

TESIS DOCTORAL

LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

JOSE LUIS UGARTE CATALDO

PROFESOR MANUEL CARLOS PALOMEQUE

ÍNDICE

CAPÍTULO I

EL ACCESO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES A LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

1.- La constitucionalización de los derechos fundamentales laborales

1.1.- Eficacia normativa de las normas constitucionales

1.2.- La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

1.3.- Las tesis sobre la eficacia horizontal: directa o inmediata *versus* indirecta o mediata

2.- La constitucionalización del Derecho del Trabajo

2.1.- El constitucionalismo social: la irrupción del trabajador en el horizonte político

2.2.- Constitucionalización y ciudadanía en la empresa

2.3.- Constitucionalización y derechos fundamentales del trabajador

2.4.- Objeciones a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo

2.5.- La nueva “constitucionalización” del contrato de trabajo y los desafíos de los conflictos de derechos entre las partes

CAPÍTULO II.- LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES, CONTRATO DE TRABAJO Y PONDERACIÓN

1.- La colisión de derechos fundamentales y métodos de solución de conflictos normativos

2.- La colisión entre derechos fundamentales como conflicto entre principios

3.- La tesis fuerte: los criterios de distinción entre reglas y principios

3.1.- La tesis fuerte de distinción y los derechos fundamentales como derechos restringibles: la teoría externa de los derechos fundamentales

3.2.- La colisión entre derechos fundamentales y la ponderación

3.3.- El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales

a.) Relación ponderación y proporcionalidad

b.) Fundamentación del principio de proporcionalidad

c.) Estructura del principio de proporcionalidad

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD Y LA SOLUCION DE LOS PROBLEMAS DE COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

- 1.- El principio de proporcionalidad y el Derecho del Trabajo
- 2.- Principio de proporcionalidad y relaciones laborales: el recorrido histórico
- 3.- El principio de proporcionalidad y la colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo
- 4.- La relación entre los derechos fundamentales y los deberes y derechos laborales propios del contrato de trabajo
- 5.- Las condiciones previas para la aplicación del principio de proporcionalidad en la relación laboral
 - 5.1.- Inexistencia de una regulación legal de la colisión de derechos fundamentales
 - 5.2.- La confrontación entre posiciones jurídicas de rango constitucional del empleador y del trabajador
- 6.- Los límites contractuales de los derechos fundamentales: la buena fe
 - 6.1.- La “interiorización” de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo
 - 6.2.- Los derechos fundamentales y el efecto “modulador” de la relación laboral
 - 6.3.- La buena fe y los derechos fundamentales del trabajador
 - 6.4.- La buena fe como límite interno o intrínseco de los derechos fundamentales
 - 6.5.- Los problemas de la buena fe como límite interno
 - 6.6.- La buena fe como límite externo de los derechos fundamentales
 - 6.7.- La buena fe y el principio de proporcionalidad

CAPÍTULO IV

EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL: IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

- 1.- El contenido del principio de proporcionalidad y su aplicación en materia de relaciones laborales
 - 1.1.- El juicio de idoneidad en materia laboral
 - 1.1.1.- El juicio de idoneidad en materia laboral y la jurisprudencia constitucional
 - 1.1.2.- Juicio de idoneidad en materia laboral y el problema de la intensidad

- 1.2.- El juicio de necesidad en materia laboral
- 1.3.- Juicio de necesidad e intensidad de la eficacia de las medidas alternativas
- 1.4.- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto en materia laboral
 - 1.4.1.- Grado de afectación de un derecho fundamental del trabajador
 - 1.4.2.- Grado de importancia de la medida empresarial para el derecho fundamental del empresario
 - 1.4.3.- Comparación entre la intensidad de la afectación del derecho fundamental del trabajador y de la importancia de la satisfacción del derecho fundamental del empresario
 - 1.4.4.- Pesos abstractos de los derechos fundamentales
 - 1.4.5.- Seguridad de las premisas empíricas utilizadas en el juicio de proporcionalidad
 - 1.4.6.- La “fórmula del peso”: la determinación de los pesos concretos
 - 1.4.7.- El resultado de la ponderación: una regla de derecho
 - 1.4.8.- Casos de empate: las cargas de la argumentación en materia laboral

2.- El principio de proporcionalidad y otros principios de derechos fundamentales

- 2.1.- Principio de concordancia práctica en el marco de los conflictos entre derechos fundamentales de trabajador y empresario
- 2.2.- El principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales

3.- La aplicación del principio de proporcionalidad y la teoría externa de los derechos fundamentales en la empresa

- 3.1.- Las teorías externa/interna y los derechos fundamentales del trabajador
- 3.2.- Impacto de la utilización de la teoría externa y la proporcionalidad en el modelo de relaciones laborales

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- La constitucionalización del derecho

El término constitucionalización no es exacto. Como se suele destacar, designa un proceso de cambio de un estado a otro. Se trata “de un proceso al término del cual el Derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución”¹.

No es posible entonces decir con total rigor qué es exactamente este proceso. Pero si es posible decir que después de él, el derecho no es igual que antes. En ese sentido, la constitucionalización supone un cambio de paradigma respecto del antiguo estado legal del derecho: “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”².

Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación, explicado como “el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”³.

¿Qué ocurre con la otrora poderosa ley en este nuevo escenario?

¹ COMANDUCCI, P. “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, p 81.

² GUASTINI, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, p 49.

³ PRIETO SANCHÍS, L. “Constitucionalismo y garantismo”, en AAVV Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2005, p 48.

La respuesta deja lugar a pocas dudas: “la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”⁴.

No es fácil, en todo caso, dar cuenta de un fenómeno jurídico en curso y con múltiples manifestaciones. De ahí que una de las formas más populares para explicarlo sea entendiéndolo como un proceso que opera al interior de cada sistema jurídico.

La constitucionalización es un proceso, una cuestión de grado y no una cuestión bipolar al modo todo o nada. En ese proceso los sistemas jurídicos están más o menos constitucionalizados, según se adopten ciertas condiciones: Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, la “sobre interpretación” de la Constitución, interpretación conforme de las leyes a la Constitución, e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas⁵.

Queda configurada así, fruto de la impregnación de la Constitución al resto del orden jurídico, la “marcha triunfal sin parangón” del modelo del Estado Constitucional de Derecho⁶ y uno de sus productos más genuinos: el discurso de los derechos fundamentales⁷.

⁴ ZAGREBLESKY, G. El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 2003, p.40. El arribo de la fuerza superior de la Constitución no es –para ser justos– el único motivo del decaimiento de la ley, como apuntará PRIETO SANCHÍS: “el mantenimiento de la secular pugna con la potestad reglamentaria que hoy adquiere tintes más complejos” “el abandono de las viejas cualidades de abstracción y generalidad –que no lo olvidemos en Rosseau representaban una garantía de la justicia al mismo nivel que su origen democrático - a favor de una progresiva “reglamentarización” de la ley, a veces escandalosamente singular, cuando no dictada en beneficio (o en perjuicio) de una sola persona” y “el desarrollo de nuevas fuentes sociales del Derecho bajo la forma de convenios colectivos o de acuerdos de los llamados agentes sociales” son factores que explican la actual crisis de la ley. PRIETO SANCHÍS, L. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2009, p 118.

⁵ GUASTINI, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, Op. Cit., p 49.

⁶ La optimista frase de ALEXY no debe hacer perder de vista que este proceso no ha estado exento de críticas: por una parte, se denuncia la “sobreconstitucionalización” del orden jurídico, ya que si la Constitución contiene en sí todos los elementos del orden jurídico, estaríamos frente a lo que FORSTHOFF con sarcasmo denominó *un huevo jurídico originario*, de donde todo problema jurídico proviene y hacia donde todo problema va, desde el Código Penal a la ley de fabricación de termómetros. FORSTHOFF, E. El Estado en la sociedad industrial, IEP, Madrid, 1975. En otras palabras, la Constitución “determinaría completamente la parte normativa de todas las decisiones de la jurisdicción ordinaria. La Corte Constitucional casi podría abandonar entonces su papel de instancia de supervisión y debería convertirse, entre otras cosas, como señaló DIEDERICHSEN en su dura crítica, en la Corte Suprema en materia civil. El moloch depredador tendría entonces dos víctimas: los otros poderes y el propio poder jurisdiccional”. ALEXY, R. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de

Entre los rasgos fundamentales de ese proceso de constitucionalización está el denominado discurso de los derechos fundamentales. Este discurso se caracteriza, según ALEXY, “por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación”⁸. Y ese discurso conectado con su aliado natural del “garantismo jurídico”, esto es, la formulación de “las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”⁹.

En todo caso, este triunfalismo del discurso de los derechos, propio del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, no ha estado libre de críticas¹⁰.

¿Cómo se transforma el discurso de los derechos fundamentales en el centro neurálgico del Estado Constitucional de Derecho?

Colombia, Bogotá, 2003, p 51. Asimismo, se critica en frase de GARCÍA AMADO, su *criptoiusnaturalismo*: “dicho constitucionalismo encierra a menudo una especie de *criptoiusnaturalismo* disfrazado de veneración a los valores constitucionales. Así, se argumenta que el juez está sometido a la ley, ciertamente, pero también y en mayor medida aún a la Constitución; que la parte central y definitoria es aquella en que se recogen los valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional; que, por tanto, la interpretación judicial del derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; que, en fin, cuando el sentido claro y evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir *contra legem*, decisión que estaría totalmente justificada por ser *pro constitutionem*, es decir, favorable a los valores constitucionales. Cómo puede el juez conocer el contenido exacto y preciso de esos valores es un misterio que no se desvela”. GARCÍA AMADO, J. “La interpretación constitucional”, Revista Jurídica de Castilla-León, N°2, 2004, p 68.

⁷ Una potente mixtura teórica producida en la segunda mitad del siglo pasado, va a pavimentar el camino para el ascenso de este “*discurso de los derechos*”, que ha sustituido el fetiche del siglo anterior: la cultura de legalismo. Hart y la preeminencia del juez en los casos difíciles por la textura abierta de las normas, Dworkin y el blindamiento de los derechos fundamentales como cartas de triunfo frente a las consideraciones utilitaristas o consecuencialistas, Alexy y la tesis de los derechos fundamentales como principios y la ponderación como vía de solución del conflicto de esos derechos, Ferrajoli y el garantismo como forma de implementación de los derechos fundamentales, constituyen las bases, no necesariamente coherentes entre sí, sobre las que se construirá el poderoso e influyente “*discurso de los derechos fundamentales*” de fines del siglo XX.

⁸ ALEXY, R. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, p 32.

⁹ FERRAJOLI, L. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, Isonomía, ITAM, México, N° 16, 2002, p 16.

¹⁰ La principal crítica al triunfalismo del *discurso de los derechos* proviene desde los *estudios críticos*: “si bien los derechos, apunta BROWN, pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia - como el movimiento de los Civil Rights en Estados Unidos -, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías”. BROWN, W. “Lo que se pierden con los derechos”, en AAVV La crítica de los derechos, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, p 83.

Se necesitará una potente rearticulación de la idea de los derechos subjetivos y ella vendrá de la mano con la de constitucionalización: primero, los derechos fundamentales están estructurados en normas con valor jurídico propio que no necesitan, en consecuencia, desarrollo infraconstitucional o legal (eficacia normativa) y segundo, los derechos fundamentales operan en todas las direcciones, especialmente, entre privados (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

1.1.- Eficacia normativa de las normas constitucionales

La tradición jurídica europea continental del siglo XIX estaba construida como una “concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, las cartas de derechos eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerirían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal”. En ese escenario, los derechos fundamentales “c alificaban, no como reglas, sino como principios” y “la aceptación de que los derechos eran principios (contenidos en meras “declaraciones”) implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Los verdaderos derechos eran tan sólo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violados, en qué ocasiones se imponía su protección o que remedios se imponían para su protección”¹¹.

A diferencia de ello, una idea extremadamente relevante del constitucionalismo de posguerra será considerar que las normas constitucionales tienen todas -sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas las que estipulan los derechos fundamentales de las personas y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos sin necesidad de desarrollo infraconstitucional y especialmente, sin necesidad de desarrollo legal.

¹¹ LÓPEZ MEDINA, Teoría impura del derecho, Legis, Bogotá, 2004, p 446.

La Constitución “no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino, una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe”¹².

Se trata de la eficacia normativa de la Constitución. En razón de ésta doctrina se sostendrá desde los inicios de la década de los ochenta que las disposiciones constitucionales tienen efecto normativo¹³, es decir, dejan de ser consideradas normas “con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata”¹⁴.

Y los textos constitucionales harán constar esa eficacia normativa de los derechos fundamentales. En el caso español, el artículo 9.1 y el artículo 53.1 CE señalan respectivamente que: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

De ahí se afirmará que, “en razón de lo dispuesto por estos artículos, es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera lírica constitucional”¹⁵. En ese sentido, la “consecuencia más básica consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del derecho”¹⁶.

¹² PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2009, 116.

¹³ Los estudios considerados inaugurales en este punto son los de GARCÍA ENTERRÍA, E. “La Constitución como norma jurídica”, en AAVV La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, Civitas, Madrid, 1981, pp 97-160 y RUBIO LLORENTE, F. “La Constitución como fuente de Derecho”, en AAVV Constitución española y fuentes del Derecho”, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp 53 -74.

¹⁴ SASTRE, S. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit., p 240.

