmente con el empleado y al mantenimiento de la disciplina en su empresa.

El principal objetivo del poder de dirección es garantizar la buena marcha de la iniciativa, lo que es importante en el ámbito económico (desarrollo de la actividad) y en el ámbito social (generación de empleos y renta), tanto que la fiscalización del trabajo es considerada, además de un derecho, una función del empleador.

Sin embargo, el poder de dirección no es absoluto como tampoco lo son los derechos de personalidad. Con el pretexto de punir al empleado que comete una infracción, el empleador no puede imponer, a su antojo, penas tales como traslados, rebajamiento, "lista negra", multas, reducción salarial, supresión de beneficios, etc.

El poder directivo utilizado de forma abusiva (más de lo que es necesario para garantizar la buena marcha del negocio) viola el derecho de los empleados y es fuertemente sancionado por la jurisprudencia patria.

Como el poder de dirección tiene el objetivo de permitir la perfecta consecución de los negocios empresariales, mediante el mismo, el empleador intentará hacer que los empleados trabajen el máximo de tiempo posible, sin desperdicios y sin generar perjuicios para la empresa. Por lo tanto, se llevan a cabo medidas de fiscalización y control que, además, son inherentes a las más antiguas relaciones de trabajo en las que el propio empleador – o controlador contratado para este fin – se quedaba, personalmente, verificando el trabajo de los empleados.

Por ello, en ocasiones el empleado puede ver su privacidad o su intimidad limitada en parte, lo que es considerado como normal tanto por

la doctrina como por la jurisprudencia, ya que los derechos de personalidad no son absolutos.

Como hemos visto, el poder de dirección de la empresa y los derechos de personalidad de los empleados son derechos que necesariamente colisionan. Ambos son legítimos y deben ser ejercidos, pero es preciso buscar un punto de equilibrio en las situaciones críticas para evitar abusos con relación a los empleados y preservar el legítimo ejercicio del derecho del empleador.

En efecto, la relación de trabajo es, en su base, una relación de confianza. Así, el empleador no puede, bajo pretexto de ejercer su poder de dirección, partir siempre de la premisa de que el empleado es deshonesto y está cometiendo infracciones, y utilizar métodos rígidos de control y fiscalización sin la razón concreta para eso.

Debe existir una ponderación de los intereses, principios y valores implicados en el mantenimiento de estos derechos para saber hasta dónde puede llegar el poder de dirección del empleador para restringir el derecho de personalidad de los empleados.

Establecida la confrontación entre los derechos, se deben buscar reglas de compatibilización que tengan como objetivo la máxima observancia y la mínima restricción de los mismos. En estos casos, el juicio de ponderación debe efectuarse teniendo en consideración los principios de la unidad y de la concordancia práctica de la Constitución, así como el de la proporcionalidad, de manera que todos los conflictos puedan resolverse.

Para la solución de la controversia es necesaria la verificación del caso concreto respetando siempre la dignidad de la persona humana.

Alain Supiot apunta que "la técnica del sistema probatorio debe permitir adaptar, en el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, las

nuevas formas de ejercicio del poder de la empresa, evitando una definición restrictiva de la subordinación basada en un solo criterio.”

El análisis del acoso moral en el trabajo, bajo la óptica de los derechos humanos y fundamentales y de la dignidad de la persona humana, es relevante dada la amplitud de las consecuencias de esa práctica que va más allá de cada conflicto analizado individualmente en la Justicia del Trabajo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 introdujo una concepción contemporánea de derechos humanos, especialmente caracterizada por la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de estos derechos.

La Carta Magna dio fuerza jurídica al trabajo, convirtiéndolo en el vector interpretativo del orden económico y social. Al consagrarlo como un derecho fundamental, hizo al Estado responsable de la tarea de promover medidas que concreten sus ideales. No es una mera norma programática sino que debe tener carácter y fuerza vinculante inmediata para el Estado. Además, en relación a la responsabilidad, puede reclamarse al Estado la promoción de este derecho fundamental.

El acoso moral es un fenómeno destructivo del entorno laboral y, por consiguiente, de los derechos humanos y fundamentales. Hay una conexión entre el acoso moral y los principios de libertad, igualdad y fraternidad.

La relación entre la libertad y el acoso moral en el trabajo se pone de manifiesto en la medida en que las conductas que lo caracterizan fomentan el abuso de poder, restan autonomía y, en consecuencia, merman la dignidad del prestador de servicios. Se hace necesario, por lo tanto, el establecimiento de límites y connotaciones para el ejercicio del poder de dirección, siempre en consonancia con los derechos fundamentales de libertad y de personalidad del empleado. La práctica del

acoso moral por parte de las empresas no puede considerarse como una consecuencia natural, o incluso necesaria, de las leyes del mercado económico competitivo y globalizado. Entenderlo así equivale a aceptar la violación de los derechos fundamentales centralizados en la dignidad de la persona humana, contraviniendo la idea actual de Estado Democrático de Derecho.

En el mismo sentido, la conexión entre el acoso moral y los derechos de igualdad demuestra la necesidad de luchar contra el fenómeno del acoso moral, dado su carácter eminentemente discriminatorio.

La fraternidad, entendida como máximo ideal humanitario, es capaz de inspirar las relaciones jurídicas que actúan en el campo del Derecho del Trabajo, concretamente la apreciación de las demandas cuyos conflictos son consecuencia del acoso moral en el trabajo. Creemos que la interpretación del Derecho a la luz del pensamiento fraterno puede promover la concreción de los derechos fundamentales y la promoción de la dignidad de la persona humana, en una proporción que sirva de soporte para comprender la obligatoriedad de las conductas éticas en todas las relaciones jurídicas privadas. En esta línea de razonamiento, la búsqueda del equilibrio en la relación existente entre el trabajo y el capital exige que el Derecho vincule al empleador a la observancia efectiva de los derechos fundamentales, que impone el ejercicio de comportamientos dotados de respeto recíproco entre los seres humanos que protagonizan el escenario laboral.

En la post-Modernidad asistimos a modificaciones en todos los segmentos de la sociedad, incluso en el Derecho y, especialmente en los derechos individuales –en que se insertan los derechos de la personalidad–, que se construyen y evolucionan en la convivencia familiar, en las escuelas, en los clubes, en los barrios, en el trabajo y, finalmente, en la sociedad como un núcleo cultural mayor. En este

proceso de aculturación se forman los sentimientos y el modo de ser de las personas, de donde deriva la sensibilidad que se manifiesta en las conductas individuales y en los comportamientos colectivos.

El ser humano es único y sus vivencias dan lugar a su personalidad y a su conducta. De ahí la necesidad de reconocer el valor de la integridad que coloca al hombre como sujeto de derechos y obligaciones, y la necesidad de establecer los medios para prevenir, reparar y punir la eventual violación de estos derechos.

En la convivencia humana se producen incertidumbres y riesgos, especialmente ante situaciones con altas probabilidades de producirse. Se aumenta así el descontrol individual y social porque la convivencia pacífica empieza a ser perturbada por estos factores, y el escenario se vuelve propicio para la aparición del daño ya que falta el mecanismo de control.

En el contexto social acabamos encontrando a los incluidos y a los excluidos. Aquí se desarrollan los daños económicos y extraeconómicos. Algunos son considerados invisibles, como la pérdida de la estabilidad en el empleo, generadora de incertidumbres, y la pérdida de la calidad de vida, que va deteriorando al ser humano causando daños de toda especie tanto al trabajador como a su familia. Otros son daños considerados visibles, como los ocasionados por la pérdida de empleo y la imposibilidad de reintegrarse en la actividad funcional.

Los cambios en la personalidad afectan a la capacidad, el talento o la creatividad de la persona, transformándola en algo destructivo y no constructivo.

Dado el número de comportamientos capaces de generar ese tipo de violencia psíquica (el acoso moral), se puede afirmar que ninguna empresa y ninguno de sus integrantes están exentos del riesgo de incurrir en esta práctica reprobable. Para contener esta conducta lamentable es

preciso dejar claro en la legislación, para todos los miembros de una empresa u órgano público, independientemente de su jerarquía, que sus acciones tienen como límite las normas de comportamiento ético respetando la dignidad de la persona humana. Y esto debe aplicarse con relación a todas las personas.

Mobbing es el término que se hizo común en Europa para describir el comportamiento traducido en la intimidación en el trabajo, conocido como *bullyng* en Inglaterra y en Estados Unidos, como acoso moral o psicológico en los países de idioma español, y como acoso moral en portugués.

Mobbing o acoso moral es una “guerra de nervios”, constituyéndose en una “persecución frecuente, repetida y sistemática”. Mucho más que unas provocaciones en el lugar de trabajo (sarcasmo, crítica, burlas y novatadas), es un conjunto de terror psicológico, intentando hacer de la víctima una persona rechazada.

Las tácticas de acoso van desde el simple rechazo hasta la lesión delictiva. El empleado apuntado es sometido a la difamación, a un encadenamiento de burlas, a una conducta agresiva y a un trato frío e impersonal. Dentro de este cuadro, con frecuencia algunas víctimas son escogidas para hacer las tareas más desagradables, las que nadie quiere ejecutar, o reciben, deliberadamente, trabajos excesivos, sabotean sus esfuerzos para trabajar productivamente, no les proporcionan –o retienen– las informaciones necesarias para el desarrollo de su actividad, reciben apodos peyorativos, sufren aislamiento, son objeto de comentarios despectivos, etc.

Frecuentemente, el acoso parte de la conspiración de varios compañeros de trabajo, aunque a veces sea practicado por una sola persona. De ahí que la palabra *mobbing* –acorrallar en grupo– se haya mostrado, por su significado, la más apropiada para designar el

fenómeno, puesto que indica que un grupo de personas ejerce presión sobre la víctima, insultándola o atacándola intencionalmente.