¹⁵ BERNAL PULIDO, C. “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? ”, DOXA, N 30, Alicante, 2007, p 275.

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los derechos”, en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007, p 216.

Este “proceso de normativización”¹⁷ de la Constitución será tempranamente avalado por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el cual sostendrá que “la Constitución es precisamente nuestra Norma Suprema y no una declaración programática” como se “afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1, donde se dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, sujeción o vinculatoriedad que se predica en presente indicativo, esto es, desde su entrada en vigor” (STC 80/1982).

Pero hay algo más: esa eficacia directa o normativa de la Constitución no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que también, y ahí la gran novedad, afecta las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

1.2.- La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Otra idea central de esta revolución constitucional corresponderá a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, a “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”¹⁸.

Se trata de una novedad mayor para la tradición jurídica constitucional atendido que, “tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se aplicaban únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; los derechos fundamentales habían aparecido históricamente como derechos de defensa frente a injerencias de los poderes públicos en la libertad de los particulares, y en consecuencia, no alcanzaban relaciones entre particulares”¹⁹.

¹⁷ NIETO, A. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, CEPC, Madrid, 1983, p 386.

¹⁸ PEÑA, C. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, U. Diego Portales, Santiago, 1996, p 668.

¹⁹ FERRER i RIBA, J. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, p 89.

Se trata de una idea unidireccional de los derechos fundamentales absolutamente acorde con la filosofía liberal, al amparo de la cual se había gestado el concepto de dichos derechos: “una vez establecidas jurídicamente la libertad y la igualdad, ambas debían producir de forma automática la prosperidad y la justicia mediante el mecanismo del mercado”, y de ahí que “la función capital de los derechos fundamentales en la sociedad burguesa ya materializada consistió en trazar una línea de separación entre Estado y sociedad. Considerados desde el punto de vista del Estado, eran límites a su actuación; desde el de la sociedad, derechos de protección”²⁰.

A pesar de eventuales objeciones normativas²¹, la doctrina mayoritariamente sostendrá la recepción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares²², cuyo fundamento “tiene su origen, en primer término, en el mandato contenido en el artículo 9.1 CE que hace destinatarios sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, a los ciudadanos y a los poderes públicos”²³.

Y lo mismo se ha dicho de su expansión en el derecho comparado: “con todo y con ello, no me parece arriesgado afirmar que la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se está, bajo una u otra forma, imponiendo en la mayor parte de los sistemas jurídicos” y que, salvo notables excepciones²⁴, “cuenta no sólo con un consenso doctrinal

²⁰ GRIMM, D. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, 2006, Madrid, p 161.

²¹ En general, las normas constitucionales sólo permiten recurrir en defensa de los derechos fundamentales en contra los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), como ocurre en el caso español en lo referido al amparo constitucional, que en el tenor literal del artículo 44 de la LOTC lo restringe a violaciones que “tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”. Ello no ha impedido ni a la doctrina ni al propio Tribunal Constitucional que mediante “una amplia y flexible interpretación jurisprudencial del requisito de la imputación viene a posibilitar que, a través de este cauce procesal, tengan acceso al amparo constitucional las vulneraciones de derechos producidas por simples particulares”. FERNÁNDEZ F, G. *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*. Comentarios al Título II de la LOCT, Marcial Pons, Madrid, 1994, p 159.

²² Entre otros, sostendrán desde temprano la eficacia horizontal QUADRA -SALCEDO, T. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981; PEREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, p 67; BALLARIN I., J. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC, N°24, Madrid, 1988, p 283 y ss; PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p 205 y ss.

²³ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en AAVV *El trabajo y la Constitución*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, Madrid, p 504.

²⁴ En Estados Unidos pervive la idea de que los derechos fundamentales sólo operan como protección frente a la acción de los poderes públicos –la llamada doctrina del *state action*-. De ahí que se diga que “la impermeabilidad absoluta de la jurisprudencia norteamericana a la teoría de la Drittwirkung, incluso en su

muy amplio; constituye –y ello es más importante- una herramienta ampliamente utilizada en los ambientes jurídicos y judiciales comparados”²⁵.

Y ese consenso se expresa, asimismo en el derecho internacional. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso “Young, Jones & Webster c. Reino Unido”²⁶, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC -18/03²⁷, sostendrán abiertamente la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

En este último caso, la Corte Interamericana sostendrá:

“En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados

versión más suave” VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Montevideo, 2003, p 81. Sobre la doctrina del “state action” en español ver FERRERES COMELLA, V. “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares” en AAVV Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Vol. 2, Cortes Generales, 2009, pp. 1173-1187. En inglés ver TRIBE, L. American Constitution Law, Mineola. New York, 2 ed., 1988, p 1711 y ss.

²⁵ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, Op. Cit., p 69.

²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostendrá que el Estado es responsable por la violación a la libertad sindical si tolera las prácticas empresariales que, con acuerdo de un sindicato, exigen a un trabajador elegir entre afiliarse a un sindicato o conservar el empleo, “Young, Jones & Webster c Reino Unido”, 13 de agosto de 1981, serie A, párrafos 54 a 56.

²⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostendrá, en opinión solicitada por México, que los trabajadores inmigrantes –aún en condición de ilegales- tienen derecho al respeto y protección de sus derechos fundamentales, tanto respecto del Estado como de los particulares, Opinión Consultiva OC -18/03 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de Septiembre de 2003. Esta Opinión Consultiva de la CIDH es –sin decirlo- una respuesta al fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos “Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board” (2002), que había negado el derecho de un inmigrante mexicano para cobrar salarios de tramitación por un despido en represalia por el ejercicio de los derechos sindicales establecidos en la National Labor Relations Act. Como apunta MIJANGOS Y GONZÁLEZ “el Tribunal Supremo sostuvo que la prohibición de trabajar sin autorización, prevista en la Ley de inmigración, prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato” MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. Los derechos fundamentales entre particulares, Porrúa, México, 2007, p 195.

tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (párrafo 140).

Ahora, la justificación de esta recepción de la eficacia horizontal entre particulares girará, desde el punto de vista doctrinal, en torno a dos visiones: la primera, aquella que se sostiene sobre el carácter o naturaleza propia de los derechos fundamentales y la segunda, que hace descansar dicha eficacia sobre el particular tipo de relaciones sociales –de poder- que existe entre los privados de que se trata.

En el primer caso, se fundará la eficacia horizontal en el carácter objetivo de normas supremas de los derechos fundamentales. Se habla de derechos que por decisión constitucional exhiben la máxima jerarquía jurídica y por ende, su fuerza se impone a la sociedad en su conjunto, con independencia de la situación fáctica o social en que se encuentran los particulares involucrados en la relación de que se trata.

Estos derechos son expresión de un orden básico de valores fijados en las normas constitucionales que dirigen el ordenamiento jurídico –justicia, libertad, igualdad, etc.- y por ello “también la rama del Derecho Privado habrá de atenerse a dichos valores, que presentan una serie de exigencias objetivas para su logro”²⁸.

En ese sentido, “el posible alcance de una norma de derecho fundamental únicamente lo obtendremos, precisamente, a partir del análisis de la norma que lo pretende, no de su contexto”. Y dado que éstas se configuran con un doble carácter, tanto de derechos subjetivos propiamente tales, como de elementos objetivos y estructurales del ordenamiento jurídico “se irradian al conjunto de relaciones sociales, incluidas las que suceden entre particulares”²⁹.

En la segunda versión, los derechos fundamentales se deben aplicar en sentido horizontal por la existencia de relaciones sociales que reproducen, en alguna medida, el poder que

²⁸ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, Madrid, p 200.

²⁹ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. Los derechos fundamentales entre particulares, Op. Cit., p 7.

originalmente sólo ejercía el Estado sobre los ciudadanos. Como ya no sólo existe poder público, sino también existe poder privado, entonces, deben existir mecanismos de resguardo para las personas y sus derechos.

Se sostiene que “hay acuerdo en que la eficacia de que se trata debe ser distinta según la posición de poder que las partes de la relación que ocupen en la sociedad: la *Drittwirkung* es un reflejo de la idea misma de la Constitución como limitación del poder público, sólo que referida al abuso de poder privado o las situaciones en las que un particular goza de una posición de poder dominante en un ámbito determinado de relaciones”³⁰.

Esta última es la versión históricamente sostenida en la doctrina laboral. Y fue, en su momento, la que originó la propia teoría de la “eficacia horizontal” de derechos fundamentales de la mano del juez Nipperdey en Alemania³¹.

En efecto, como se ha destacado “NIPPERDEY comienza por admitir que (aún) hay una serie de derechos fundamentales que sólo vinculan al poder público en el sentido estricto de la palabra. No obstante, existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación a unas esferas de libertad que protege frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano un status social en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial, con los formidables *Sozialmächte*, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente”³².

En todo caso, cualquiera sea la justificación de la exigibilidad de derechos fundamentales entre particulares en la actualidad, ya casi nadie duda de dicha eficacia, centrándose el debate jurídico en la modalidad en que dichos derechos se articulan al interior de la relaciones entre privados.

³⁰ FERRER i RIBA, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Op. Cit., p 99.

³¹ Como se ha explicado “un sector doctrinal que tiene en Nipperdey su más representativa figura elaboró la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*. La conexión entre doctrina y jurisprudencia fue, por lo tanto, especialmente estrecha en este caso, pues, como se sabe, nuestro autor ejerció de Presidente del Tribunal Laboral Federal y dejó reflejadas sus concepciones en la jurisprudencia de aquel”. GARCIA, J y JIMÉNEZ-BLANCO, A. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Civitas, Madrid, 1986, p 21.

³² GARCIA, J y JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Ibídem*, p 22.

1.3.- Las tesis sobre la eficacia horizontal: directa o inmediata *versus* indirecta o mediata

Poca relevancia parece tener hoy, entonces, la disputa acerca de la pluridireccionalidad de los derechos fundamentales y en especial su proyección hacia las relaciones que involucran sólo a particulares.

Esta idea de origen alemán³³, convertida en una exitosa exportación cultural a la tradición jurídica occidental, ya no parece tener problemas de reconocimiento, sino de construcción atendido que “actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales rigen en las relaciones ciudadano/ciudadano y, en ese sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia”³⁴.

En efecto, esta idea ha girado en torno a dos versiones: la de la eficacia mediata o indirecta y la de la eficacia directa o inmediata.

En el primer caso, los derechos fundamentales vinculan y obligan, directa y únicamente a los poderes y autoridades públicas, quienes deben aplicarlos a las relaciones entre

³³ El famoso e inaugural caso Luth se refiere a los llamados efectuados por un agente de prensa -Lüth- para boicotear una película de un cineasta -Harlan-, al que se acusaba de haber trabajado con los nazis. Luth fue condenado en justicia ordinaria al pago de una indemnización civil, la que, sin embargo -*Drittwirkung* de por medio-, es anulada por el Tribunal Constitucional por considerar esos llamados al boicot amparados por la libertad de expresión. Los casos anteriores a Lüth corresponden, y es de todo rigor reconocerlo, a sentencias de Derecho del Trabajo. En efecto, Nipperdey, impulsor inicial de la *Drittwirkung* a principios de los años cincuenta, asume como magistrado del Tribunal Federal alemán, y comienza a aplicar sus ideas en diversas sentencias, atribuyendo de modo directo o inmediato los derechos fundamentales a las disputas laborales, lo que ocurre con anterioridad a que dicha idea fuera asumida, con carácter indirecto o mediato, por el Tribunal Constitucional. Así, el Tribunal Laboral Federal dictó, el 5 de mayo de 1957, una sentencia en que anuló cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. En este caso, una joven trabajadora de un hospital había sido despedida por haber contraído matrimonio, cuestión que, de acuerdo con una cláusula del contrato de trabajo, habilitaba al empleador a despedirla. El Tribunal Laboral Federal estimó, aplicando por primera vez la doctrina de la *Drittwirkung*, que dicha estipulación era nula, porque vulneraba directamente los derechos fundamentales de protección a la maternidad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

³⁴ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p 510.

particulares, mediatizados y traducidos en leyes que los desarrollen o en interpretaciones judiciales que los invoquen ³⁵.

Y esos derechos obligan a los particulares “sólo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez: no son los actos de los sujetos privados, si no las normas de Derecho privado las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales” ³⁶. En ese sentido, estos derechos “definen un sistema de valores incorporados a la Constitución, que, en cuanto dotado de un efecto irradiación, debe influir en la interpretación del ordenamiento en su conjunto y vincular a todos los poderes del Estado. En el sector del ordenamiento privado, al que pertenece el laboral, esta influencia, sin embargo, se manifiesta a través de las cláusulas generales que le son propias, al estilo buena fe o del orden público”³⁷.

Por su parte, en la teoría de la eficacia directa o inmediata los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que los desarrollen. Dicho de otro modo implica “afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras, de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a violaciones procedentes de sujetos privados”³⁸.

El debate ha sido extenso y la literatura amplísima ³⁹. A favor de la eficacia indirecta o mediata, además de destacar su ajuste al origen histórico de los derechos fundamentales

³⁵ En esta concepción los derechos fundamentales operan como un sistema objetivo de principios y valores que deben ser aplicados por los organismos públicos, que intermedian entre esos derechos y los particulares. Esa mediación se realiza por el legislador a través de la dictación de las leyes que los desarrollen o por los jueces a través de fallos que interpreten las normas legales vigentes “a la luz” de los derechos fundamentales (“interpretación conforme a la Constitución”). Esta es la tesis del Tribunal Constitucional alemán, la que viene en ese caso apoyada por el propio texto de la Ley Fundamental (art. 1.3): los derechos fundamentales “vinculan a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”.