Por regla general, el acoso moral se produce con el consentimiento del jefe que tiene una participación activa en el caso y, frecuentemente, el único intimidador es el propio superior jerárquico, o incluso el empleador.

Las víctimas sufren graves problemas de salud, presentando muchas veces depresión, insomnio y crisis de pánico como efecto de la intimidación, que se refleja incluso fuera del lugar de trabajo. La autoestima del trabajador acosado se desgasta, llevándolo a precisar un tratamiento médico o incluso que se le interne.

Independientemente de la profesión ejercida, cualquier persona puede ser víctima de acoso moral; no existe un modelo exclusivo para la especie. Cualquier empleado, durante la relación de trabajo, puede ser acosado, probablemente por destacarse a través de un diferenciamiento profesional, físico o psicológico.

La víctima del acoso se siente agredida en su dignidad y pierde la autoestima, puesto que aquél que le acosa actúa con frecuencia con agresividad, de forma cínica e implacable, imposibilitando una reacción suficiente para alejar las circunstancias, minando la salud física y mental del empleado, dejándole separado y desconectado. La situación ocasiona un sufrimiento físico y mental, lleva a la enfermedad y hasta la muerte, y se traduce en un fenómeno presente en la vida actual de los trabajadores que hiere frontalmente su dignidad, afectándoles también en el patrimonio material.

El patrimonio humano está constituido de bienes patrimoniales, tangibles, que pueden ser aquilatados de forma económica, y, también, por una parte incorpórea, intangible, formada por sentimientos como honor, autoestima, pudor y personalidad. Por ello, es competencia del Derecho reparar todo tipo de lesión, ya sea de tipo material o incorpóreo,

con respecto al trabajador lesionado por acoso moral, asegurándole la tutela jurisdiccional. La Carta Magna de 1988 garantiza la dignidad como un derecho fundamental de todos los brasileños.

Sin embargo, no siempre es el empleador quien realiza el acoso moral, pudiendo ser el mismo acoso cometido por un superior jerárquico (acoso vertical) o, también, por los propios colegas de trabajo (acoso horizontal).

En los últimos años, el acoso moral ha sido objeto de gran atención por parte de la Sociología, la Medicina del Trabajo y también de los juristas, debido al aumento de su incidencia y a las consecuencias maléficas que ha provocado.

En la actualidad hay un elevado número de trabajadores que sufren la angustia de una depresión, la humillación de sufrir sin poder defenderse, porque el hecho de tener un empleo en una sociedad neoliberal les prohíbe manifestarse por no formar parte de este grupo de desempleados que caminan sin esperanzas, sabiendo que son “descartables” porque existen muchos más esperando su lugar.

Algunos países europeos están ya en estado de alerta ante la situación que se ha transformado en el fenómeno más nuevo del siglo XXI. En algunos países el acoso moral es considerado un delito.

En Brasil, aunque oficialmente no existen estadísticas, se calcula que un 33% de los trabajadores son víctimas de violencia psicológica.

A partir de 2000 se han ido conociendo y tratando casos. Se confía en que cada vez más estas situaciones humillantes y vejatorias en el lugar de trabajo, formen parte del pasado y nunca más de un futuro que denigre lo que nuestro país ha apoyado siempre.

Se observa que la competitividad desenfrenada en el mercado laboral, la exigencia de cumplimiento de metas sin buen sentido o racionalidad, el individualismo exacerbado que deja para un segundo plano el trabajo en equipo, ha desencadenado, lamentablemente, un proceso de desajuste en la vida de los trabajadores, repercutiendo en su calidad de vida, en su salud física y mental y, en definitiva, en su trabajo.

Los desajustes y los perjuicios causados al trabajador por causa del acoso moral que se produce en el entorno laboral son susceptibles de indemnización por daños patrimoniales y/o morales sufridos.

Hay responsabilidad civil del empleador por el acoso moral desarrollado en el entorno laboral, que ha sido objeto de la presente investigación, concretamente en lo que se refiere a los daños morales.

El acoso moral en el trabajo es una realidad que viene aumentando a lo largo de los años. Las consecuencias de este fenómeno para la víctima son nefastas, pudiendo llevarla a sufrir desde trastornos de salud física y mental hasta la práctica del suicidio. El empleador es responsable civilmente de la reparación de los daños morales individuales y también colectivos de los cuales resulten víctimas sus empleados.

Para resolver este grave problema que ha asolado la sociedad, principalmente a los trabajadores, no basta con el resarcimiento por daños morales sufridos sino que se hace necesaria la regulación específica en el ordenamiento jurídico con respecto al instituto del “acoso moral” y la concienciación de la sociedad en cuanto a la importancia de la salud del trabajador, que representa uno de los valores inherentes a la dignidad de la persona humana.

La distinción entre acoso moral y acoso sexual es que, en este último, el fin anhelado por el agresor es el favoritismo sexual, en cuanto en el primero el objetivo es humillar y disminuir su autoestima.

El acoso moral, es decir, la exposición prolongada y repetitiva del trabajador a situaciones humillantes y vejatorias en el trabajo, atenta contra su dignidad e integridad psíquica o física, de modo que es indemnizable, en el plano patrimonial y moral, además de que permite la resolución del contrato.

El acoso sexual es la práctica de conducta de índole sexual, no deseada, que atenta contra la dignidad personal y la libertad individual del acosado y conlleva, por consiguiente, unos efectos negativos en la ejecución del trabajo y en el entorno laboral. El acoso sexual puede ser clasificado como acoso por chantaje o acoso por intimidación. Además de las sanciones civiles y penales, el acoso genera efectos en la relación laboral, que pueden ser la justa causa para la extinción del contrato de trabajo o la rescisión indirecta del pacto laboral, dependiendo de quién sea el sujeto acosador.

Ambas formas de acoso deben ser repudiadas por el Derecho, ya que atentan contra la dignidad de la persona humana, y ésta debe ser preservada encima de todo, además de ser un principio sobre el cual se fundamentan los ordenamientos democráticos modernos.

El acoso moral atenta contra su dignidad e integridad psíquica o física, de modo que es indemnizable, en el plano patrimonial y moral, además de permitir la resolución del contrato (“rescisión indirecta”), la baja por enfermedad de trabajo y, finalmente, cuando se produzca la dimisión o el despido del trabajador, su deber de readmitir en el empleo por nulidad absoluta del acto jurídico.

En este sentido, y ante el preocupante cuadro que se observa hoy en día en el mundo laboral –recordemos que Brasil figura entre los récords mundiales en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –, resulta imprescindible acudir al Poder Judicial para que el mismo pueda dirimir todas las controversias que surjan derivadas del tema.

Se suele acudir con frecuencia al Poder Judicial para solucionar cuestiones relacionadas con el entorno laboral y, por regla general, los operadores del derecho han encontrado impecables algunas decisiones que tratan de alejar al trabajador de situaciones que causen perjuicio a su salud física y mental.

En esta Tesis Doctoral hemos pretendido profundizar en la posibilidad de que el ordenamiento jurídico brasileño resulte competente en el ámbito de la Justicia del Trabajo para juzgar las acciones que versen sobre el daño moral, teniendo como objetivo el de proporcionar un mayor beneficio al trabajador al que se le violaron sus derechos, para solucionar los conflictos relativos a su contrato de trabajo y, en el caso de que se hubiera causado un daño provocado, los criterios que deberían adoptarse para la mensuración de este daño.

Al configurar los derechos de la personalidad como derechos innatos y esenciales para la realización de la persona y su dignidad, no está claro en qué situaciones es posible defender la indemnización por daños morales puesto que cuando se producen, los derechos de la personalidad surgen asociados a otros derechos que se violaron, incluso aunque no resulten tan visibles. En estas hipótesis se incluyen a los que afectan a la vida, o la libertad, o la integridad física, o la integridad psíquica, o la reputación, o la privacidad, o la identidad personal u otros derechos de igual naturaleza.

En cuanto a la relación de la reparación por daños morales, la Carta Magna brasileña retrata fielmente los derechos y las garantías fundamentales de la persona humana, además de asegurarle la dignidad y los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa. Considerando el honor y la dignidad, se debe tener en consideración que todos son trabajadores, susceptibles a alguna forma de daño moral ya que están sujetos a la relación de subordinación frente al empleador. En virtud de

las disposiciones constitucionales, podemos afirmar que el daño moral siempre será susceptible de reparación.

La reparación por daño moral constituye un tema de debate que va mucho más allá del simple derecho de la reparación y que abarca principalmente la competencia para juzgar tales acciones. Debido a las interpretaciones realizadas in base al artículo 114 de la Constitución Federal, la Justicia Laboral se encontró con la cuestión del daño moral en la relación de empleo.

En lo que se refiere a la mensuración del daño moral, para que se pudiese analizar esta cuestión, hemos partido de los conceptos de daño moral y sus límites para, posteriormente, entrar en los criterios de la fijación del daño moral. Se asegura el derecho a la indemnización por el daño material o moral debido a la violación de los derechos de la personalidad. Para fijar la indemnización hay que tomar en consideración la condición del agresor y de la víctima, de manera que, aun pudiendo ser pagada por aquél, implique un gasto sustancial en relación a su patrimonio.

A lo largo del capítulo quinto se ha podido observar que los criterios adoptados para establecer la proporción adecuada del resarcimiento debido al trabajador o lesionado son análogos en relación a la Justicia del Trabajo. En esta investigación hemos constatado la disparidad de los juzgados a la hora de cuantificar de diferentes modos casos semejantes. De ahí cabe deducir la insuficiencia de criterios que sirven como base para el prudente arbitrio del juez.

Algunos estudiosos han establecido unas pautas para que se pudiera llegar a un denominador común con respecto a la tarificación del daño. Sin embargo, las dificultades de dar un valor correcto son mayores de lo que se piensa, puesto que es preciso que el juez tenga en consideración toda la subjetividad del caso en cuestión. Sin duda, el

hecho más importante es el restablecimiento del lesionado al *status quo ante*, lo cual ya no será posible.

La reparación, además de asumir un papel fundamental de resarcimiento, también asume una función de prevención. Para que se pueda tener una idea mas amplia de la mensuración del daño moral, se concluye a lo largo de esta investigación que casos semejantes, dependiendo del lugar donde son juzgados, pueden tener cuantificaciones bien diferentes, lo que demuestra, en la práctica, que no hay homogeneidad en el valor que se pretende reparar. En la esfera Laboral, la cuantificación del daño moral también sufre variaciones dependiendo del lugar donde se esté juzgando la reclamación, puesto que el trabajador lesionado no siempre es resarcido de manera satisfactoria. En este contexto, también existen criterios y diferencias en las cuantificaciones del daño. Sin embargo, dada la escasa doctrina laboral, la determinación del *quantum* en la indemnización laboral resulta perjudicada.

En lo que se refiere a la Justicia del Trabajo, hay casos en que el trabajador, cuando se le concede un importe alto como consecuencia de su reclamación laboral, en el caso de que el juez verifique que el trabajador se encuentra en una situación socioeconómica estable y que el valor de la indemnización es muy alto, podría llegar á menospreciar el daño sufrido por el empleado y, según su libre convencimiento, acabar atribuyéndole un valor inferior al que sería el justo.

La Justicia del Trabajo carece de preceptos que ayuden tanto al juez como al abogado a cuantificar el daño moral. A falta de parámetros objetivos para fijar el *quantum*, los Tribunales, en atención a sus finalidades, deberán arbitrarlo dentro de los principios mencionados, considerando el gravamen en relación al todo, atendiendo a factores tales como la gravedad del daño, la extensión del daño, la reincidencia del ofensor, la posición profesional y social del ofendido, la condición financiera del ofensor y la condición financiera del ofendido.

Es preciso que existan pruebas más concretas para elucidar el caso y que evidencien lo sucedido de manera clara y rápida, para revertir la gran disparidad entre los juzgados que establecen el valor del daño moral.

Por lo tanto, el daño moral remite la violación del deber de abstención a un derecho absoluto de naturaleza no patrimonial. Derecho absoluto significa que es oponible a todos, generando una pretensión para el deber pasivo universal. Derechos absolutos de naturaleza no patrimonial, en el ámbito civil, para fines de los daños morales, son exclusivamente los derechos de la personalidad. Fuera de los derechos de la personalidad se consideran sólo los daños materiales.

Dada su visceral interdependencia con los derechos de la personalidad, los daños morales nunca se presentan como reparación, puesto que la lesión al derecho de la personalidad no puede ser medida económicamente, tal como sucede con los demás derechos subjetivos. Por eso, la indemnización tiene una función compensatoria que no puede ser simbólica y para que la compensación sea efectiva y produzca un impacto negativo en el que provoca la lesión, no debe ser excesiva para no conducir al enriquecimiento sin causa del lesionado. La Constitución establece, en el inciso V del artículo 5º, que el daño moral sea “proporcional al agravo”. Hay quien ve en este precepto el fundamento de la función no sólo compensatoria, sino también punitiva. El juez debe valerse del principio de la proporcionalidad, teniendo en cuenta que los derechos afectados son mucho más valiosos que los bienes y los intereses económicos, cuya lesión da lugar a la restitución.

Como síntesis del desarrollo de la presente investigación, vamos a presentar las principales conclusiones con respecto a la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales sociales en un Estado Democrático de Derecho.

Bajo la óptica de la eficacia vertical, es competencia del Estado promover la defensa y la protección del derecho a la seguridad de los trabajadores en todas sus dimensiones. En la perspectiva de la eficacia horizontal, la promoción de los derechos fundamentales es también responsabilidad de los particulares, especialmente cuando éstos actúan, en las relaciones jurídicas que se establecen con otros particulares, con supremacía de poder, que se pone de manifiesto en las relaciones entre capital y trabajo.

Cuanto mayor sea el poder del empleador en la relación laboral, mayor será su responsabilidad en lo que se refiere a la responsabilidad por las lesiones sufridas por sus empleados en sus derechos fundamentales como resultado de la relación laboral.

Con la aparición del Estado social, cuya característica peculiar es la inserción de los derechos sociales en las Constituciones, surge la llamada teoría del estatus positivo, según la cual el Estado, además de proteger los derechos (libertades) individuales, comienza a actuar positivamente para la realización de los derechos sociales, ya sea interfiriendo en las relaciones entre los particulares (dirigismo contractual), ya sea actuando directamente por medio de las prestaciones estatales positivas. Por consiguiente, el Estado social comienza a promover, directamente las prestaciones de servicios mediante políticas públicas para la realización de los derechos, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la asistencia social, al ocio, a la cultura, etc. Por lo tanto, los derechos sociales empiezan a ser exigibles ante los Poderes del Estado, incluso del Judicial.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, también llamada eficacia de los derechos fundamentales entre terceros o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, deriva del reconocimiento de que las desigualdades estructurales no se sitúan sólo en la relación entre el Estado y los particulares, sino también entre los

propios particulares, lo que comienza a estimular una nueva forma de pensar entre los estudiosos de la Ciencia Jurídica con respecto a la aplicabilidad de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre los particulares.

En el marco de las relaciones de trabajo, concretamente en los lugares de la relación laboral, nos parece que no hay duda con respecto a la relevancia del estudio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, especialmente en función del poder laboral (disciplinario, directivo y reglamentario) reconocido al empleador, el cual, por esta relación asimétrica, comienza a tener unos deberes fundamentales con relación a sus empleados.

Hay dos teorías que se ocupan de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales: la teoría de la eficacia indirecta o mediata y la teoría de la eficacia directa o inmediata.

Para la teoría de la eficacia indirecta o mediata, los derechos fundamentales se analizan bajo la perspectiva de dos dimensiones: a) dimensión negativa o prohibitiva, que prohíbe al legislador promulgar una ley que viole los derechos fundamentales; b) dimensión positiva, que impone al legislador el deber de implementar los derechos fundamentales, ponderando, sin embargo, cuáles deban de aplicarse a las relaciones privadas.

En los términos de la propuesta de la teoría de la eficacia directa o inmediata, como el propio nombre sugiere, algunos derechos fundamentales pueden aplicarse directamente a las relaciones privadas, es decir, sin la necesidad de una intervención legislativa.

Como las relaciones de trabajo subordinado están marcadas por la desigualdad entre los particulares – por un lado el empleador, que detenta el poder laboral (económico, reglamentario, directivo y disciplinario) y, por

el otro el empleado, hiposuficiente y vulnerable –, consideramos que no puede negarse la plena aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

En la aplicación de la teoría de la eficacia horizontal, el juez podrá encontrarse con la inevitable colisión de los derechos fundamentales tales como el principio de la autonomía de la voluntad privada y de la libre iniciativa, por un lado (Constitución Federal, Art. 1º, IV, y 170, caput) y el de la dignidad de la persona humana y de la máxima efectividad de los derechos fundamentales (Art. 1º, III) por otro. Ante esta colisión, resulta indispensable la ponderación de los intereses a la luz de la razonabilidad y de la concordancia práctica o de su armonización. Si no fuera posible la armonización, el Poder Judicial deberá valorar qué interés deberá prevalecer.

Como ejemplo, podemos citar el derecho de los empleados a la indemnización por daños morales y materiales derivados de un acoso moral o sexual (Constitución Federal, Art. 1º y 5º, X). En este caso, la lesión a un derecho fundamental (y de la personalidad) ya que ha sido llevada a cabo por el empleador, es competencia del mismo y no del Estado, el deber de reparar los daños morales y materiales sufridos por el trabajador.

Como otros ejemplos, cabe citar el derecho del empleado al reintegro o indemnización por motivo de discriminación de raza, sexo, edad, religión, etc. Llevado a cabo directamente por el empleador en el ámbito laboral (Constitución Federal, Art. 1º, 3º, IV, 5º, X); el derecho de los trabajadores a la sana calidad de vida en su ambiente de trabajo (Constitución Federal, Art. 1º, III y IV, 5º, XXIII, 7º, XXII, 200, VIII, y 225).

En todos estos casos, se justifica fácilmente la adopción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales para responsabilizar directamente a la parte que detenta el poder en la relación laboral.

Hay, sin embargo, situaciones que se sitúan en una línea gris para la aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad del empleador (portador de valores) por daños físicos o psíquicos sufridos por el empleado derivados de un ataque producido en el vehículo (vehículo blindado) del empresario que lleva dinero en efectivo. En este caso, hay colisión de derechos fundamentales del empleador y del empleado, ya que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a la protección de todas las personas, físicas o jurídicas (Constitución Federal, Art. 5º, caput) En esta hipótesis se verifica, por un lado, el derecho del empleador a la seguridad de su patrimonio (propiedad) oponible al Estado, y por otro, el derecho del empleado a su seguridad personal, también oponible al Estado. Sin embargo, si el empleado presenta una acción frente al empleador y reclama una reparación por daños morales y materiales derivados del ataque sufrido en el vehículo blindado de la empresa, el juez analizará el caso concreto y, en función de los principios de la razonabilidad o de la proporcionalidad, escogerá entre dos bienes jurídicamente protegidos aquél de mayor valor: ¿la incolumidad física y psíquica del ciudadano trabajador o el patrimonio del empleador? En el caso en cuestión, el primero, por estar vinculado más fuertemente al principio de la dignidad de la persona humana, debe prevalecer sobre el segundo, que está vinculado al derecho de propiedad, ya que este tiene un sentido relativo en la medida en que la propiedad debe tener un fin social.