³⁶ VENEGAS, M. Derechos fundamentales y derecho privado, Marcial Pons, Madrid, 2004, p 115.

³⁷ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Op. Cit., p 72.

³⁸ BILBAO UBILLOS, J. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 238.

³⁹ El debate eficacia mediata versus inmediata -originalmente alemán- ha tenido una fuerte resonancia en la literatura iberoamericana. Entre otros: VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona y el

como límites al poder público, se esgrime su mejor combinación con la autonomía de la voluntad, ya que no se aplican de golpe los derechos fundamentales al interior del derecho privado. Ello conduciría, tarde o temprano, a trastocar gravemente el funcionamiento de las relaciones sociales reguladas por este sector del ordenamiento jurídico, y que se encuentran construidas sobre la relativa igualdad de los contratantes y de la capacidad para auto-regularse sin interferencias externas.

En contraposición, los que sostienen la eficacia directa entienden que la relaciones entre privados quedan inmediatamente regidas por los derechos fundamentales y éste es el único modo de reconocer la jerarquía superior de estos derechos, cuya vigencia no puede quedar entregada a la dosis de buena voluntad del legislador o en su caso del juez.

Asimismo, critican la tesis de la eficacia mediata por su artificialidad, al pretender atribuir las vulneraciones a los derechos fundamentales al legislador o al juez según corresponda, por una supuesta falla en la protección de dichos derechos, ocultando lo que parece evidente: que la vulneración tuvo como agente inmediato a un particular. Es muy difícil entender, según se ha apuntado, “cómo se puede construir desde la teoría de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales, el que se atribuya a las sentencias de los Jueces y Tribunales la violación de un derecho fundamental si tal violación no ha existido previamente en el conflicto que le sometieron los particulares”⁴⁰.

No parece haber, ni siquiera hoy, una tesis resueltamente vencedora. En la doctrina general parece predominar la tesis de la eficacia inmediata y aún cuando nada es concluyente, “su alcance es cada vez mayor en la doctrina española”⁴¹.

derecho del trabajo, Op. Cit., pp 69-72, BILBAO UBILLOS, J. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Op. Cit., p 302 y ss., MIJANGOS Y GONZALES, J. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Op. Cit., p 11 y ss., ARANGO, R. El concepto de derechos sociales fundamentales, Legis, Bogotá, 2005, pp 99-107, ESTRADA, A. “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales” en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007, p 133-135, JANA, A. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2001, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>, p 7-19.

⁴⁰ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit., p 497.

⁴¹ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Op. Cit., p 186.

Además, según se ha destacado, “la CE no tiene precepto alguno que establezca expresamente la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales”⁴² y eso provoca que falte “una base firme en la Constitución para que el Tribunal Constitucional haya podido optar explícitamente por alguna de las tesis doctrinales propuestas”⁴³.

De ahí que algunas sentencias puedan leerse en clave de eficacia indirecta (STC 6/1988 : *“las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales –las de lealtad, confianza y buena fe- pueden ser objeto de examen por este Tribunal –y no sólo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación -, cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental” FJ.4º*) y otras en clave de eficacia directa o inmediata (STC 18/1984: *“en un Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social” FJ 6º* o en la STC 177/1988 que señala que *“este Tribunal ha reconocido que los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales y que estos supuestos lesionados pueden acceder vía amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y los Tribunales” FJ 4º*).

El debate, sin embargo, parece tener un área clausurada: la doctrina laboral. Predomina la tesis de la eficacia inmediata y directa de los derechos fundamentales entre particulares: “el disfrute, por tanto, de este tipo de derecho por parte del trabajador en la relación laboral se encuentra garantizado por la propia CE, en la medida en que ella misma reconoce que los derechos que establece adquieren eficacia general inmediata, sin necesidad, por tanto, de un ulterior desarrollo legislativo”⁴⁴.

Lo anterior, se produce porque el sector del ordenamiento jurídico donde este debate se difumina es, precisamente, el Derecho Laboral. Aquí la lógica de la autonomía privada y de

⁴² NARANJO, R. Ibidem, p 199.

⁴³ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. cit, p 504.

⁴⁴ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Cuadernos Aranzadi Social, N° 26, Pamplona, 2006, p 15.

la igualdad de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del derecho -y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales-, pues esta rama del derecho ha intentado, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador. Esa relación de poder, que duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano, que a la del vendedor y comprador del Código Civil⁴⁵.

De este modo, la lógica intrínseca del Derecho del Trabajo no es proteger espacios de autonomía de los privados - como ocurre en el Derecho Civil- sino frenar los eventuales abusos de una situación de poder que se rotula como de mando y de obediencia. Y esa es precisamente la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales. No hay tensión, por tanto, entre la lógica propia del Derecho del Trabajo y la eficacia horizontal directa o inmediata de los derechos fundamentales.

Ello permite entender por qué la doctrina laboral se ha decantado por la tesis de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales del trabajador –“en apoyo a esta posición se manifiesta mayoritariamente la doctrina iuslaboralista y una parte de la doctrina constitucionalista española” según apunta un autor -⁴⁶.

En efecto, la relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de subordinación o dependencia, que se

⁴⁵ Una de las razones de la resistencia a la eficacia horizontal en el derecho privado corresponde, precisamente, a la tensión que esta idea genera con respecto a la autonomía de la voluntad, entendida como “el poder atribuido a los individuos de crear normas jurídicas en determinados campos a ellos reservados”, FERRI, L. La autonomía privada, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 88. La objeción sería que “si en el tráfico jurídico privado, los sujetos estuvieran vinculados por los derechos fundamentales en la misma medida en que lo están los poderes públicos, no podrían establecer libremente el contenido de esas relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de autonomía de la voluntad”, VENEGAS, M. Derechos fundamentales y Derecho privado, Op. Cit., p. 19. Ahora, “la reducción del papel de la autonomía privada en el contrato de trabajo ha sido uno de los elementos que ha dado sustantividad propia al Derecho del Trabajo que surgió contra el imperialismo del contrato, por negar en el contrato de trabajo el predominio de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora y restringir la aplicación del dogma civil de la autonomía voluntad”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. M. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en AAVV Los Principios del Derecho del Trabajo, DE LA VILLA GIL (Director), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 107.

⁴⁶ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit. p. 527.

traduce en la práctica en el ejercicio por parte de un particular de un poder que, admitido y a fin de cuentas legitimado por el propio sistema jurídico, recae sobre otro particular. Dicha subordinación, de algún modo, quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, y lo acerca más a la relación de jerarquía entre supraordenador y subordinado, propia del derecho público, generando un escenario propicio para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica.

En ese sentido, la relación laboral se muestra tendencialmente restrictiva con el ejercicio de derechos fundamentales del trabajador; no por razones culturales, como suele mostrar la metáfora del mal empleador –el explotador–, sino, cosa distinta, por la racionalidad económica y tecnocrática sobre la cual se estructura el actual andamiaje de la producción de las empresas capitalistas.

Racionalidad que ya animó al *fordismo* en las décadas pasadas, dando origen, entre otras cosas, a la denominada “escuela de la organización científica del trabajo” y su obsesión por el control jerárquico⁴⁷, y que aparece dirigida hoy en la misma dirección: el copiamiento total de los espacios de autonomía del trabajador como medio de optimización del rendimiento productivo de los factores contratados por el propietario.

Hoy, sin embargo, dicho copiamiento no se hace como antaño en la fábrica de Ford, mediante el reloj control y el control inspectivo del supervisor; actualmente se recurre a medios más ligeros, pero igualmente penetrantes: por una parte, el control tecnológico de la relación laboral, generando, como lo ha señalado la doctrina en variadas oportunidades, el peligro de la empresa “panóptica”⁴⁸ y, por otro lado, el reforzamiento de la denominada

⁴⁷ Como se dirá “en una perspectiva de mayor alcance histórico, el taylorismo puede interpretarse como la intersección en que coincide la máxima socialización del trabajo y su máxima subordinación al capital. Con su escrupulosa compartimentación de funciones y su principio vertical de la autoridad, contribuye a enlazar a un gran número de obreros en un gigantesco y único trabajador colectivo. La “taylorización” del trabajo le otorga a la dirección de la empresa los medios para ejercer coacción tecnológica sobre los trabajadores”. HOPENHAYN, M. Repensar el trabajo, Editorial Norma, 2001, Santiago, p 154.

⁴⁸ El panóptico tecnológico es un ingenioso concepto que mezcla el uso de las herramientas y el soporte tecnológico por parte del empleador y la vieja idea de Bentham de la organización piramidal, en este caso empresarial, cuyo ojo central lo puede ver todo, pero sin ser visto. En la doctrina laboral se ha hecho expresa

“cultura de los valores empresariales” y su notable éxito para difuminar la separación entre vida laboral y vida privada⁴⁹.

En la cultura de los valores de la empresa, se sustituye el control y vigilancia propia del *fordismo*, por la adhesión del trabajador al proyecto y el ideario simbólico de la misma, con la consiguiente pérdida de autonomía y libertad del personal⁵⁰.

Desde esa perspectiva, “lo que sí es un elemento nuevo en la cultura corporativa es la sistematización y legitimación de un modo de control que busca deliberadamente configurar y regular la conciencia práctica y, posiblemente, los esfuerzos inconscientes de los empleados por asimilarse. En el establecimiento de los programas de recursos humanos y gestión de calidad total de la cultura corporativa, se aprovecha cualquier ocasión imaginable para dejar la impronta de los valores fundamentales de la empresa en sus empleados, hasta el punto de que, si se tiene éxito en esa misión, la cultura corporativa se convertirá en un medio para acrecentar el totalitarismo”⁵¹.

En ese sentido y ante ese panorama, la irrupción de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, tiene un efecto

alusión al panóptico. Ver MERCADER, J. “Derechos fundamentales y nuevas tecnologías: ¿hacia la empresa panóptica?”, Relaciones Laborales, N° 10, Madrid, 2001.

⁴⁹ Como ha apuntado sagazmente WARDE en esta nueva ideología empresarial “como en los cultos, el adoctrinamiento permanente –seminarios de formación, retiros, sesiones plenarias- permite inocular los valores de la casa, destilar un discurso movilizador y aliviar el espíritu crítico. El credo de la empresa (su misión, sus objetivos) se recitan como un catecismo. Los himnos y las consignas –que abundan en metáforas deportivas y marciales- se entonan con entusiasmo. Hasta la ropa que se viste (frecuentemente ornada con el logo de la empresa), toda da prueba de la devoción del trabajador. En el gigante deportivo Nike, es de buen tono tatuarse en el tobillo el célebre logo. Algunas teorías de dudosa procedencia justifican las prácticas más extrañas. Con el pretexto de promover la cooperación y el espíritu de equipo, ejércitos de animadores, gestores y otros “coaches” enseñan a los asalariados “el arte de ser uno mismo”. Como en los talk -shows (y como en los cultos), se les anima a confesar sus secretos más íntimos”. WARDE, I. “Estados Unidos y la religión del trabajo”, en AAVV El Trabajo, Le Monde Diplomatique, Santiago, 2007, p 47.

⁵⁰ En ese sentido, THOMPSON y ACKROYD señalan que “el poder disciplinario constriñe a los individuos mediante el conocimiento de éstos sobre sí mismos y su creencia en su propia soberanía como consumidor o empleado: el sujeto moderno reproduce voluntariamente las relaciones hegemónicas de dominación y explotación. El instrumento más habitual para llevar a cabo este sometimiento son los programas culturales de la empresa” y en ese sentido, “la inseparabilidad del individuo, la cultura empresarial y el orden organizativo se constituyen unos a otros”. THOMPSON, P y ACKROYD, S. “¿Reina la calma en el frente de trabajo?: una crítica de las recientes tendencias en la sociología de trabajo en el Reino Unido” en AAVV Vigilar y Organizar, Una introducción a los Critical Management Studies, Siglo XXI, Madrid, 2007, p 215.

⁵¹ WILLMOTT, H. “La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas”, en AAVV Vigilar y Organizar, Op. Cit., p 119.

democratizador de la misma, ya que “desaparece, por obra de esa modernización que la Constitución impone, la configuración paternalista del poder empresarial como atributo de una responsabilidad personal frente a la comunidad; y como se elimina la sobrevaloración de los deberes de lealtad y fidelidad del trabajador a la empresa como expresión de una subordinación personal a un modélico funcionamiento de la producción”⁵².

Este cambio de paradigma sobre la Constitución y particularmente sobre los derechos constitucionales -de un modelo de eficacia indirecta o programática y en todo caso exclusivamente vertical, a un modelo de eficacia directa o vinculante y de eficacia vertical /horizontal- tendrá profundos efectos en el Derecho del Trabajo como veremos en adelante.

2.- La constitucionalización del Derecho del Trabajo

En los inicios del siglo veinte el recién nacido Derecho del Trabajo y el viejo orden constitucional no tenían punto de contacto. Eran de algún modo dos desconocidos.

En la cultura jurídica de la época era completamente normal el divorcio absoluto entre el principal instrumento dogmático del nuevo derecho –el contrato de trabajo- y la principal técnica de protección de los individuos del derecho constitucion al –las libertades personales-. Y la explicación histórica de esa desvinculación entre derechos o libertades fundamentales y el mundo industrial del trabajo tenía varias razones:

Por un lado, la importante distinción entre derecho público y derecho privado y la ubicación del contrato de trabajo en esta última área, mantendrá lejos del horizonte conceptual de la regulación de las relaciones laborales, entendidas como un vínculo entre privados sujetos a principios propios de un negocio contractual, las figuras derivadas de la normativa pública constitucional incluida una de sus más potentes construcciones: las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos.

⁵² GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social”, Cuadernos de Derecho Publico, N °7, Madrid, 1999, p 211.

Y por otra parte, la radical distancia entre el prototipo ideológico sobre el que se construirá la regulación jurídica del contrato de trabajo – el obrero industrial- con el de los derechos fundamentales – el burgués liberal-, abriría una brecha política-jurídica difícil de cerrar. Las garantías constitucionales, como una versión jurídica positiva de los derechos fundamentales, eran, antes que todo, prerrogativas que en Estado liberal se acordaban para proteger al comerciante y propietario burgués de la invasión del poder público estatal. Se trataba, en ese sentido, de “derechos del hombre individual, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”⁵³.

Como lo explica nítidamente GRIMM “este nuevo estrato burgués, al que su función había configurado de forma más racional que tradicional, vio obstaculizado el creciente desarrollo de sus potencialidades por un orden basado en los límites estamentales, los vínculos corporativos y feudales y el paternalismo estatal, lo que hizo que comenzase a reflexionarse críticamente” y “sus exigencias, por tanto, podían formularse universalmente: libertad igual para todos”⁵⁴.

Es fácil de advertir, lo poco que tenía que ver con esta matriz ideológica de los derechos fundamentales el prototipo social base del derecho laboral: primero, el obrero del inicio del industrialismo, después el sujeto que trabaja bajo la orden de otro para sobrevivir.

En ese sentido, “desde una perspectiva histórica, el derecho del trabajo se fue construyendo alrededor de instituciones y relaciones jurídicas en que, en principio, poco o nada tienen que ver los derechos fundamentales públicos subjetivos exigibles por los trabajadores en su condición de ciudadanos. El derecho del trabajo era entonces: salario, jornada, descanso, conflicto colectivo”⁵⁵.

Ahora, el cierre de ese divorcio se producirá de la mano de la constitucionalización del derecho en las primeras décadas del siglo pasado. Efectivamente, el cruce del derecho

⁵³ SCHMITT, C. Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p 170.

⁵⁴ GRIMM, D. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2006, p 84.

⁵⁵ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 17.

constitucional y del derecho del trabajo se registrará en el comienzo del siglo veinte, debido al inédito éxito que conseguirá esta última rama en laborar el orden constitucional de la tradición jurídico-continental.

Las constituciones decimonónicas que simplemente ignoraban el fenómeno laboral darán paso, con el inaugural artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917, al denominado constitucionalismo social, esto es, la incorporación progresiva de derechos laborales en las normas superiores del sistema legal.

Más allá de esta coyuntura histórica, la “constitucionalización del derecho del trabajo” corresponderá a la aplicación de las normas constitucionales en la regulación de las relaciones laborales, especialmente aquellas que configuran derechos subjetivos fundamentales, cuya titularidad recae en el trabajador. Y en ese sentido, el proceso de constitucionalización está esencialmente ligado con la expansión de la idea de los derechos fundamentales por el ancho y largo del ordenamiento jurídico, en tanto se entendió que ellos “son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (STC 53/1985).

Y aunque en principio pareciera que se trata de un único e idéntico proceso, no cabe confundir dos fenómenos jurídicos histórica y normativamente diferentes que concurren rotulados bajo el mismo título de constitucionalización. En efecto, la constitucionalización del derecho del trabajo tiene así dos sentidos distintos, según el tipo de normas constitucionales a las que se alude y, especialmente, según la clase de derechos fundamentales a que se refiera.

Se habla así, en primer lugar, de constitucionalización del derecho del trabajo para aquellos casos en que derechos de carácter laboral son reconocidos por las normas constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico, proceso conocido como el “constitucionalismo social”. Pero también, en segundo lugar, para aquellos casos en que las normas

constitucionales que estipulan derechos fundamentales no laborales son recepcionadas por la regulación laboral de un ordenamiento jurídico, proceso conocido como “ciudadanía en la empresa”.

2.1.- El constitucionalismo social: la irrupción del trabajador en el horizonte político

Bajo el nombre de constitucionalización se está haciendo referencia “a las correcciones al liberalismo individualista que cristalizan constitucionalmente en dos importantes textos: la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y la Constitución social-demócrata de la República de Weimar (1919); textos en los que emerge, como nuevo centro de imputación normativa, el trabajo humano y en los que se procede al reconocimiento de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, de los trabajadores”⁵⁶.

Este constitucionalismo social significará dos cuestiones importantes: por una parte, una renovación del modelo antropológico de persona tras el texto constitucional – del propietario burgués al ciudadano en sentido amplio⁵⁷ y por otra, una renovación con la igualdad material como objetivo constitucional relevante, mediante la estipulación de derechos con contenido social.

Esta fase de constitucionalismo social “apareció de la mano de la crisis social de los años 30, y que puede ser considerada como la respuesta política-jurídica frente a un nuevo pico

⁵⁶ MONTOYA, A. “El trabajo en la Constitución” en AAVV El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p 464. Aunque ambos textos constitucionales inauguran la dimensión social del orden constitucional, cabe señalar que sus alcances son diversos: en el caso mexicano hay una recepción social más limitada que el texto alemán, ya que se circunscribe fundamentalmente a la función social de la propiedad, especialmente la agrícola (artículo 27), y el reconocimiento de la protección del trabajo (artículo 123). La explicación dice relación con la fuerte influencia del movimiento obrero campesino en la Revolución de 1910, hecho político desencadenante del nuevo orden constitucional. En el caso alemán, la Constitución de Weimar tiene un sentido social amplio que abarcará cuestiones tan diversas como el derecho a la protección al trabajo (artículo 157), el derecho a la seguridad social (artículo 161), derecho a la sindicalización (artículo 159) vivienda digna (artículo 155) y a la instalación de Consejos obreros para los trabajadores (artículo 147).

⁵⁷ En el Congreso constituyente de Querétaro se dirá que “así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos de l hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros”, ver GARCÍA RAMÍREZ, S. “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, Derechos Humanos, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, N° 61, 2003, p 85.

de radicalización social –una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo. En tales textos tendieron a quedar consagrados los derechos del trabajador y sobre las condiciones laborales; protecciones en materia de seguridad social”, “cláusulas sobre los derechos de las organizaciones sindicales, el derecho de huelga y los convenios colectivos de trabajo”⁵⁸.

Esta nueva dirección del pensamiento jurídico “se corresponde con una modificación de la realidad social, con el desarrollo de la sociedad industrial, con la aparición progresiva de la clase trabajadora como nueva clase ascendente, con las condiciones económicas, sociales y culturales precarias en que vive, con las duras y penosas dimensiones en que desempeña su trabajo”⁵⁹.

Primeramente, se ampliará el modelo antropológico del orden constitucional decimonónico. Este orden supone la “identificación exclusiva del hombre –titular universal de derechos- con el individuo, según la concepción ideológica del liberalismo, y del individuo con el burgués”⁶⁰.

La ampliación relatada abrirá ese citado orden a una pluralidad de sujetos anteriormente ignorados -campesinos, asalariados, pobre, infante, etc. - lo que importará, en la mayor parte de las veces, reconocer el derecho de organización de estos nuevos sujetos constitucionales, incluyendo, como caso paradigmático, las organizaciones sindicales.

El constitucionalismo decimonónico “presenta para el trabajador en relación de dependencia un déficit político considerable”⁶¹. Y ello se debe a su situación de “sirviente,

⁵⁸ GARGARELLA, R. Izquierda y Derecho, Materiales de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, inédito, ver en www.seminariogargarella.blogspot.com, p 15.

⁵⁹ PECES-BARBA, G. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto”, Derechos y libertades, N° 6, Madrid, 1998, p 21.

⁶⁰ DE LUCAS, J. El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural, Temas de hoy, Madrid, 1994, p 787.

⁶¹ VÁSQUEZ VIALARD, A. “Fundamentos constitucionales del Derecho del Trabajo Argentino” en AAVV El trabajo y la Constitución, Op. Cit., p 31.

doméstico, no propietario o no contribuyente en la medida exigida por la ley constitucional o la ley ordinaria, con frecuencia no es elector, ni elegible”⁶².

Aparecerá así, por primera vez en las letras constitucionales de la tradición jurídica continental, la figura del trabajador asalariado y la de sus organizaciones de defensa de intereses, anteriormente proscritas y reprimidas jurídicamente. En España, la Constitución de la II República de 1931 “por primera vez en nuestra historia constitucional, se ocupa de un modo expreso y circunstanciado del trabajo asalariado”⁶³.

En el resto de los países el constitucionalismo social irá en la misma dirección: “la primera oleada reformista apareció de la mano de la crisis social de los años 30, y puede ser considerada como respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social”⁶⁴.

Y en segundo lugar, el constitucionalismo social revitalizará los “compromisos igualitarios” que el liberalismo había logrado desterrar de los textos constitucionales en desmedro de la libertad. Ese liberalismo constitucional había sostenido un débil compromiso con la igualdad, que se restringía a la “igualdad legal”, esto es, a la idea de que ella consistía en ser tratados todos por iguales en la ley.

Se dirá entonces que, “el cambio más significativo del tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho lo constituye la sustitución de una concepción formal por una material de igualdad; la realización de la igualdad ya no queda librada únicamente a las

⁶² SAGÜES, N. “Constitucionalismo social” en AAVV Tratado de Derecho del Trabajo, VÁSQUEZ (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1982, p 671. La exclusión política y consiguientemente constitucional del trabajador en el siglo XIX, vendrá a ser justificada desde la filosofía política liberal como un problema de libertad: “la repetición monótona y alienante de la misma tarea, la falta de educación, la ignorancia, impiden el desarrollo de verdaderos ciudadanos. Además, un pensamiento contraído se domina con mayor facilidad. Es lo que ocurre, precisamente, con la clase obrera, la gran damnificada en el proceso liberador que desata la sociedad comercial. Si la libertad es ausencia de dominación, el trabajador asalariado no es libre”. AGUIAR, F. “¿Un Adam Smith republicano?”, en AAVV Republicanismo y Democracia, Editorial Mino y Davila, Madrid, 2005, p 115.

⁶³ MONTOYA M, A. Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873 -1878), Civitas, Madrid, 2009, p 216.

⁶⁴ GARGARELLA, R. “Injertos y rechazos: radicalismo político y transplantes constitucionales en América”, en AAVV Derecho y Cultura, SELA, Bogotá, 2007, p 277.

fuerzas del mercado, sino que depende de la continua y deliberada intervención de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos”⁶⁵.

Ese compromiso igualitario, ahora reforzado constitucionalmente, se implementará a través de la recepción de los derechos sociales. Éstos no encajan con la idea de los derechos como libertad negativa, propia del constitucionalismo político decimonónico, y su objetivo evidente es aproximarse al ideal de igualdad material.

En efecto, dichos derechos –sociales y/o económicos- “ante la desigualdad en el punto de partida, pretende la igualación en el punto de llegada para hacer posible una convivencia igual desde posiciones equiparables en la calidad de vida, en los medios de que disponen, en el ámbito de protección de que cada uno disfruta”⁶⁶.

Y para esa pretendida igualación por los derechos sociales es imprescindible abordar el problema del trabajo. De acuerdo con “ese modelo originario del derecho social, si el trabajo es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de la riqueza deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado”⁶⁷.

Por ello, para el logro de esa finalidad redistributiva del nuevo orden constitucional social, se erige como pieza fundamental el reconocimiento del derecho a la libertad sindical y los derechos vinculados al conflicto colectivo –negociación colectiva y huelga-. En ese sentido “el nacimiento y desarrollo del derecho social están marcados a fuego por el intento de codificar en términos jurídicos los conflictos relacionados con el trabajo asalariado”⁶⁸.

En el centro de ese constitucionalismo social está, entonces, la libertad sindical y la negociación colectiva. En efecto, “el valor constitucional de la libertad tiene una cualificada expresión laboral, de dimensión tanto individual como colectiva, en la libertad sindical: un

⁶⁵ ARANGO, R. Derechos, constitucionalismo y democracia, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p 68.

⁶⁶ PECES-BARBA, G. “Reflexiones sobre los derechos sociales” en AAVV Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p 92.

⁶⁷ COURTIS, C. “Los derechos sociales en perspectiva”, en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007, p 187.

⁶⁸ COURTIS, C. Idem.

derecho éste reivindicado por el movimiento obrero desde sus orígenes. Reconocida en las Constituciones de Querétaro y Weimar y, a partir de ellas en todo el moderno constitucionalismo, la libertad sindical supone un avance trascendental a partir del simple derecho de asociación y reunión contemplado en las viejas constituciones del siglo XIX”⁶⁹.

2.2.- Constitucionalización y ciudadanía en la empresa

Existe además otro proceso de constitucionalización.

La combinación de la denominada eficacia normativa de las normas constitucionales - particularmente de las que estipulan derechos fundamentales - y de la eficacia horizontal de dichos derechos entre privados -especialmente en la relación laboral- gatillarán un segundo cruce histórico entre el orden constitucional y el derecho del trabajo.