Conviene destacar, sin embargo, que en algunos juzgados los tribunales laborales vienen solucionando tales casos en base al derecho infraconstitucional; es decir, a la luz de la teoría de la responsabilidad (objetiva o subjetiva) del empleador; en consecuencia, absuelven a los empleadores bajo el fundamento de que la responsabilidad por la seguridad, *in casu*, es del Estado.

A nuestro parecer, sin embargo, la solución que más se armoniza con la máxima efectividad de los derechos fundamentales es la que adopta la eficacia horizontal de tales derechos. Es decir, no nos parece constitucionalmente correcto adoptar una interpretación meramente gramatical del enunciado normativo previsto únicamente en un inciso (Constitución Federal, Art. 7º, XXVIII) y olvidar otros incisos y el propio encabezamiento del artículo en el cual se encuentra insertado (Constitución Federal, Art. 7º, caput, XXII), además de otras disposiciones contenidas en la propia Carta de la República. En otros términos, a la luz de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, no se puede adoptar exclusivamente la teoría de la responsabilidad subjetiva del empleador en relación a la seguridad y a la salud de los trabajadores cuando, en el propio Texto Constitucional, está contemplada tal responsabilización de modo objetivo.

Sin embargo, en virtud del fenómeno de la constitucionalización de todo el Derecho patrio, es el Derecho del Trabajo el que debe ser interpretado a la luz del Derecho Constitucional. La hermenéutica constitucional, pues, debe de ser observada en todas las ramas del Derecho, especialmente en el Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta que los derechos sociales de los trabajadores integran el catálogo de los derechos fundamentales consagrados en el Texto Constitucional.

En algunas situaciones, la actuación patronal extrapola los límites de lo razonable, de lo aceptable y de lo necesario para el desarrollo de las actividades empresariales. En esta perspectiva, los derechos fundamentales del trabajador asumen una incontestable importancia, si bien actúan como un contrapeso al poder empresarial, limitando la pérdida de las libertades del empleado y facilitando la conciliación de los intereses en conflicto.

Resulta evidente que las tendencias de flexibilización y desregulación provocaron profundas transformaciones en el Derecho del Trabajo como la de una disminución de las normas de origen estatal.

En este nuevo escenario, el Estado asumió un nuevo papel en las relaciones laborales y facilitó una mayor participación de los sindicatos, observándose una disminución de las normas estatales y un aumento de las normas derivadas de los convenios colectivos.

El empleado tiene derecho a obedecer una orden ilegal o contraria a su persona o a sus derechos. No puede defenderse el acatamiento obligatorio de una orden ilícita; al contrario, el derecho de resistencia es un medio de preservar la libertad y la dignidad del trabajador.

En cierto modo, el derecho de resistencia, relacionado con el poder disciplinario, no sólo sirve de límite o barrera natural al *ius variandi* sino que también, por eso mismo, ayuda a legitimarlo.

La norma constitucional de que "nadie podrá ser obligado a hacer o abstenerse de hacer algo, sino sólo en virtud de la ley" (Art. 5ª de la Constitución de la República de Brasil de 1988) no sólo se refiere a la autoridad pública sino también a los particulares. La extensión de la incidencia de esta norma constitucional se pone de manifiesto en el fenómeno de la horizontalización de los derechos fundamentales. Por consiguiente, entre estos particulares estará, incuestionablemente, el empleador.

A priori, puede afirmarse que cuando el empleador da una orden ilícita, viola un derecho fundamental del empleado. Sin embargo, el poder directivo no se reduce a dar órdenes, sino que los derechos fundamentales, obviamente, no son únicamente los establecidos en el inciso II del artículo 5º de la Constitución Federal. Prácticamente todos los

derechos laborales son derechos fundamentales; por lo tanto, cuando el empleador se exceda en sus límites, probablemente violará uno de ellos.

Además, la Constitución de la República, en su conjunto de reglas, establece normas que se preocupan por garantizar los derechos fundamentales y su plena eficacia. Entre ellas cabe citar el § 1º del propio artículo 5º de la Constitución: “Las normas que definen los derechos y las garantías fundamentales tienen aplicación inmediata.”

El contrato laboral se basa en una situación asimétrica resultante de la subordinación del trabajador y del poder de mando del empresario que, organizando el trabajo, incide sobre la esfera personal del empleado, afectándola como cuando se fija su día de descanso, cuando se establece su forma de vestir, etc. Por lo tanto, el poder directivo empresarial, en su función ordenadora de la prestación laboral, es un instrumento de gran relevancia para, por acción u omisión, ignorar o lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Si bien resulta incuestionable que algunas acciones empresariales puede que no sean las más respetuosas para los derechos fundamentales del empleado, puede que sea consecuencia de que estas acciones estén legitimadas por la normativa constitucional que protege el derecho de propiedad y la libre iniciativa. En muchas situaciones se puede estar frente a un conflicto jurídico entre privados donde ambos gozan de la protección de los derechos fundamentales. Por eso, es indispensable que los derechos del trabajador se establezcan claramente en el contrato de trabajo.

El conflicto entre los derechos del empleador y del empleado, que se puede verificar tanto a nivel de reglas como en el de los principios, generalmente se soluciona mediante la aplicación del principio de proporcionalidad y por un criterio de ponderación, en el sentido de que los derechos fundamentales del trabajador sólo pueden sufrir limitaciones o

restricciones si las mismas son proporcionales o cuando resulten imprescindibles.

Por lo tanto, como es preciso delimitar el ámbito del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales del empleado (constitucionalmente protegido frente al poder directivo del empleador), así como delimitar la legitimidad de este poder patronal, es de suma importancia la aplicación del principio de proporcionalidad al caso concreto, siempre en la búsqueda del equilibrio de la relación laboral.

Además de recurrir al principio de la proporcionalidad para establecer los límites recíprocos a los derechos fundamentales en el conflicto de empleados y empleadores, también se tomará en consideración la inmediata respuesta acompañada en su caso del derecho de resistencia para que el trabajador haga valer el respeto a sus derechos y restablezca el equilibrio en la relación laboral. También son necesarios mecanismos judiciales adecuados para poder acceder al Poder Judicial, asegurando un pronunciamiento jurisdiccional rápido.

En un sistema que se preocupa por dar efectividad a los derechos que consagra, especialmente a los derechos fundamentales de los trabajadores, es de suma importancia prohibir un acto (para poder prevenir) y no sólo reparar un daño cuando ya está hecho. Este sistema clásico, de naturaleza nítidamente patrimonialista, asocia el ilícito al daño, sin reflexionar que sería mejor que este acto no se hubiera producido. En otras palabras, la tutela preventiva sería la única capaz de impedir que los derechos no patrimoniales sean transformados en pecunia.

La tutela represiva, en lo que concierne a los derechos fundamentales, resulta casi siempre incapaz de restaurar el *status quo* ante la lesión, de modo que el titular del derecho disfrute su derecho como si la violación no hubiera existido. Por lo tanto, la tutela inhibitoria, establecida en el artículo 461 y siguientes párrafos del Código de

Procedimiento Civil, surgió como una forma de tutela específica del derecho, utilizada por el justo temor de una posible futura violación, destinada a impedir, de forma directa y principal, la violación del propio derecho material de la parte, pudiendo también prohibir la continuación o la repetición de un ilícito ya cometido.

La presente Tesis Doctoral ha permitido reflexionar acerca de los diversos temas relacionados con los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al poder directivo empresarial.

Partiendo de las premisas de que el proceso debe ser un instrumento para la tutela de los derechos, y que el Estado, al arrogarse para sí la jurisdicción, concede a los ciudadanos el derecho de exigir una protección adecuada y eficaz, es esencial el uso de técnicas procesales idóneas, capaces de atender a las nuevas situaciones en las que la lesión de los derechos fundamentales de carácter no patrimonial esté en juego, ya que la tutela condenatoria tradicional no cumple satisfactoriamente esta función. Estas situaciones son aún más evidentes en las relaciones laborales, donde el empleado cede una parte de sus libertades en la medida en que está sujeto al poder intraempresarial, que es inmediatamente ejecutivo y se supone legítimo.

Por lo tanto, la tutela inhibitoria, incorporada al ordenamiento jurídico a través del artículo 461 y de sus párrafos, del Código de Proceso Civil, asume una importancia fundamental para los trabajadores. Tal instrumento posee la capacidad de reducir los vacíos de tutela jurisdiccional laboral, permitiendo el uso de una acción autónoma dotada no sólo de la técnica preventiva, sino también de los medios ejecutivos propios, de procedimiento rápido, ya que no permite dilación probatoria de materias ajenas a su naturaleza, propiciando respuestas más oportunas a los derechos dirimidos en juicio.

Sin embargo, sostenemos que el uso aislado de los mecanismos mencionados no constituye una solución definitiva para la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores contra el ejercicio abusivo del poder directivo y disciplinario de su empleador.

La actuación del Poder Judicial del trabajo, del Ministerio Público del Trabajo y de las entidades sindicales de trabajadores, mediante la sustitución procesal, serían decisivamente fuertes aliados de los trabajadores en su lucha constante contra la pérdida y la lesión de sus derechos fundamentales frente al poder empresarial. Por ello, es esencial la intervención del Poder Judicial y de los profesionales del Derecho en la decisión inmediata que deberá declararse a favor de los empleados, para que se eviten futuros daños.