De ahí que se afirme que “la antigua posición que sólo reconocí a eficacia vertical a los derechos fundamentales estaba anclada en el viejo constitucionalismo, en tanto que, en las primeras constituciones, las proclamaciones de esos derechos se efectuaban para proteger al individuo de la tiranía del Estado. En cambio, en las sociedades modernas es claro que junto a un posible Estado agresor del individuo, los grandes núcleos privados de poder económico pueden dar lugar a relaciones de dominación de los individuos, tan intensas o más que las nacidas desde los poderes públicos y respecto de las que también resulta imprescindible defenderse”⁷⁰.

Y el caso paradigmático de ese poder privado es el del empleador en la relación laboral. Como se ha apuntado, “desde tiempo atrás se viene planteando como cuestión crucial la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en particular respecto a los que se han llamado derechos laborales fundamentales inespecíficos a partir de los cuales se puede afirmar la ciudadanía del trabajador en la empresa. En efecto, si es posible diseñar una Constitución socio-económica para referirse a los ciudadanos titulares de esos derechos

⁶⁹ MONTOYA, A. “El trabajo en la constitución” en AAVV El trabajo y la Constitución, Op, cit., p 474.

⁷⁰ PEDRAJAS, A. “Los derechos fundamentales de las persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, Actualidad Laboral, N°4, Madrid, 2000, p 56.

fundamentales en cuanto trabajadores, y a los empresarios en tanto son titulares de una organización productiva y creadores de empleo, no se puede prescindir de esa otra vertiente de la constitucionalización de las relaciones sociales y económicas que trata de hacer efectiva la ciudadanía en las empresas”⁷¹.

Se trata, como lo dicen algunos, de una nueva fase de la constitucionalización del derecho del trabajo: “con el reconocimiento –frecuentemente antes por obra de la jurisprudencia constitucional que por las legislaciones- de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales en el marco del contrato de trabajo se ha iniciado, con una cronología variable en países de régimen constitucional una nueva fase en la constitucionalización del Derecho del Trabajo, de continuo abierta”⁷².

La jurisprudencia constitucional recepcionará desde los años ochenta esta nueva fase de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, con sendos pronunciamientos que implementarán una reconfiguración en clave constitucional de las relaciones laborales: *“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, porque «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional» F.J. 2 (STC 88/1985)”*.

2.3- Constitucionalización y derechos fundamentales del trabajador

⁷¹ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en AAVV El trabajo y la Constitución, Op. Cit., p 500.

⁷² RIVERO, J. Ibídem, p 491.

Los procesos de constitucionalización históricamente delineados, han dejado para el Derecho del Trabajo la implantación en el centro de las relaciones laborales de una de sus técnicas principales de protección como son los derechos fundamentales. Ya sea “que hayan sido concebidos y recogidos para desplegar sus efectos principales en el marco de las relaciones de trabajo o que, aunque puedan tener una proyección en el ámbito laboral, correspondan a todo ciudadano con independencia de su condición de trabajador. En cualquier caso, ambos tipos de cláusulas se integran en lo que se viene denominando Derecho Constitucional del Trabajo”⁷³.

De ahí que por tratarse de dos fases de constitucionalización diferentes haya hecho fortuna en la doctrina laboral una distinción respecto de los derechos fundamentales sobre la que han girado ambos fenómenos: para el caso del constitucionalismo social se ha hablado de derechos fundamentales específicos, y para el caso de la ciudadanía en la empresa se ha hablado de los derechos fundamentales inespecíficos⁷⁴.

De este modo, circundan en torno al sujeto: por una parte, “los derechos específicamente laborales de que son titulares los trabajadores asalariados o empleadores en tanto que sujetos de una relación laboral” –paradigmáticamente derecho a la huelga y negociación colectiva- y por otra “los derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por sujetos de las relaciones de trabajo –los trabajadores en particular- en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos”⁷⁵.

⁷³ SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva” en AAVV El modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p 274.

⁷⁴ Por su parte, existen autores que proponen distinguir dos tipos de derechos fundamentales inespecíficos: los que corresponden a libertades civiles, como la intimidad o la libertad de expresión y los que corresponden a libertades políticas, como el derecho a votar o a ser candidato. Estos últimos no han tenido importancia en términos de litigiosidad porque “los empresarios han respetado razonablemente los derechos de participación en la vida pública de los trabajadores”. OJEDA AVILÉS, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Revista Derecho Social, N° 35, Albacete, 2006, p 14. En rigor, no nos parece clara la distinción propuesta, en tanto estos derechos fundamentales políticos no tienen como sujeto pasivo a los empresarios.

⁷⁵ PALOMEQUE, M. C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AAVV El modelo social de la Constitución, española de 1978, Op. Cit. p 229.

Y aunque pareciera lo mismo, ya que al fin y al cabo estamos hablando de derechos fundamentales cuyo titular es el trabajador, cabe destacar relevantes diferencias entre ambas fases de la constitucionalización del derecho del trabajo que van más de allá de la distinción en torno al criterio del carácter de titular exclusivo o no del trabajador.

Desde la perspectiva histórica, la recepción de los derechos fundamentales propiamente laborales o específicos será un hecho temprano. El constitucionalismo social, como ya se apuntó, nacerá de la mano del siglo veinte que, en sus inicios, tanto en México (1917) como en Alemania (1919), incluirá con rango constitucional la libertad sindical y sus consecuencias necesarias como la negociación colectiva y la huelga.

La razón de esta temprana recepción dice relación con el denominado “pacto social o keynesiano”. La crisis inicial del capitalismo, provocada en parte por el surgimiento de una clase obrera que impugna sus precarias condiciones de trabajo, exige una solución estatal y defensiva. Esa solución será el reconocimiento jurídico del conflicto laboral.

“La regulación keynesiana suponía, de hecho, la institucionalización del conflicto industrial a través de la función de arbitraje y de mediación del Estado contemporáneo, lo que venía a subrayar la complementariedad –o al menos las posibilidades de conciliación- de la acción reivindicativa sindical con el reequilibrio del sistema productivo y la estimulación de la demanda, puntos centrales de la políticas económicas keynesianas”⁷⁶.

Y en este escenario, el Estado interviene el ámbito económico en las relaciones laborales que se desarrollan en su interior, con el objetivo explícito de dar viabilidad al modelo capitalista:

“Esa mezcla de Estado Nacional, reconocedor de fallos de mercado en el ámbito de las relaciones laborales, fundamento de la era del capitalismo corporativista o, si se quiere, de la programación social del conflicto laboral, en el que se instauró una dinámica de

⁷⁶ ALONSO, L.E. Trabajo y ciudadanía, Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial, Trotta, Madrid, 1999, p 98.

cooperación negociada, donde la regulación corporativista del conflicto y el Estado de Bienestar keynesiano se fundieron, en su origen, en un pacto asimétrico, entre capital y trabajo –el famoso pacto keynesiano- presidido por la aceptación inevitable, por parte del trabajo, de la lógica de la ganancia y del mercado como principales guías de la asignación de recursos en el ámbito micro, a cambio de participar en la negociación de la distribución del excedente social en el ámbito macro”⁷⁷.

A esa política de intervención estatal le corresponde, en consecuencia, la construcción de un modelo de relaciones laborales donde ocupa un lugar central la organización sindical de los trabajadores y el derecho a negociar colectivamente asociado a ella:

“Esta teorización del Derecho del Trabajo refleja un proyecto de reforma social protagonizado por el Estado y su acción de tutela, pero en el que se abre un espacio de actuación para las organizaciones sindicales, supeditado a aquél, y que cobra cuerpo especialmente mediante la racionalización de la negociación colectiva. El ejemplo histórico que podría sintetizar los componentes básicos de esta solución se localiza en la República de Weimar”⁷⁸.

Pero será un reconocimiento, en todo caso, condicionado. Esto es, sometido a una estricta regulación legal pública en el entendido que “la autonomía sindical no alcanzará, en estas versiones, un sentido de amplia alteridad respecto del Estado. Por el contrario, se parte de la “publicación” relativa de la actuación de los sindicatos y del sometimiento jerárquico de ésta a los fines estatales. Adicionalmente, la puesta en práctica de mecanismos públicos para las relaciones colectivas del trabajo con presencia estatal y capacidad dirimente en la solución de conflictos, integra aún más a las organizaciones sindicales en el ordenamiento estatal”⁷⁹.

En ese sentido, los derechos fundamentales propiamente laborales del trabajador serán tempranamente reconocidos por el Estado dentro del marco de la constitución de las

⁷⁷ ALONSO, L. E. *Ibídem*, p 99.

⁷⁸ BAYLOS, A. *El derecho del trabajo: un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1997, p 32.

⁷⁹ BAYLOS, A. *Ibídem*, p 33.

sociedades democráticas industriales de inicios del siglo veinte, pero sometidos, al mismo tiempo, a una profusa y sistémica regulación legal que abarcará las tres puntas más relevantes de esos derechos: la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga.

La recepción de los derechos fundamentales inespecíficos, en cambio, se producirá recién en la segunda mitad del mismo siglo. De forma progresiva y bajo el alero de la doctrina judicial alemana de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales: “la teoría de la *Drittwirkung*, en sus dos modalidades, se construye dogmáticamente por la potente escuela constitucionalista alemana durante la década de los años cincuenta; y es ahí, igualmente, donde se conocen sus primeras aplicaciones”⁸⁰.

En ese sentido, se afirmará que “la reivindicación de los derechos de la persona del trabajador aparece en un momento tardío, en una fase, en efecto, en la que ya han accedido al catálogo de los derechos fundamentales en la mayor parte de las constituciones modernas, de un lado, las libertades de dimensión colectiva –huelga y sindicación por ejemplo- y, de otro, los derechos de prestación cuya satisfacción requiere la adopción por el legislador de concretas medidas positivas –salario suficiente, jornada de trabajo limitada por ejemplo-”⁸¹.

De hecho, el legislador laboral ignorará históricamente la recepción de estos derechos fundamentales del trabajador, siendo su entrada por la puerta jurisprudencial. Tal como se ha explicado en forma constante “con el reconocimiento –frecuentemente, antes por obra de la jurisprudencia constitucional que por las legislaciones - de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales en el marco del contrato de trabajo se ha iniciado, con una

⁸⁰ VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, N° 17, enero-diciembre, Madrid, 2003, p 505. Como explica este mismo autor: “la problemática de la *Drittwirkung*, alumbrada en Alemania pero convertida en un “artículo de exportación” hacia otros ordenamientos, se desdobra en dos tesis: la de eficacia mediata (*mittelbare*) y la de la eficacia inmediata (*unmittelbare*). En un orden cronológico, esta última, aplicada por vez primera por el Tribunal Federal del Trabajo a iniciativa de quien fuera el Presidente de su Sala Primera, el civilista y laboralista H.C Nipperdey, precedió a aquella primera, acogida más tarde por el Tribunal Constitucional”. *Ibidem.*, p 503.

⁸¹ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo”, *Op. Cit.*, p 49.

cronología variable en los países de régimen constitucional, una nueva fase en la constitucionalización del Derecho del Trabajo”⁸².

Esa “cronología variable” dice relación, salvo contadas excepciones⁸³, con la nula recepción por la normativa legal de la citada eficacia horizontal en el contrato de trabajo, la que dependerá entonces de su implementación progresiva por decisiones judiciales, especialmente las provenientes de la justicia constitucional de los distintos países.

En efecto, exceptuando en alguna medida el caso italiano⁸⁴, el derecho laboral comparado tendrá en los órganos jurisdiccionales la vía preferente de implementación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, desde su partida en los años cincuenta en Alemania, hasta su recepción “con algún retraso”⁸⁵ en la década de los ochenta en España.

Y esa asimetría temporal en el reconocimiento de ambos costados de los derechos fundamentales del trabajador –los propiamente laborales o colectivos y los constitucionales generales- daría lugar a un curioso cuadro histórico durante buena parte del siglo veinte: trabajadores que simultáneamente dotados de la capacidad de organizarse colectivamente y actuar de manera concertada para el logro de sus fines profesionales, mediante el ejercicio de los derechos laborales colectivos ya reconocidos en el texto constitucional, se

⁸² RIVERO LAMAS, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit. p 491.

⁸³ Como una excepción de referencia se encuentra el caso italiano y su Estatuto de los Trabajadores de 1970: “el principal eje ideológico de esta ley, que fue adoptado repetidamente como modelo para la legislación española, no es otro que el reconocimiento de la “Drittwirkung” o eficacia frente al empresario de los derechos fundamentales del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo”, OJEDA AVILES, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Revista Derecho Social, N° 6, Albacete, 1999, p 19.

⁸⁴ Como apunta LOY “durante largo tiempo se ha pensado que muchos de aquellos derechos, de ejercicio pleno en el ámbito público, no podían superar el umbral de la empresa por ser propiedad privada del empresario. Es a partir de la promulgación del Statuto del lavoratori, en 1970, cuando se abandona tal concepción. Gracias a esta ley viene definitivamente abatido –al menos, así se espera- el presupuesto de la teoría de típico signo capitalista según la cual es posible aislar en la empresa un ámbito de relaciones económico-organizativas salvadas de cualquier control político y normativo”. LOY, G. “El dominio ejercido sobre el trabajador” en AAVV El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005, p 62.

⁸⁵ VALVERDE, A. M. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Revista Derecho Social, N° 6, Albacete, 1999, p 11.

encontraban desprovistos de las garantías propias de un ciudadano apenas traspasaban el umbral de la fábrica, la que, como se ha destacado, operaba con énfasis feudales⁸⁶.

Una segunda diferencia relevante entre ambos procesos de constitucionalización es una asimetría normativa. En general, el constitucionalismo social no se hará en el vacío, sino que vendrá acompañado por regulaciones normativas infraconstitucionales –especialmente legales- que junto con reconocer, regularán el ejercicio de los derechos fundamentales específicos o laborales⁸⁷.

El legislador laboral prestará significativa atención a la incorporación y al ejercicio de este derecho dentro de la relación de trabajo. Por sus evidentes implicancias distributivas, el sistema político, junto con reconocer constitucionalmente estos derechos, se preocupará por controlar mediante su regulación los fenómenos colectivos del trabajo. De ahí la existencia en el derecho laboral comparado de regulaciones sistémicas del fenómeno colectivo del trabajo y los derechos fundamentales asociados a ella.

Y ahí, en ese punto surge una pregunta evidente: ¿existe una reglamentación legal comparable en el caso de los derechos fundamentales inespecíficos?

Dichos derechos fundamentales del trabajador no serán objeto de atención por parte de la regulación legal. Tal como ha destacado ampliamente la doctrina existe “una anomia generalizada en la que han de desenvolverse estos derechos. Salvando las excepciones de rigor, las normas típicamente laborales de los distintos ordenamientos laborales rara vez

⁸⁶ En el mismo sentido, el *fordismo* industrial de la primera mitad del siglo XX que suponía -simultáneamente- trabajadores dotados de libertad sindical y de negociación colectiva, convivía pacíficamente con relatos como éste: “Ford tiene un cuerpo de inspectores que controlan la vida de los empleados y trabajadores y les imponen un régimen determinado; controlan hasta la alimentación, la cama, las dimensiones de las habitaciones, las horas de descanso, e incluso asuntos más íntimos, el que no se doblega a esto queda despedido”. GRAMSCI, A. Antología, Siglo XX, México, 1978, p 255.

⁸⁷ De ahí que “del reconocimiento de la libertad sindical –para cuyo desarrollo se dictó la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical- derivó de modo natural una nueva concepción constitucional de la negociación colectiva, exclusivamente vinculada a la autonomía colectiva” y “el artículo 37.1 CE que regula el derecho de negociación colectiva, dispone además que corresponde a la ley garantizarlos. Esta ley no es otra que el Estatuto de los Trabajadores, cuyo título III trata precisamente –de la negociación y de los convenios colectivos-, fijando la naturaleza del convenio y reglas sobre legitimación y procedimiento para negociar”. MONTOYA, A. “El trabajo en la Constitución” en AAVV El trabajo y la Constitución, Op. Cit. p 487.

contienen disposiciones que, de manera expresa y directa, reconozcan a los trabajadores la titularidad de los derechos que, como ciudadanos, las normas supremas le confieren”⁸⁸.

De esta manera, como se ha apuntado, “la criticable imprecisión legislativa obliga a una creadora, cuasi legislativa, de los tribunales”⁸⁹. Y no de cualquier tribunal. En ese sentido, la falta de regulación legal de este tipo de derechos empujará la solución judicial de naturaleza constitucional “ante la desidia del legislador laboral”(..)“en la protección de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo llevaron al Tribunal Constitucional, en una auténtica labor de suplencia a establecer las bases y los instrumentos para asegurar la operatividad de los derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo”⁹⁰.

¿Qué explica esta diferencia normativa de los ordenamientos laborales en el tratamiento de los derechos fundamentales de los trabajadores?

Una respuesta razonable para este estado general de “raquitismo legislativo”, será la menor importancia político-económica de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, lo que reducirá significativamente el interés del sistema político por el control y regulación de ese lado de la constitucionalización.

El menor peso político laboral de los derechos fundamentales inespecíficos o dicho de otro modo, su menor ofensividad político-económica, no dice relación con su carácter de límite del poder empresarial, cuestión que comparte con los derechos fundamentales propiamente laborales, sino con el tipo de titularidad que supone -de carácter individual- y la pretensión que protegen, que es una posición de defensa cuyo correlato por regla general es un deber negativo para el empresa – un no hacer: no invadir el espacio protegido por el derecho fundamental de que se trata-.

⁸⁸ VALDÉS DAL-RE, F. Presentación Número Monográfico Nuevas Tecnologías y Derecho del Trabajo, RL, N° 5-6, Madrid, 2009, p 4.

⁸⁹ SALA FRANCO, T. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral” en AAVV Trabajo y libertades públicas, Borrajo, E (coord.), La Ley, Madrid, 1999, p 205.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, en AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit. p 208.

A diferencia de lo anterior, los derechos fundamentales laborales –particularmente la negociación colectiva y la huelga- son derechos de naturaleza individual pero de ejercicio colectivo, cuya pretensión es positiva: un hacer que consistirá no sólo en la distribución de utilidades, sino en el poder al interior de la relación laboral⁹¹. Por ello, de éstos se ha dicho que “entre otras significaciones tienen la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes” y que en el caso de la huelga opera “*como instrumento de presión constitucionalmente reconocido, que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales (F.J 4)*” (STC 123/1992).

Y se trata de derechos con una intensa connotación político distributiva, que se enmarcan en la ciudadanía en la empresa entendida “como recuperación de aspectos económicos y sociales de la misma –es decir a través de la consecución de la igualdad sustancial, no formal- que sólo podía realizarse a través de los colectivos, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores. El constitucionalismo industrial tiene ese sesgo, la generación de instituciones de contrapoder colectivo. Este es el principio fundante de la democracia industrial, de la democracia colectiva”⁹².

En ese sentido, dichos derechos son expresión de la institucionalización del conflicto central de las sociedades capitalistas modernas, como lo es la disputa salarial del reparto de las utilidades sociales agregadas entre los factores del trabajo. De ahí que dicho conflicto aparezca “regulado por un potente aparato normativo, y que da lugar a formas

⁹¹ Se habla así de “un derecho de doble titularidad, siendo las representaciones colectivas titulares directas de unos contenidos del derecho, mientras que corresponde otras facetas del mismo a los individuos representados por formaciones colectivas”. RIVERO, J y DE VAL TENA, A. “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, en AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit., p 655. En la misma línea, respecto de la huelga, RAY señala que: “es un derecho que pertenece a cada asalariado, único titular de este derecho constitucional. Pero si el asalariado hace la huelga él solo, en principio, incurre en culpa porque la huelga tiene que ser ejercida colectivamente”. RAY, J.E. La huelga hoy en el derecho social comparado, Esade, Madrid, 2007, p 233.

⁹² BAYLOS, A. Derecho del Trabajo: un modelo para armar, Op. Cit., p 96.

relativamente ordenadas de protesta, enmarcadas en un contexto que tiene como principal referente la negociación colectiva”⁹³.

Es evidente la fuerte connotación política que los derechos fundamentales específicos tienen para un sistema de relaciones laborales. Por ello, no es de extrañar que, tal como lo señalará ampliamente la doctrina, la introducción en el texto constitucional de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, tendrá una clara consecuencia política o institucional: el establecimiento de un sistema de relaciones laborales democrático.

En efecto, se afirmará que el reconocimiento constitucional de la libertad sindical y de la huelga es una consecuencia precisa de una toma de posición de política jurídica asumida por el legislador constituyente, referida a “la cláusula de Estado social y democrático de derecho (art.1.1CE) que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de los grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de “otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de intereses de los trabajadores en conflictos socioeconómicos” (S TC11/1981)”⁹⁴.

La naturaleza de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, en cambio, es distinta. Se trata preponderantemente de derechos de titularidad individual cuyo contenido es la protección de un espacio de autonomía frente a terceros y en ese sentido corresponden, técnicamente, a los denominados clásicos derechos de defensa. Es decir, son derechos que “ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales”⁹⁵.

Por lo anterior, pese a su tardía recepción en el derecho laboral a la que hemos hecho referencia, se trata de derechos que pertenecen “a la primera generación de derechos fundamentales, aquella que ya quedó plasmada en las manifestaciones más germinales del

⁹³ ALONSO, L. E. Trabajo y ciudadanía, Op. Cit., p 50.

⁹⁴ PALOMEQUE, M.C. “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”, en Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque, Salamanca, 2004, p 138.

⁹⁵ ARANGO, R. El concepto de derechos sociales fundamentales, Legis, Bogotá, 2005, p 35.

constitucionalismo moderno, aparecidas a lo largo del siglo XIX”. Y en ese sentido, estos derechos se caracterizan “por reunir un doble requisito de ser derechos de la persona o personalidad, por cuenta pertenecen al trabajador en su condición de tal, aún cuando se ejerzan en el marco del contrato de trabajo, y de ser derechos de libertad, ya que su objeto consiste en la ausencia de intromisiones o interferencias”⁹⁶.

Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no laborales –o inespecíficos- buscan limitar, en razón de la libertad y la autonomía personal, el poder empresarial, mientras que los derechos fundamentales propiamente laborales –o específicos- buscan, en razón de la igualdad, repartir ese mismo poder.

La evidencia normativa en el derecho comparado es también significativa. En las legislaciones laborales, salvo contadas excepciones, existe una profusa regulación del ejercicio de los derechos fundamentales como la negociación colectiva y la huelga. Ese detallismo legal contrasta con el más acentuado silencio respecto de cómo deben ejercerse –si es que se reconocen- los derechos fundamentales vinculados a la ciudadanía en la empresa.

La excepción se presenta en la regulación de situaciones específicas, particularmente referidas al derecho a la no discriminación, el acoso sexual o los medios de control de los trabajadores. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 4 del Statuto dei lavoratori que prohíbe el uso de instalaciones audiovisuales u otros dispositivos de control de la actividad laborativa⁹⁷ o la regulación del acoso moral en los artículos 122-49 a 122-53 en el Código del Trabajo francés⁹⁸ o, en fin, la regulación del derecho a la no discriminación en el trabajo en el artículo 17 del Estatuto de Trabajadores de España⁹⁹.

⁹⁶ VALDÉS DAL-RE, F. Presentación Número Monográfico Nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 3.

⁹⁷ Ver FERNÁNDEZ, S. “Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra”, en AAVV El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005, pp 85 -93.

⁹⁸ Ver ZARZALEJO, M. “El acoso moral en la experiencias comparada, internacional y comunitaria: concepto y responsabilidad jurídica”, en AAVV Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo, Comares, Granada, 2007, pp 1-39.

⁹⁹ Ver GALIANA, J y CAMARA, A. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AAVV El modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit., pp 329- 360.

Pero donde se encuentra la diferencia más relevante y que se liga con lo anteriormente apuntado, es en las consecuencias políticas de ambos procesos. Mientras la incorporación de los derechos fundamentales específicos –como la negociación colectiva y la huelga– producen un significativo efecto de reparto del poder empresarial atendido su objetivo de reequilibrar las relaciones laborales, el ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos carece de ese efecto al menos en términos comparables, en cuanto su objetivo explícito es relativamente más modesto: asegurar un espacio de autonomía personal para el trabajador.

Y ello porque “el constitucionalismo industrial tiene por tanto ese sesgo, la generación de instituciones de contrapoder colectivo. Este es el principio fundante de la democracia industrial, de la “democracia colectiva”, según el cual la trasposición a los centros de trabajo del sistema de libertades civiles se produce mediante la acción de sujetos colectivos y su “legalización” en la empresa”¹⁰⁰. A diferencia de los derechos fundamentales inespecíficos cuyo objeto es expresar demandas individuales de respeto a la dignidad y autonomía personal –como el derecho a la no discriminación o la privacidad–, los derechos fundamentales de contenido laboral tendrán por expreso fin contrarrestar el poder del empleador en las relaciones laborales.

2.4.- Objeciones a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo

La generalizada aceptación en el Derecho del Trabajo de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales del trabajador y la denominada “constitucionalización” del contrato de trabajo – esto es, la posibilidad avalada jurisdiccionalmente de que el trabajador pueda oponer sus derechos fundamentales en contra del empleador– supone enfrentar algunas objeciones relevantes que provienen desde el derecho privado y que dicen relación con la pérdida de espacio para la autonomía de las partes en las relaciones de trabajo, a manos de las normas constitucionales.

¹⁰⁰ BAYLOS, A. Derecho del Trabajo: un modelo para armar, Op. Cit. p 96.

En efecto, como ya señalamos a propósito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, una fuerte resistencia a la constitucionalización del derecho laboral proviene desde la dogmática del derecho privado. Y dice relación con el hecho de que las relaciones jurídicas privadas, como entre otras las de trabajo, tienen como axioma regulativo la idea de la autonomía de la voluntad.

Y precisamente se alude de manera crítica la tensión que esta idea genera con respecto a la autonomía de la voluntad, concebida como “el poder atribuido a los individuos de crear normas jurídicas en determinados campos a ellos reservados”¹⁰¹, y en el entendido que esos sujetos “son libres para celebrar los negocios que tengan por conveniente y establecer a través de ellos cauces idóneos para la realización y consecuencia de sus fines e intereses”¹⁰².

El reparo a la recepción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales inter-privados sería que “si en el tráfico jurídico privado, los sujetos estuvieran vinculados por los derechos fundamentales en la misma medida en que lo están los poderes públicos, no podrían establecer libremente el contenido de esas relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de autonomía de la voluntad”¹⁰³. Corre, en ese sentido, “peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indispensables para la acción estatal”¹⁰⁴.