Por último, esta investigación puede servir de referencia, aunque sea incipiente, para colaborar con la práctica de mecanismos para la obtención de un mejor recurso, para la comprensión y aplicación de las garantías y principios constitucionales, que tutelan la dignidad de la persona humana, especialmente en los casos de colisión de derechos comúnmente presentes en las relaciones entre capital y trabajo.

Hay que intentar cambiar el estereotipo de antagonismo entre empleador y empleado, facilitando a los empleadores, a sus directivos y a las autoridades responsables, para que adopten unos mecanismos que tutelen a los individuos afectados por actos que denigran la dignidad del trabajador y que, valorando el trabajo como presupuesto de la dignidad humana, ayuden a lograr la paz social.

Guiados por estos ideales, para concluir, debemos afinar el principio de la OIT, al preconizar que sin justicia social no hay paz universal y permanente, haciendo hincapié en que la política de protección social es una condición indispensable para la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.

BIBLIOGRAFIA

AGRA BELMONTE, Alexandre. *Danos morais no Direito do Trabalho: identificação, tutela e reparação dos danos trabalhistas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V.2.

ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____; PASTORE, José. *Assédio sexual no trabalho: o que fazer?* São Paulo: Makron Books do Brasil, 1998.

ALENCAR RODRIGUES, Douglas. "O dano moral acidentário e a Justiça do Trabalho após a EC nº 45/2004". En: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coord.); et al. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. P.55-69.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traducción de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALGO sobre a empresa. *Temas de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, [s/d.].

ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidade de Madrid, 1980.

ALVES ANDRADE, Ronaldo. *Dano moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ALVES LAGE, Émerson José; LOPES, Mônica Sette. *Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e sua conseqüências*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

AMORIM ROBORTELLA, Luiz Carlos. "Assédio sexual e dano moral nas relações de trabalho". En: CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO, 3, Rio de Janeiro. *Anais*, Rio de Janeiro: IBCB - Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1997.

_____; PASTORE, José. *Assédio sexual no trabalho: O que fazer?* São Paulo: Makron Books do Brasil, 1998.

AQUINO ROCHA, Edgar. *Princípios de economia*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1993.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: exame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Novos aspectos da função social da propriedade". *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.84, p. 39-45, oct.-dic. 1987.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. V.3.

_____. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. "La huída del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización". En: ALÁRCON, M. R.; MIRÓN, Mar (Coords.). *El trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*. Madrid: Marcial Pars, 2000. p. 35-53.

_____. "La nueva posición de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones de trabajo españolas". *Contextos - Revista Crítica de Derecho Social*, Buenos Aires: Editores del Puerto, n.1, p.75-100, 1997.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. "El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad". *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v.59, n.1, 2014, p.145-178.

BENASSE, Paulo Roberto. *A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BERNARDES, Ernesto. "À beira de um ataque de nervos". *Veja*, São Paulo, n.8, p.92-99, 1997.

BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. _____. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. _____. 6.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

_____. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Traducción de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: EDUnB, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Do Direito Social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997-1998.

_____. _____. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência – Por uma nova Hermenêutica – Por uma nova repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Antonio. “Empresas perdem dinheiro com spam”. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 7 maio 2001.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1950.

_____. *Instituciones de Derecho Civil*. Rosário: Juris, 1997. V.2.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado”. En: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLAB, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Ed. Unesp, 1999. p.67-116.

BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. 2. versão, informatizada.

BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

BUENO MAGANO, Octavio. *Manual de Direito do Trabalho: Parte Geral*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: LTr / Universidade de São Paulo, 1980-1991.

_____. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Manual de Direito do Trabalho: Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1981. V.II.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABANELLAS, Guillermo. *Introducción al Derecho Laboral*. Buenos Aires: Bibliográfica Omega, 1960. V.1.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 30.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998-2000.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARDONE, Marly A. "A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho". *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.18, p.321-322, 2ª quinz. set. 1993.

CARDOSO BARZOTTO, Luciane. *Direitos Humanos e Trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARMO, Júlio Bernardo do. *O dano moral e sua reparação no âmbito do Direito Civil e do Trabalho*. 2.ed. Belo Horizonte: RTM, 1996.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. "Derecho a la intimidad e informática". *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, UNED, Mérida, Espanha, n.1, p.7-25, 1992. ISSN 1136-288X

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. _____. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Nova jurisprudência em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1990.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1960.

CASTILHA, Gustavo Ordoqui. "Pautas y criterios para la evaluación del daño a la persona". En: ITURRASPE, Jorge Mosset; [et al.]. *Daño a la persona*. Montevidéo: Ediciones del Foro, 1996.

CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/79*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. T. I.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. Tomo I.

- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. T. II e VII.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. T. I.
- _____. _____. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. T. VII: Parte Especial.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. _____. 7.ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAZEAUX, Pedro; TRIGO REPRESAS, Feliz. *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: Hauimurabi, 1995.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHAVES, Antonio. "Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.91, n.331, p.59-64, 1995.
- _____. "Direito à própria imagem". *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, a.68, v.240, Fasc. 832-833-834, p.36-45, out./nov./dez. 1972.
- _____. "Direitos da personalidade e dano moral". *Revista LTr*, São Paulo, v.59, n.3, p.342-347, mar. 1995.
- _____. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. *Tratado de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. V.1, T.1.
- _____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. V. III.
- CHAVES DE AZEVEDO, Jackson. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2.ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luiz. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. de 1/1982*. Barcelona: Bosch, 1996.
- CONGRESSO REGIONAL AMERICANO DE DIREITO DO TRABALHO E DE SEGURIDADE SOCIAL. *Anais...* Montreal, Canadá, Québec: Yvon Blais, 1995.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; FACHIN, Luiz Edson (Coord); *et al. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade: repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Comentários ao Código Penal: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 1988. V.2.

COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

COUTINHO DE ALMEIDA, Jorge. "Poder empresarial: fundamento, conteúdo, limites". Coimbra: Coimbra, 1990. Separata de *Temas de Direito do Trabalho* (IV Jornada Luso-Hispano-Brasileira de Direito do Trabalho).

COUTO MACIEL, José Alberto. "O trabalhador e o dano moral". *Síntese Trabalhista*, São Paulo, p.7-10, maio 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. V.1.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Madrid: Actualidad, 1995.

CRUXÊN GONÇALVES, Simone. *Limites do "Jus variandi" do empregador*. São Paulo: LTr, 1997.

CUIDADO: um ojo electrónico lo vigila! Trabajo. *Revista da OIT*, n.10, p.24-7, 1994.

CUNHA GONÇALVES, Luiz de. *Tratado de Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DABUS MALUF, Carlos Alberto. *Limites ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DECISIÓN publicada íntegramente por el *Jornal do Advogado*, São Paulo, Organização dos Advogados do Brasil – OAB, n.204, p.31-32, jul./ago. 1995.

DE CUPIS, Adriano. "Breve osservazioni sul riconoscimento e sulla legittimazione di figlio premorto". *Rivista di Diritti Civile*, Padova, CEDAM, v.2, p.13-31, 1976.

_____. *El daño*. Traducción de la 2.ed. italiana por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, n.10.

_____. *Os direitos da personalidade*. Traducción de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos de personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.99-124.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DEL REY GUANTER, Salvador. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. V.7.

_____. _____. V.1: Teoria Geral do Direito Civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. _____. V.1: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. _____. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V.2.

_____. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DONATO, Messias P. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A. *Proteção internacional dos Direitos Humanos: a tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DUVAL, Hermano. Filmagem e televisionamento de espetáculo público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.446, p.49-52, dez. 1952.

DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1994.

E-MAIL obsceno leva GM a demitir 33. *O Estado de São Paulo*, 23 maio 2002.

ESPÍNOLA BORGES, Ricardo Luiz. Da justa causa. In: DUARTE, Bento Herculano (Coord.). *Manual de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr, 1998.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito Penal*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V.1.

_____. *Novas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1993.

FABBRINI MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1996. V.2.

FARANO STACCHINI, Fernando. "Aspectos jurídicos do lixo eletrônico". *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 18 set. 2002.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro comentado*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1961. V. I e II.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. En: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción española de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1999.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Julgados trabalhistas selecionados*. São Paulo: LTr, 1999. V. VI.

FERREIRA CESARINO JÚNIOR, Antônio. *Direito Social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970.

FERREIRA PRUNES, José Luiz. "Poder empresarial; Fundamentos, conteúdo e limites". *Temas de Direito do Trabalho*; 4. Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra, 1990.

FINATI, Cláudio Roberto. "As relações de trabalho na era da informática". *Síntese Trabalhista*, São Paulo, n.136, p.83-87, out. 2000.

FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. _____. 3.ed. São Paulo: LTr, 1999.

FREITAS BACELLAR, Margareth de. *O Direito do Trabalho na era virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GALVÃO JÚNIOR, Juracir; AZEVEDO, Gelson de. *Estudos do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: Em homenagem a J. L. Ferreira Prunes*. São Paulo, LTr, 1998.

GANDRA MARTINS FILHO, Ives; MONTEIRO JÚNIOR, Antônio Jorge (Coords.). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Ideias & Letras / São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

GARCÍA CALLEJO, José María. *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo: la tutela de la dignidad del trabajador*. Madrid: Federación de Servicios Públicos de UGT, 2002.

GESTA LEAL, Rogério. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; RECK, Janriê Rodrigues. "Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos". En: GESTA LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

GIANNELLA CATALDI, Maria José. *O stress no meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. “Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista”. En: AMATRA III (Org.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 16.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Ensaio de Direito Civil e Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Obrigações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V.1.

_____. *Questões polêmicas de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. V. II.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. _____. 7.ed., 7.reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. (brasileira) / 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

GOMES CHIARELLI, Carlos Alberto; ROTA CHIARELLI, Matteo. *Integração, direito e dever. Mercosul e Mercado Comum*. São Paulo: LTr, 1991. Cap. I.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. En: FERREIRA MENDES, Gilmara; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Jurídica, 2002. p.103-194.

_____. “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. “n: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.265-327.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Parte geral. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2008. V. III.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. V.2.

_____. _____. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. V.2.

GOÑI SIEN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: um studio sobre los limites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas, 1988.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Acoso psíquico en el trabajo: el alma, bien jurídico a proteger*. Madrid: Civitas, 2002.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC. 2009.

GOULART, Rodrigo Fortunato; HASSON, Roland. "A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho". *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, Anamatra, v.7, n.25, p.131-144, ene./mar. 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades: direitos individuais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1989. V.1.

GUEVARA RAMIRES, Lydia. "Reflexões sobre o assédio moral no trabalho". En: ENCUESTRO INTERAMERICANO DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL, 4. Cuba, 24 a 28 mar. 2002. *Anais...* Conferência proferida.

GUIMARÃES DE ANDRADE, Dárcio. "Assédio sexual no trabalho". *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v.23, n.172, p.35-41, set.-out. 1999.

GUIMARÃES BOJART, Luiz Eduardo. "Sucessão Trabalhista". *Revista LTr*, São Paulo, v.59, n.8, p.1.046, ago. 1995.

GUIMARÃES CARVALHO RIBEIRO, Lélia. "Tutela da personalidade do trabalhador". *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, v.31, n.62, p.469-472, 1995.

HADDAD JABUR, Gilberto. *Liberdade de pensamento e o direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

HECK, Luiz Afonso. "O modelo das regras e o modelo dos princípios em colisão de direitos fundamentais". *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Ulbra: Síntese*, Canoas, RS, v.1, n.1, p.113-122, 2000.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. 2.ed. Madrid: Colex, 1998a.

_____. *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid: Colex, 1998b.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. _____. 5.ed. Traducción de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002a.

_____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002b.

JORNAL *do Advogado*, São Paulo, Organização dos Advogados do Brasil, n.204, p.31-32, jul.-ago. 1995.

KOLB, Lawrence C. *Psiquiatria Clínica*. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980.

KONDER COMPARATO, Fábio. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMARCA, Antonio. *Contrato individual de Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LEAL DA VEIGA JÚNIOR, Celso. *A competência da Justiça do Trabalho e os danos morais*. São Paulo: LTr, 2000.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEYMANN, Heinz. *Mobbing*. Paris: Seuil, 1996. (tradução francesa)

LIMA, Aloizio; PESSOA, Alexandre. O uso do e-mail corporativo por empregados. *Jornal Valor Econômico*, Porto Alegre, 28 jul. 2003, [on line].

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LIMA DOS SANTOS, Ronaldo. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à Justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.38, p.5-13, dez. 1992 e *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.72, n.567, p.940-953, 1992.

_____. *Manual de Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. V. I.

_____. _____. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LIPPMAN, Ernesto. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n.227, p.11-44, nov. 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. “Juízes inquisidores? E paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos”. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, PUC/ITEC, v.3, n.10, p.121-126, 2003.

LOPES SÜSSEKIND, Arnald. *Comentários à CLT e à Legislação Complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. “Tutela da personalidade do trabalhador”. *Revista LTr*, São Paulo, v.59, n.5, p. 593-602, maio 1995.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19.ed. São Paulo: LTr, 2000. V.1.

_____; _____. _____. _____. 20.ed. São Paulo: LTr, 2002. V.1.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: Parte Geral (arts. 233 a 420)*. 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. V.2.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20.ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____; SUSSEKIND, Arnald; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: LTr, 1996. Vol. A.

MARTIN MARCHESINI, Gualtiero. “El poder de dirección”. *Revista de Direito do Trabalho*, Buenos Aires, Heliasta, v.12, n.65, p.17-33, ene./feb. 1987.

MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *Curso de Direito do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21.ed. São Paulo: LTr, 1994.

_____. "Princípios do Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais do Trabalhador". *Revista LTr*, São Paulo, v.67, n.8, p.903-916, ago. 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MATORELL, Ernesto. E. *Indemnización del daño moral por despido*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

MAZEAUD, Henry. *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: EJE, 1977. T.3, V.I.

MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 4.ed. rev. y aum. São Paulo: Max Limonad, 1971. V.1.

MELO DA SILVA, Wilson de. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. _____. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDES BERTI, Silma. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MESQUITA, José Luiz de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1958, V.5.

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale: dano morale*. 2.ed. Milano: Societa Editrice Libreria, 1909.

_____. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1996. V.2.

_____. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.61, n.443, p.64-81, set. 1972.

_____. "Direito de personalidade: estudo da matéria no Brasil", em CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.125-138.

MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa no contrato de trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1971.

_____. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V. 11.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, 1973. T.II-B.

NARÉSSI MUNHOZ AFFORNALLI, Maria Cecília. *Direito à própria imagem*. 5.ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVAES GUEDES, Márcia. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. México: Siclo XXI, 1979.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. "Do dano moral". *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.62, n.1, p.24-32, jan. 1998.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA PINTO VARGAS, Glaci de. *Reparação do dano moral: controvérsias e perspectivas*. 3.ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Aumentan los costos del estrés en el trabajo y la incidencia de la depresión es cada vez mayor – OIT/00/37. *Comunicado de prensa 2000*. OIT/00/37. Disponible en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.htm>>. Acceso el 14 jul. 2003.

PACHECO FIORILLO, Celso Antonio. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos; ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

PAULA SALAZAR, Alcino de. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943.

PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Trotta, 1992.

PEREIRA DE FARIAS, Edílson. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris - SAFe, 1996.

_____. _____. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris - SAFe, 2000.

PERES GEDIEL, José Antônio. "A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador". En: WOLFGANG SARLET, Ingo. *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. "La tutela de la libertad informática en la sociedad global". *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política*, Instituto de Filosofía del CSIC, Madrid, Espanha, n.22, p.59-68, 2000.

_____. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. p.87-128.

PIMENTEL FILHO, Alberto. *Psicofisiologia*. Lisboa: Guimaraes & Cia, [s.d.].

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHEIRO CASTELO, Jorge. *O Direito Processual do Trabalho na moderna Teoria Geral do Processo*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1996.

PINHO PEDREIRA, Luiz de. A indenização trabalhista pode reparar até os danos morais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 jan. 1996, p.3.

_____. "A reparação do dano moral no Direito do Trabalho". *Revista LTr*, São Paulo, v.55, p. 548-557, mayo-jul. 1991.

PINTO MARTINS, Sérgio. *Dano moral no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direito do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIRES DE LIMA, Zulmira. "Algunas consideraciones sobre responsabilidad civil por daños morales". *Boletín de la Facultad de Derecho*, Coimbra, 2. Suplemento, n.15, p.221 y s., 1940.

PIZARRO, Ramon Daniel." El daño moral y la persona jurídica; daños a la persona". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Hammurabi, p.306-316, 1996.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, [s.d.].

_____. "O dano moral no Direito do Trabalho". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, n.12, p.23-35, set. 1996.

_____. "El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador". *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, t. XXIX, n.144, p.87-99, oct.-dic.1986.

_____. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/Universidade de São Paulo, 1978.

_____. _____. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRZEWORSKI, Adam. "Estado e o Cidadão". En: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLAB, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999. p.325-359.

RACHID COUTINHO, Aldacy. Anotações de sua intervenção no Ciclo de Conferências de Direito do Trabalho promovido pela Internet-lex. *Discriminação, assédio sexual e moral*. Curitiba, PR, 25 abr. 2002.

_____. "Função social do contrato individual de trabalho". En: RACHID COUTINHO, Aldacy; DALLEGRAVE, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2001. p.25-50.

_____. *O poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIBEIRO BASTOS, Celso. *Comentários a Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. V.2.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Relação de emprego: estrutura legal e pressupostos*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Revista. Direito de Revista (antessupostos constitucionais). Direito do Trabalho e Fundo de Garantia*. São Paulo: LTr, 1978.

RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. *O dano moral na dispensa do empregado*. São Paulo: LTr, 1998.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas Obrigações Cíveis*. Traducción de Osório de Almeida. São Paulo: [s.e.], 1937.

RIVA SANSEVERINO, Luísa. *Curso de Direito do Trabalho*. Traducción de Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V.1.

RIZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa. "El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial". *Temas Laborales*, Madrid, n.62, p.213-28, 2001.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de Direito do Trabalho, sujeitos e institutos do Direito Individual*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1995.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. "Constituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro". *Giornali di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Roma, n.65, p.29-36, 1995.

ROITMAN, Horácio; PIZARRO, Daniel. "El daño moral y la persona jurídica; daños a la persona". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Hammurabi, p.215, 1996.

ROJAS RIVERO, Gloria P. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Trotta, 1991.

ROMERO BELTRÃO, Sílvio. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. "O Direito do Trabalho e o ser humano". *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v.9, n.114, p.15-21, dez. 1998.

RUBIN ROSSATO, Elisiane. "A democracia no século XXI". *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.20, p.114, 2003.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1990. V. I.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 1995.

_____. *O empregado e o empregador no Direito brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Forense, 1984.

SALVO VENOSA, Sílvio de. *Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. V. I.

_____. *Direito Civil*. Parte Geral. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.1, p.77-90, 1992.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2001a.

_____. "Iniciativa comunitaria de conservación de datos de tráfico en el sector de las telecomunicaciones". *La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n.19, 2005.

_____. "Una política comunitaria de seguridad en Internet". *La Ley - Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y Bibliografía*, Madrid, n.7, p.1344-1356, 2001b.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em Droit Français*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951. V.1.