Se agrega, entonces por los críticos, que “hay acuerdo doctrinal en que una eficacia horizontal de los derechos fundamentales plena y homogénea sería incompatible con todo sistema de derecho privado: el Estado no puede violar el principio de igualdad, pero los particulares pueden, por ejemplo, contraer matrimonio en función de sus creencias religiosas, testar en función de sus preferencias sexuales o parecidamente, pueden también

¹⁰¹ FERRI, L. La autonomía privada, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 88

¹⁰² DÍEZ-PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Civitas, Madrid, 1993, p. 74.

¹⁰³ VENEGAS, M. Derechos fundamentales y Derecho privado, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 19

¹⁰⁴ HESSE, K. Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1995, p. 61.

contratar o asociarse en función de criterios caprichosos que resultarían inaceptables para una administración pública”¹⁰⁵.

El dogma de la autonomía de la voluntad es sostenido como la proyección jurídica de la libertad individual, verdadero valor detrás de toda la construcción del orden jurídico privado. Se trata, en ese sentido, de una idea que nace del cruce de dos nociones relevantes: la libertad individual y la igualdad formal de los sujetos. En efecto, la autonomía de la voluntad se funda en “a) la igualdad de las partes, situadas ambas en el mismo rango, con iguales posibilidades de exigir y prestar; y b) la libertad plena de ambas que concurren espontáneamente a pactar lo más acorde con sus intereses”¹⁰⁶.

En ese sentido, la doctrina privatista decimonónica construirá un postulado fundamental para el derecho privado: si las partes son libres e iguales, entonces, el acuerdo que de sus voluntades nazca será esencialmente justo.

Se trata de la idea de libertad negativa proyectada en el derecho. Esta idea de la autonomía de la voluntad como proyección de la libertad, entendida en su sentido clásico de libertad negativa, será precisamente la que comenzará a decaer en las primeras décadas del siglo XX. Y decaída que sea la idea de libertad negativa como mera ausencia de restricciones estatales, y recobrada de paso una idea de libertad como no sometimiento o dominación, menguará consecuentemente el dogma de la autonomía de la voluntad.

La expresión jurídica más evidente de esa caída es precisamente el Derecho del Trabajo. En efecto, la crítica mayor relevancia al dogma de la autonomía de la voluntad vendría de la exclusión del trabajador como sujeto contractual: “la ausencia de una regulación del contrato de trabajo aparece como la mayor laguna del Código Civil, una carencia que se denuncia por parte de los autores socialistas e incluso desde las filas del individualismo

¹⁰⁵ FERRER i RIBA, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Civitas, Madrid, 1997, p 98.

¹⁰⁶ LACRUZ, J. L. Manual de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1984, p 606.

liberal” y en ese sentido, “la regulación del contrato de trabajo se reivindica como primer paso para insertar en el Derecho privado los valores de la justicia y la solidaridad” ¹⁰⁷.

La pregunta que comienza a rondar el derecho privado capitalista de inicios de siglo XX es: ¿puede ser considerado el trabajador un contratante igual y libre frente a su contraparte, el empleador?

Y la respuesta va a ser negativa. Ni igual ni libre.

De una parte, no existe paridad contractual atendida la diferencia de peso económico y contractual de las partes. Pero además, no existe libertad en cuanto la empresa capitalista rápidamente se alzaría como un poder social privado que constituiría una relación de sujeción sobre el que vende trabajo.

El trabajador asalariado del capitalismo industrial, desde ya, no sólo no es igual a su contraparte, el empresario, sino que especialmente no es libre, en cuanto se encuentra en una situación de dominación económica que le impide negociar y contratar como cualquier otro agente privado, impidiendo considerar que el acuerdo resultante sea justo.

Ante tamaño defecto de la autonomía de la voluntad el derecho se verá obligado a reaccionar, advirtiendo la debilidad de una de las partes. Y ese primer reconocimiento será el origen del Derecho del Trabajo como regulación de orden público que no está a disposición de las partes.

El Derecho del Trabajo, dirá la justicia constitucional, es un ordenamiento “compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales” entre las partes, y cuya explicación es “no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos (trabajador y empresario) sino en su respectiva posición en la propia y esencial relación jurídica que los vincula, que es dependencia y subordinación de uno respecto del otro” (STC 3/1983).

¹⁰⁷ VENEGAS, M. Derechos Fundamentales y Derecho Privado, Op. Cit., p 89.

Y por ello es que la autonomía privada, idea central en la construcción del Derecho Civil clásico, tiene un rol devaluado en el Derecho del Trabajo, que la somete a una regulación de orden público organizado en torno al canónico principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

En ese sentido, se ha señalado que “una visión renovada, y más realista, sobre cómo se desarrolla la vida de los ciudadanos en las sociedades pluralistas y de economía de mercado pone de manifiesto que las relaciones sociales discurren ordinariamente en el seno de unos grupos sociales que generan situaciones de poder. Esta pluralidad de grupos sociales puede llegar a constituir, para los derechos y libertades fundamentales un peligro mayor que el propio Estado”¹⁰⁸.

De ahí que NIPPERDEY señalara que la extensión del círculo de los destinatarios de la norma constitucional se justificaba en la necesidad de proteger al individuo frente a “los poderes sociales o al poder fáctico, que dimana de grupos, corporaciones o empresas”¹⁰⁹.

Por ello, más allá del debate, se ha constatado que “la doctrina actualmente dominante considera que la eficacia de los derechos fundamentales es distinta según las relaciones privadas sobre las que aquellos se proyectan”, y aún cuando es “mínima en el ejercicio de la libertad de testar” o “en el derecho a contraer matrimonio” es “crucial en el derecho laboral”¹¹⁰.

No hay conflicto, entonces, entre la dinámica inherente del Derecho del Trabajo y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, sino todo lo contrario. Como se ha apuntado “la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, de la eficacia pluridireccional de esos derechos, ha madurado y se ha desarrollado, en buena parte, al calor del principio de iusrealismo contractual que impregna todas las secuencias vitales de la relación laboral: la

¹⁰⁸ RIVERO, J. Derechos fundamentales y contrato de trabajo, Op. Cit., p 499.

¹⁰⁹ Ver AGUILERA, A. “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1, 2009, p 18.

¹¹⁰ FERRER i RIBA, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Op. Cit., p 99.

radical asimetría de poder entre empresario y trabajador, y que se expresa, desde luego, en las distintas posiciones jurídicas que cada uno ocupa en la relación laboral”¹¹¹.

2.5.- La nueva “constitucionalización” del contrato de trabajo y los desafíos de los conflictos de derechos entre las partes

Una de las cuestiones más relevantes de la nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo será el impacto que ese fenómeno produce en los derechos y obligaciones recíprocas entre el empresario y el trabajador, de ahí que no haya duda en hablar de una “recomposición constitucional del contrato de trabajo”¹¹² o lo que es lo mismo, de una “fuerte impregnación del contrato de trabajo por los valores y principios constitucionales”¹¹³.

Esto quedará gráficamente expresado en la célebre expresión del Tribunal Constitucional: *“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, porque «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional» (STC 88/1985, fundamento jurídico 2J).”*

¿En qué sentido impacta la proyección de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales en el contrato de trabajo?

¹¹¹ VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado”, Op. Cit., p 502.

¹¹² DEL REY GUANTER, S. “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, RL, La Ley, 1995, I, p 200.

¹¹³ ORTIZ, C. “Derechos fundamentales y relación laboral”, Revista Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, N°13, Madrid, 1998, p 18.

El impacto será extremadamente significativo, tanto que no dudará en afirmarse que el contrato de trabajo se verá condicionado “más que ningún otro contrato privado por los derechos fundamentales”¹¹⁴.

Y básicamente ese impacto se manifestará en “la compleja problemática relativa a discernir en qué medida esos derechos constitucionales afectan la relación existente entre trabajador y empleador” y cómo la proyección de esos derechos tendrá una capacidad conformadora sobre la relación contractual laboral. Cuestión esta que “no es sino el corolario lógico de la atribución a los derechos fundamentales de la persona del trabajador de una eficacia horizontal”, siendo el problema “el modo de entender dicha capacidad conformadora”¹¹⁵.

De esta manera, “la Constitución va a aparecer como marco delimitador, dentro del cual esos derechos y esos poderes pueden desenvolverse”¹¹⁶. De ahí que trabajador y empresario quedan ligados desde una doble perspectiva: por una parte, la relación laboral que los liga y que genera un entramado de derechos y obligaciones laborales entre ellos y por otro lado, la relación entre dos ciudadanos vinculados por el ejercicio simultáneo de derechos fundamentales entre ellos.

En ese sentido, el proceso de “recomposición constitucional” del contrato de trabajo anunciado por la doctrina, hará referencia a la forma en que debe solucionarse el cruce entre ambas dimensiones de la relación entre trabajador y empresario. Y ese cruce significa el mutuo acomodo entre el ejercicio de esos derechos fundamentales por parte del trabajador y el cumplimiento de deberes y obligaciones laborales provenientes de la ley y el contrato de trabajo, entre las partes.

¹¹⁴ ORTIZ, C. *Ibidem.*, p 48.

¹¹⁵ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, RL, N° 22, La Ley, 2003, p 91.

¹¹⁶ PEDRAJAS, A. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, *Op. Cit.*, p 52.

La influencia recíproca entre ambos tipos de relaciones jurídicas entre el trabajador/ciudadano y empleador/ciudadano ha sido ampliamente destacada por la doctrina:

“Los derechos fundamentales no operan sólo como un límite externo al contrato, fuera y al margen de la lógica contractual, se insertan también en su dinámica e integran su contenido, moralizando el contrato y siendo modalizados por éste¹¹⁷” y ello significa que “aunque no se exceptúa el reconocimiento de derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, lo que sí se hace es adaptar, flexibilizar o modalizar el contenido de alguna manera el alcance de aquellos”¹¹⁸.

En rigor, el núcleo problemático de esta interacción entre derechos fundamentales del trabajador y el contrato de trabajo tiene dos aspectos relevantes: a.) los límites que los derechos fundamentales oponen a los poderes empresariales –poder que tiene su fundamento en los derechos fundamentales del empleador- y b.) los límites que esos derechos fundamentales deben soportar por ejercerse dentro del marco normativo de un contrato de trabajo.

En el primer caso, los derechos fundamentales operan como límite a los poderes empresariales y de ese modo adicionan un contenido prescriptivo, esto es, un haz de derechos y deberes correlativos no previsto por la regulación laboral, y que se traducen en el respeto al contenido de dichos derechos. En ese sentido, se ha apuntado que “el que dentro de los límites al compromiso contractual se incluya el respeto de los derechos fundamentales implica elevar de rango esos límites y configurarlos como auténtico orden público constitucional, de modo que el derecho fundamental operaría frente a la relación de trabajo y fuera de ella, como derecho de defensa frente a limitaciones innecesarias o

¹¹⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 216.

¹¹⁸ SEMPERE, A. y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, en AAVV El modelo social en la Constitución española 1978, Op. Cit., 277.

ilegítimas que puedan sufrir los derechos fundamentales con ocasión del desarrollo del programa contractual”¹¹⁹.

En el segundo caso, los derechos fundamentales del trabajador se ven expuestos a restricciones por la existencia de deberes laborales y derechos del empresario previstos en la regulación laboral ordinaria, ya sea de origen legal o de origen contractual, en lo que la doctrina ha venido denominando “modulización” de dichos derechos ¹²⁰.

Aunque podría parecer, a primera vista, que se trata del mismo asunto mirado desde ángulos distintos -los efectos del ejercicio de los derechos fundamentales en los poderes y deberes laborales provenientes del contrato de trabajo y viceversa - el asunto no es tan sencillo.

En efecto, el problema de lo que se ha denominado “capacidad conformadora” de los derechos fundamentales en la relación laboral, es decir, de las limitaciones de que son objeto los poderes empresariales en su calidad de manifestación de los derechos fundamentales del empresario –libertad de empresa y/o derecho de propiedad- a resultas de la oposición de iguales derechos por parte del trabajador, corresponde a un problema de equilibrio entre derechos de igual relevancia jurídico-formal o jerarquía, y que debería ser resuelto mediante alguna técnica de solución de conflictos normativos, como es el caso de la ponderación entre derechos y el principio de proporcionalidad.

En cambio, la denominada “modulización” de los derechos fundamentales del trabajador alude a las restricciones adicionales que deberían soportar dichos derechos en razón de la existencia previa de deberes y posiciones de naturaleza laboral – por ejemplo la buena fe- y en ese sentido, no están estrictamente enfrentadas dos posiciones normativa equivalentes en términos jurídicos, lo que generará un debate acerca de cómo solucionar esta confrontación.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, en AAVV El modelo social de la Constitución Española 1978, Op. Cit., p 216.

¹²⁰ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 91.

En rigor, el primer asunto –los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder de dirección del empleador- cae en medio de la problemática que la teoría constitucional ha rotulado como “conflicto o colisión de derechos fundamentales” y al modo más relevante para su solución, que es la aplicación de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

El segundo problema, en cambio –el de los límites adicionales que a dichos derechos impone un contrato de trabajo-, se sale de la órbita del conflicto entre derechos fundamentales y supondrá efectuar un esfuerzo añadido de argumentación jurídica para sostener si normas de naturaleza infraconstitucional –por ejemplo, contractuales como la buena fe- pueden operar como límites a dichos derechos. En el capítulo III de esta tesis volveremos sobre esto.