SAYÃO ROMITA, Arion. "Uso indevido do correio eletrônico como justa causa para despedida". *Repertório de Jurisprudência*, [s.l.], n.15, Caderno 2, p.421, ago. 2002

SERRANO NEVES, Francisco Assis. *A tutela penal da solidão*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1981.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SIDOU, J. M. "O direito à intimidade". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.421, p.9-13, nov. 1970.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7.ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. _____. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. _____. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. _____. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.212, p.89-94, abr.-jun. 1998.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. V. I.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 8.ed. Brasília: Fundação Nacional de Material Escolar, 1973.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v.69, n.11, p.1287-1303, nov. 2005.

SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SÍNTESES oficial. *Diário da Justiça do Paraná*, Curitiba, 1º ago. 1997.

SOARES, Cláudio Antônio Levada. *Liquidação de danos morais*. Campinas: Copola, 1995.

SOUZA CAMPOS BATALHA, Wilson de; LABATE BATALHA, Sílvia Marina. *Sindicato, sindicalismo*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1994.

STIGLITZ, Gabriel; ECHEVESTI, Carlos. *Responsabilidade Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1997.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOFFEL, Roque. *A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____; _____. _____. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1.

STÜRMER, G., "O meio ambiente do trabalho e as medidas protetivas de proteção no Brasil" en SÁNCHEZ BRAVO, A. (Editor), *Justicia y Medio Ambiente*, Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013, p. 241-260.

SUAY, Célia. Refutación del Ius Puniendi. In: ZAPATERO, Luis A. Arroyo; DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez (Orgs.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam. Cuenca, Espanha: Universidad de Castilla y Universidad Salamanca, 2001. V.1, p.711-748.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Os sindicatos e a defesa". En: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1996.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA DA COSTA, Orlando. Da ação trabalhista sobre dano moral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v.29, n.56, p.21-25, jan.-jun. 1996.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. "O dano moral no Direito do Trabalho". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, n.10, p.69-72, set. 1996.

_____. _____. *Revista LTr*, São Paulo, n.9, v.60, p.1.173-1.178, [s.d.].

_____. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, São Paulo, v.5, p.281-300, 1996.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. "A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional 45/2004". *Revista LTr*, São Paulo, v.69, n.1, p.5-29, jan. 2005.

_____. "Direito do Trabalho e Relações Humanas na Empresa". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.24, n.53, p.81, 1996/1994.

TEIXEIRA MANUS, Pedro Paulo. *Direito do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando. *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no Direito brasileiro*. 2.ed. Campinas: E.V., 1994.

VARGAS, Luiz Alberto de. "Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos". *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, Forense / ANAMATRA, v. I, jan.-fev.-mar. 2002.

_____; CARVALHO FRAGA, Ricardo; TELESKA, Maria Madalena. *Direito do Trabalho necessário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VASSALI, Giuliano. "A proteção da esfera da personalidade na era da técnica". *Revista Justitia*, São Paulo, v.56, p. 39-76, 1967.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1988.

VIANA, Márcio Túlio. "Convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo". En: VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (Coord.); MARTINS, Fernando Sogdu. *Curso de Direito do Trabalho: Legislação, doutrina e jurisprudência* -

Estudos em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Prof. Arion Sayão Romita*. Convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

WALD, Arnold. "O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n. 70". *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.196-209, out./dez. 1992.

WEILER SIQUEIRA, Bruno Luiz. "A sucessão no Direito do Trabalho". *Juris Sintese*, online, n.25, set. 2000.

WOLFANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZANONI, Eduardo A. *El daño en la Responsabilidad Civil*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Ressarcimento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993/1996. V.6.

_____; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín. "Indemnización punitiva". En: BUERES, Alberto Jesús; DE CALUCCI, Aída Kemelmajer (Org.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PUBLICACIÓN ELECTRÓNICAS

AUMENTAN los costos del estrés en el trabajo y la incidencia de la depresión es cada vez mayor - OIT/00/37. Disponible en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/2000/37.htm>>. Acceso el 14 jul. 2003.

AVALONE FILHO, Jofir. *A Ética, o Direito e os poderes do empregador*. [s.d.]. Disponible en: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/artigos/emprega.htm>>. Acceso el 11 nov. 2003.

BARBA RAMOS, Francisco; RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel. "Alternativas de regulación de los derechos". *Derecho y conocimiento*, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, v.1, p.13-33, ago. 2002. ISSN 1578-8202. Disponible en:

<http://V2.viex.com/global/redi/detalle-doctrina_redi.asp?articulo=157693>. Acceso el 10 ago. 2002.

BARRETO, Margarida. *Assédio moral: ato deliberado de humilhação ou uma "política da empresa" para livrar-se de trabalhadores indesejados*. 2001. Disponible en: <<http://www.assediomoral.org/indexes/05cremesp.htm>>. Acceso el 28 abr. 2004.

_____. *Uma jornada de humilhações*. São Paulo: PUC, 2000. Disponible en: <<http://www.assediomoral.org/indexes/zsintomas.htm>>. Acceso el 14 jul. 2003.

BRASIL, Ângela Bittencourt. "O patrão violou o meu e-mail. Isto é legal?" *RH.com.br*, 21 mayo 2001. Disponible en: <<http://www.e-juridico.com.br/noticias/exibe-noticia.asp?grupo=5&codigo=3224>>. Acceso el 3 oct. 2003.

CAMPOS DE ASSIS E MENDES, Adriano. *Aspectos jurídicos do monitoramento de e-mails e de acesso à internet em redes corporativas*. 28 mayo 2002. Disponible en: <<http://www.jurisnauta.com.br>>. Acceso el 28 mayo 2003.

CARRERA CALVO, Adriana. "O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho". *Revista Management*, fev. 2003. Disponible en: <<http://www.internetlex.com.br>>. Acceso el 20 oct. 2003.

CASAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. "Sobre la eutanasia". *Revista DOXA*, n.14, p.337-358, 1993. ISSN 0214-8876. Disponible en: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10687>>. Acceso el 2 oct. 2012.

CHAVES BERNARDO, Kátia Jane e col. *O assédio moral e suas consequências na autoestima e motivação*. [s.d.]. Disponible en: <<http://www.castroalves.br/>>. Acceso el 10 oct. 2002.

CONSULTOR *Jurídico*. Disponible en: <<http://www.cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=11595&ad=b>>. Acceso el 6 jul. 2003.

FARIA MARTINS, Henrique de. *E-mail de funcionários pode ser violado?* 28 mayo 2002. Disponible en: <<http://www.cbeji.com.br/artigos/artviolacaodeemails.htm>>. Acceso el 28 mayo 2003.

LEITE MOREIRA, Bernardo. *Assédio moral*. 20 out. 2002. Disponible en: <<http://www.golrh.com.br>>. Acceso el 20 oct. 2002.

LOBATO PAIVA, Mário Antonio. "Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho". *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v.3, n.10, ago. 2002. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4381>. Acceso el 30 ago. 2003.

LIPPMAN, Ernesto. *A privacidade do trabalhador no meio informático*. out. 2003. Disponible en <<http://www.mct.gov.br/legis/consultoria-juridica/artigos/informatica-tecnologia.htm>>. Acceso el 19 sept. 2003.

_____. *O imprestável chamado spam*. 17 out. 2002. Disponible en: <<http://www.direito.com.br/doutrina.ASP?O=I&T=1877>>. Acceso el 25 jun. 2003.

LOPER, Arildo. "Assédio moral e estresse são acidentes do trabalho". *Consultor Jurídico*, 19 mayo 2003. Disponible en: <<http://www.conjuruol.com.br/textos/18930>>. Acceso el 14 dic. 2003.

MARQUES GONÇALVES, Sérgio Ricardo. "E-mail x empregados: é legal o monitoramento pela empresa?" *Jus Navigandi*, Teresina, v.7, n.53, 1º jan. 2002. Disponible en: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2509>>. Acceso el 18 mar. 2003.

MARTINS DE SOUZA, Mauro Cesar. "E-mail (... net) na relação de emprego: poder diretivo do empregador (segurança) & privacidade do empregado". *Jornal Trabalhista Consulex*, n.860, abr. 2001. Disponible en: <<http://kpius.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>. Acceso el 28 jun. 2002.

MENICUCCI GROSSI, Bernardo. *A privacidade e o usuário de correio eletrônico: efeitos no contrato de trabalho*. 14 mayo 2002. Disponible en: <<http://www.infojus.com.br>>. Acceso el 14 mayo 2003.

OPICE BLUM, Renato; CANHA ABRUSIO, Juliana. *A guerra dos e-mails*. 12 jun. 2002. Disponible en: <<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?ctd=1011&1=renato>>. Acceso el 12 jun. 2003.

SIQUEIRA DE QUEIROZ SIMÕES, Felipe. *Internet: direito do empregado x interesse do empregador*. jun. 2002. Disponible en: <<http://www.jus.com.br>>. Acceso el 10 jun. 2003.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando. *El Libro Verde de la Comisión Europea*. 2007. Disponible en: <<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/1stContenido>>. Acceso el 18 jul. 2014.

VIEIRA DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo. "O dano pessoal no Direito do Trabalho". *Revista da AMATRA II*, Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, v.3, n.6, p.5-21, fev. 2020. Disponible en: <<http://assediomoral.org/>>. Acceso el 20 mar. 2004.

VILLAHERMOSA, Alfonso. *Privacidad laboral*. 3 jun. 2002. Disponible en: <<http://www.Halfaredi.org/revista>>. Acceso el 19 ago. 2003.

VISALLI, Ugo Ottavio. *Aspectos psicosociales del conflicto: mediación escolar y maltrato entre iguales (bullying) en los centros educativos*. Universidad de Burgos. Departamento de Derecho Público, 2005. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10259.1/67>>. Acceso el 20 mar. 2004.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. "The right to privacy". *Harvard Law Review*, Boston, v.4, n.5, Dec. 15, 1890. Downloaded 18 May 1996 from an internet site hosted by Stephen R. Laniel; and reformatted from a site hosted by Lawrence University, 1999.

WATANABE, Marta. "Uso indevido do e-mail corporativo por funcionário gera ação contra a Gessy". *Jornal Valor Econômico*, [on line], Porto Alegre, 9 jul. 2002.

Disponibile en: <http://www.valoronline.com.br/valore.../materia.asp?id=1303012&ed_ref=382&edicao=38>. Acceso el 18 nov. 2002.

JURISPRUDENCIA Y FUENTES LEGISLATIVAS

ACRE. Tribunal de Justicia. Apelación nº 457-Capital. Decisión 277 de la Cámara Civil. Sentencia el 14 de nov. de 1994. Relatora: Des. Miracele de Souza Lopes Borges.

AGÊNCIA do Estado, 6 jun. 2002. [on line]. Disponível em: <<http://www.curriex.com.br/centro-carreira/ver-noticia.asp?codigo=618>>.

ALAGOAS. Tribunal de Justicia. Apelación nº 10125-Capital. Decisión unánime 1077 de la 1ª Cámara Civil. Sentencia el 6 nov 1995. Relator: Des. Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. 8148900 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Decisión unánime de 2ª Câmara Civil. Sentencia el 14 fev 1996. Embargos en Apelación nº 00.07211-7-Capital. Relatora: Des. Águeda Passos R. Martins. 8150922 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

ESPAÑA. *Constitución Española*. Aprobada el 31 de octubre de 1978. *BOE*, Madrid, n.311, 29 dic. 1978.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Decisión unánime 14367 de 1ª Cámara Civil. *Diário Oficial*, São Luís, 29 mar. 1993. Embargos nº 13977/92 en Apelación nº 4730/92-Capital. Relator: Des. Antônio Bayma Araújo.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelación nº 207170-9-Governador Valadares Decisión unánime de la 1ª Cámara Civil. Sentencia el 28 nov 1995. Relator: Juez Alvim Soares. *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

NAÇÕES UNIDAS. *Resolución 217 (III)* da Assembléia Geral de 10 de agosto de 1948.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Civil. Apelación. Relator: Des. Wilson Reback, Sentencia el 12 dez 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.681, p.163, 1991.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. Ação cautelar nº 987/2000-1U. Relator: Des. Jayro dos Santos Ferreira. Rio de Janeiro, 4 de abril de 2000.

_____. _____. Apelación nº-3225/93. Decisión de la 4ª Câmara Civil. Sentencia el 4 ene 1994. Relator: Des. Marden Gomes) 144344 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*

_____. _____. Apelación nº 6318/93-Capital. Decisión de la 1ª Câmara Civil. Sentencia el 7 nov. 1995. Relator: Des. C. A. Menezes Derecho.

_____. _____. Decisión unánime de la 1ª Cámara Civil. Sentencia el 17 abr 1991. Apelación nº 3700/90. Ultra Cred Servicio S/C Ltda. vs. Maria José Martins Figueiredo Relator: Des. Renato Maneschky.

_____. _____. Decisión unánime de 8ª Cámara Civil. Sentencia el 19 jun. 1995. Apelación nº 7240/94-Capital. Relator: Des. Geraldo Batista.

_____. Tribunal de Alçada Cível. Decisión unánime del 1º Gr. de Cámara. Regional el 29 jun. 1993. Embargo 35 en Apelación nº 15769/92. Relator: Juez Walter Felipe D'Agostino.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Apelación Civil nº 194152427. 2ª Cámara Civil. Canoas. Relator: Hélio Werlang. Sentencia el 22 dic. 1994.

_____. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. Apelação cível nº 70003037751. Relator: Des. Paulo Antônio Kretzmann. Porto Alegre, 23 de maio de 2002.

BRASIL. *Código Civil*; anteprojetos. Brasília: Senado Federal / Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. V. III.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão cc 27326 / RJ. Conflito de competência 1999/0077199-0. Relator: Min. Ari Pargendier. Brasília, 24 de abril de 2002. Segunda Seção. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 ago. 2002, p. 195.

_____. _____. Acórdão Agrcc nº 27871 / RS. Agravo regimental no conflito de competência nº 1999/0100701-1. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 25 de maio de 2000. Primeira Seção. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 jun. 2000, p. 128.

_____. Supremo Tribunal de Justicia. Recurso Especial nº 8768-SP. Decisión unánime del 4º Grupo. *Diário de Justiça*, Brasília, 6 abr 1992. Relator: Min. Barros Monteiro. Luiz Antônio Martins Ferreira vs. Banco Nacional S/A. Abogados: Luiz Antônio Martins Ferreira; Cláudio Jacob Romano. 136504. *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

_____. _____. Recurso Especial nº 8.768-0-SP. Reg. nº 910003774-5. Relator: Min. Barros Monteiro. Cuarto Grupo. Unánime. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 abr. 1992.

_____. _____. Sentencia unánime del 3º Grupo. Recurso Especial nº 15646-0-SP. Relator: Min. Waldemar Zveiter. London Seguradora S/A y otros vs. Ana Josete Lazzarini. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 abr. 1992. 136619 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF-AG. Reg. em Recurso Extraordinário-AGRRE-222878 / DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 9 nov. 2001, p. 52. Ementa v. 02051-03, p.625. Brasília, 9 de outubro de 2001 - Primeira Turma, e Recurso Extraordinário nº 222795. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, n. 98, 24 maio 2002 - Ata nº 16 - Relação de Processos da 2ª Turma.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 17.073-0. Reg. 92.0000640-0. Minas Gerais. Recorrente: Robson Nogueira da Silva. Recorrido: Manoel Ignácio Chaves de Mendonça.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 1ª Região. Recurso Ordinário nº 15942/92. Decisão de 8ª Turma. Sentencia el 14 dic. 1994. Relatora: Jueza Amélia Valadão Lopes. *Revista LTr*, São Paulo, v.4, n.59, p.551, [s.d.]

_____. _____. 2ª Região. Ação cautelar nº 029800738984. São Paulo, 11 de fevereiro de 1998. Publicado em 27 fev. 1998. Disponible en: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acceso el 23 nov. 2003.

_____. _____. 3ª Região. Recurso Ordinário nº 313/97. Decisión del 2º Grupo. *Revista LTr*, São Paulo, nov. 1997.

_____. _____. _____. Recurso Ordinário nº 8.703/01. 4ª Turma. Relator: Juiz Bolivar Viegas Peixoto. *Diário da Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 15 set. 2001. (ST 149/74).

_____. _____. _____. 10ª Região. Disponible en: <<http://www.trt10.gov.br/publicacoes/sentencas/2000/1300061309102001601.html>>. Acceso el 15 jun. 2003.

_____. _____. 10ª Região. Recurso Ordinário nº 0504/2002. Proc. 13.00061312200. 131ª Vara do Trabalho de Brasília/DF. Relatora: Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Reclamante: Elielson Lourenço do Nascimento. Reclamado: HSBC Seguros Brasil S/A. *Diário Oficial do Estado*, Brasília, 19 jul. 2002.

_____. _____. 11ª Região. Disponible en: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acceso el 15 jun. 2003.

_____. _____. 12ª Região (Santa Catarina). Recurso Ordinário nº V-4528/2001. Acórdão da Segunda Turma nº 12331 /2001 e Recurso Ordinário nº V-A 6295/2001, Acórdão da Segunda Turma nº 00928/2002.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Decisão: 7 ago. 2002. Proc: RI nº 652839-2000. 3ª Região. Recurso de Revista. Quarta Turma. Recorrente: Ubertran Transportes S/A. Recorrido: Pedro Humberto Vilela. Relator: Ministro Lves Gandra Martins Filho. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 ago. 2002.

_____. _____. Decisão: 26 jun. 2002. Proc: Recurso de Revista nº 468580-1998. Terceira Região. Segunda Turma. Recorrente: Sistema Integrado de Distribuição Ltda. - Sindi. Recorrido: Antônio Rodrigues Pereira. Relator: Juiz convocado Carlos Francisco Berardo. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 ago. 2002.

_____. Apelación nº 159917-3. Nova Lima. Apelantes: João Nepomuceno de Almeida y Sindicato de los Trabajadores de la Industria de Extracción de Oro y Metales Preciosos de Nova Lima. Apelados: los mismos.

SÃO PAULO. Tribunal de Justicia. Acórdão unánime de 8ª Câmara Civil. Sentencia el 8 set. 1993. Apelación nº 193.802-1/9-Capital. Relator: Des. Jorge Almeida. *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS – BJA*.

_____. _____. Decisión de 3ª Câmara Civil. Sentencia el 27 jun. 1995. Embargos nº 214.304-1/0-02-Campinas. Relator: Des. Mattos Faria. ADCOAS 1000991.

_____. _____. Apelación nº 163470-1/8-Capital. Decisión de 3ª Câmara Civil. Sentencia el 16 jun. 1992. Relator: Des. Silvério Ribeiro. Hacienda del Estado vs. Pedro Camugi y su mujer.

_____. _____. 7ª Câmara Cível. Apelación. Relator: Campos Mello. Sentencia el 30 oct 1991. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.137, p.186, [s.d.]

_____. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex, v.147, n.1, p.31, [s.d.].

SANTA CATARINA. Tribunal de Justicia. Decisión unánime de la 2ª Câmara Civil. Apelación nº 40.541-Joinville. Relator: Des. Xavier Vieira. *Diário da Justiça*, Florianópolis, 19 ene 1994, p. 5. 144719 - *Boletín de Jurisprudencia ADCOAS - BJA*.