Ahora, las posibilidades de analizar y solucionar la interacción entre derechos fundamentales y el contrato de trabajo recién planteadas supone necesariamente, entonces, revisar el problema de la colisión de derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral y determinar desde ahí cómo en la doctrina tanto académica como judicial, se ha ido imponiendo la técnica argumentativa de la ponderación y la utilización del principio de proporcionalidad

En adelante, sostendremos que la irrupción de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco de una relación laboral gatilla evidentes situaciones problemáticas de adaptación de esos derechos, en cuanto no se encuentran específicamente regulados en la ley y generan, por tanto, problemas de ejercicio incompatibles de poderes empresariales adscritos a derechos fundamentales del empleador – como la libertad de empresa y/o propiedad- con espacios o posiciones adscritos a derechos fundamentales del trabajador – como la intimidad o la libertad de expresión-.

Dicho conflicto entre posiciones jurídicas ha sido entendido, persistentemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, como una colisión de derechos

fundamentales cuya solución exige un modo especial de aplicación del derecho –la ponderación- y una técnica especial de argumentación –el principio de proporcionalidad-.

CAPÍTULO II.- COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, CONTRATO DE TRABAJO Y PONDERACIÓN

1.- La colisión de derechos fundamentales y métodos de solución de conflictos normativos

Uno de los problemas más significativos en materia de derechos fundamentales es la existencia de dos normas constitucionales que estipulan dichos derechos para ser ejercidos en una misma situación fáctica y en sentido contradictorio, produciéndose una regulación inconsistente entre ambas.

De este modo, el conflicto “sólo surge en situaciones que sean simultáneamente subsumibles en dos normas que establecen consecuencias normativas incompatibles, teniendo cada una de ellas un campo de aplicación en el que el conflicto no se produce”¹²¹. Y si esas normas en conflicto son aquellas que estipulan derechos fundamentales, entonces se produce la denominada “colisión de derechos fundamentales”.

En el caso de la relación laboral dichos conflictos hacen surgir relevantes preguntas: ¿cómo se resuelve el caso del trabajador que no quiere que su imagen sea captada por medios visuales mientras el empresario necesita esa imagen para publicitar su negocio o resguardar el patrimonio de la empresa? o ¿qué debe hacer el derecho con la conducta del empresario que descubre actos que dañan su propiedad, ingresando en el correo electrónico del trabajador o grabando sus conversaciones mientras trabaja?

Esta tesis –que se denomina conflictivista¹²²– supone algo sobre lo que volveremos más adelante y que suele no decirse: la asunción de que los derechos fundamentales corresponden a principios y no a reglas, y que, por tanto, se trata de un conflicto que debe ser solucionado con una técnica propia para principios, como es la ponderación y la proporcionalidad¹²³.

¹²¹ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Marcial Pons, Madrid, 2007, p 66.

¹²² CIANCIARDO, J. El conflictivismo en los derechos fundamentales, Ediciones U. Navarra, Pamplona, 2000.

¹²³ Como explica PRIETO SANCHÍS “el juez ante el caso concreto encuentra razones en sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una jerarquía “móvil” o “axiológica” y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto”. PRIETO SANCHÍS, L.

La noción de principios aquí manejada, cabe adelantarla, se aleja del sentido clásico de una idea fuerza que inspira o fundamenta las normas jurídicas, para considerarlas directamente como tales, al igual que las reglas. La diferencia entre las reglas y los principios, como diremos a continuación, no es su contenido, sino su función: los principios son enunciados normativos que ordenan hacer algo en la mayor medida de lo posible, fáctica y jurídicamente (mandatos de optimización), cuyas condiciones de aplicación son abiertas y que proporcionan razones sólo *prima facie*.

La concepción de una colisión de derechos fundamentales entre empresario y trabajador, ha sido una hipótesis explicativa ampliamente aceptada en la doctrina laboral: “el necesario equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empresario –reflejo, por lo demás, de otros derechos constitucionales que le asisten, arts. 33 y 38 CE - y el ámbito – “modulado por el contrato de trabajo, pero en todo caso subsistente” - de las libertades constitucionales del trabajador exige, a fin de cuentas, que, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida “modulización” deberá producirse en la medida de lo estrictamente indispensable, de acuerdo al principio de proporcionalidad, para el correcto y ordenado respeto a los derechos fundamentales del trabajador”¹²⁴.

Y esa misma perspectiva ha sido atribuida a la jurisprudencia constitucional de la que se ha dicho que “ha encontrado en la materia laboral un terreno adecuado para el desarrollo del principio de proporcionalidad y en la misma podemos encontrar diversos ejemplos en los que, con mejor o peor suerte, el Tribunal Constitucional ha proyectado” dicho principio “sobre situaciones de conflicto entre derechos fundamentales”¹²⁵. Por lo mismo, se ha destacado que “la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio por el trabajador

“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit., p 142.

¹²⁴ PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AAVV El modelo social de la Constitución española de 1978, Op. Cit., p 230.

¹²⁵ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J. “Conflictos y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, en AAVV El modelo social de la Constitución española de 1978, Op. Cit. p 261.

de sus derechos fundamentales en ejecución del contrato de trabajo efectúa juicios de ponderación sobre los derechos constitucionales en colisión o conflicto”¹²⁶.

En ese sentido, no cabe confundir una afectación de derechos fundamentales en el contrato de trabajo –esto es, una vulneración de dichos derechos por el empresario - con lo que se denomina una colisión de derechos fundamentales. Y ello, porque no toda situación de afectación o restricción de uno o varios derechos fundamentales del trabajador genera una colisión en los términos aquí señalados.

De esta forma, cabe de partida señalar que la conducta del empresario que restringe un derecho fundamental del trabajador puede ser, desde el punto de vista jurídico, derechamente ilegal, en cuanto afectando el contenido de un derecho fundamental, es calificada como ilícita por las normas legales respectivas –por ejemplo la conducta de acoso sexual previsto generalmente en las legislaciones laborales o las conductas antisindicales-.

En rigor, tampoco son casos de colisión de derechos fundamentales aquellos en que el propio sistema jurídico, a través de una regla legal, ha resuelto cómo debe acomodarse el ejercicio del poder empresarial a dichos derechos.

En estas situaciones, el mismo legislador efectúa una suerte de ponderación legislativa mediante las reglas dictadas al efecto. Aquí existe una regla que resuelve el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador al interior de la empresa y no un conflicto entre principios o derechos fundamentales.

Como se ha explicado, “nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir,

¹²⁶ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, RL, N°12, La Ley, Madrid, 2004, p 1.

cuando contribuye a “cerrar” lo que está “abierto” en el plano constitucional”¹²⁷. Así, por ejemplo, el legislador del artículo 4 del Statuto dei lavoratori italiano soluciona –ponderando– el cruce entre el poder de dirección del empresario y el derecho a la privacidad de los trabajadores, en lo que dice relación con el control audiovisual: “prohíbe el uso de instalaciones audiovisuales u otros dispositivos que tengan como finalidad exclusiva el control de la actividad de los trabajadores”¹²⁸.

O como ocurre en España con la normativa legal que regula los exámenes médicos obligatorios de los trabajadores, resolviendo el cruce entre el derecho a la privacidad de estos últimos con el poder de dirección del empresario.

En efecto, el artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece la obligatoriedad de los reconocimientos médicos cuando sean necesarios, esto es, para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, para verificar si su estado de salud puede constituir un peligro, tanto para sí mismos como para otras personas, o cuando así esté establecido en una disposición legal con referencia a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En dichos casos, “las excepciones se constituyen como bienes jurídicos por encima de los derechos en conflicto, cediendo, en este caso, a favor de la garantía genérica de seguridad en el trabajo”¹²⁹.

Pero, como veremos más adelante, en materia laboral, no suelen existir esas leyes ponderativas referidas al conflicto entre derechos fundamentales de las partes.

¹²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 195.

¹²⁸ FERNÁNDEZ, S. “Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra”, en AAVV El poder de la dirección del empresario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005, p 86. De no existir una regla legal como la citada, como ocurre en España, entonces aflora nuevamente la colisión entre derechos fundamentales y la necesidad de una ponderación judicial: “la jurisprudencia constitucional resuelve casos concretos de colisión entre los poderes del empresario y los derechos fundamentales del trabajador. Así, el TC ha precisado que las facultades de vigilancia y control, que reconoce el artículo 20 ET, deben ejercerse de acuerdo al principio de proporcionalidad. El empresario puede utilizar los medios audiovisuales de control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, pero no afectando la vida íntima de los trabajadores”. SAGARDOY, J. A. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Civitas, Madrid, 2005, p 40.

¹²⁹ ARIAS, A y RUBIO, F. El Derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 127.

Ahora, bien distinto es el caso del ejercicio de una facultad, posición o conducta, ya sea el poder de mando o el poder disciplinario, o la facultad de contratar o despedir trabajadores, que pueda ser entendido como parte del ámbito protegido de un derecho fundamental del empresario –particularmente de la libertad de empresa o el derecho de propiedad-. En dicha situación, la conducta o posición jurídica del empleador que restrinja derechos fundamentales del trabajador generará una colisión o conflicto de derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral.

En ese contexto, estamos frente a un conflicto entre principios constitucionales en el marco del contrato de trabajo, y ahí la pregunta es evidente: ¿cómo debe resolverse una colisión de derechos fundamentales entre el empresario y trabajador?

Es obvio que la respuesta no proviene de la dogmática laboral, sino de la teoría constitucional que intenta responder acerca del modo más razonable para solucionar este complejo tipo de problemas.

En la literatura constitucional existen varias posibles respuestas a una colisión entre derechos fundamentales.

La primera respuesta, y en algún sentido más obvia, es negar el conflicto o colisión. Esta posición teórica –denominada “coherentista”- pasa por sostener que cada derecho tiene un ámbito protegido o un contenido determinado y fijo y que entre ellos existe una suerte de armonía simétrica dada por la correcta delimitación de uno respecto del resto de los derechos fundamentales¹³⁰.

¹³⁰ Como señala MORESO “las concepciones normativas en filosofía política que conceden un lugar fundante a los derechos en su construcción tienden, a menudo, a considerar los principios que establecen derechos fundamentales de las personas como configurando una estructura ordenada y estable que no da lugar a conflictos o, en cualquier caso, en donde la presencia de conflictos puede ser minimizadas”, MORESO, J. J. La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Madrid, 2009, p 321. En dichas concepciones, más allá de las diferencias de detalle, “se comparte la idea según la cual los conflictos de los derechos constitucionales son aparentes. Basta con una adecuada “especificación” del contenido de cada derecho para producir *deslindes* entre ellos”. LARIGUET, G. Dilemas y conflictos trágicos, Temis, Bogotá, 2008, p 134.

En ese sentido, se afirma que “los supuestos usualmente planteados como colisión entre derechos o entre derechos y bienes constitucionales, son en realidad seudo colisiones, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho que se trate”¹³¹.

Para esta concepción “las conductas o situaciones que caen bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio típico del derecho o libertad y, entonces, por cierto, nada hay que ponderar ni discutir(...); o nos movemos por fuera del ámbito protegido por el derecho, en cuyo caso tampoco hay nada porque el asunto queda librado a la decisión libre del legislador o de otras autoridades publicas”¹³².

En materia laboral esta tesis se traduce en la idea de que existen ciertos aspectos de la realidad que quedan del lado del derecho fundamental del trabajador o del empleador según se trate, pero nunca de ambos lados al mismo tiempo. Y ello, porque “es imposible que, en un litigio que involucre dos presuntos derechos –o un derecho individual y un bien común, o dos intereses generales-, que lógicamente son enunciables como proposiciones contrarias o contradictorias, ambos sean, a la vez y en plenitud, justos, eficaces, razonables y presentes, dejando así que la resolución descansa en los métodos consistentes en jerarquizar o en contrapesar”. Por el contrario, es necesario “encontrar y determinar *lo suyo de cada uno*, cuál es el derecho real, o qué parte de derecho tiene cada uno: el *ius* del caso”¹³³.

Así, esta tesis está presente en aquella jurisprudencia laboral que tiende a negar que en los elementos patrimoniales del empresario –como el ordenador- pueda, al mismo tiempo,

¹³¹ SERNA, P y TOLLER, F. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, p 65.

¹³² PRIETO SANCHÍS, L. “Réplica a Juan Antonio García Amado”, en AAVV Teorías del Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007, p 274.

¹³³ TOLLER, F. “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en AAVV La interpretación en la era del neoconstitucionalismo, Abaco, Buenos Aires, 2006, p 181.

existir espacio para la privacidad del trabajador: “los tribunales admiten que la propiedad empresarial del soporte tecnológico y la inexistencia de un derecho del trabajador a emplearlo con fines privados es justificación suficiente para que la empresa pueda controlar su uso, precisamente al objeto de determinar si éste es o no legítimo. Como señala abiertamente la STSJ Cataluña 5 Junio 2002, la utilización privada de los medios de comunicación electrónica de la empresa determina que “no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado”, por lo que la empresa podía “ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad del trabajador”; en este contexto el control empresarial efectuado supone que “no se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”¹³⁴.

O en su momento, la tesis del Tribunal Constitucional que “sostuvo, en un recurso de amparo en el que se sustanciaba la posible vulneración del derecho de intimidad de un trabajador que había sido despedido al no proceder a afeitarse la barba, que *no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (FJ 3)*”¹³⁵.

Los problemas de esta tesis, sin embargo, son variados: primero, no es posible determinar con exactitud y exhaustividad el contenido definitivo de un derecho fundamental, supuesto que se trata de normas de principios – y no de reglas- cuya estructura es esencialmente abierta e indeterminada, y esa “amplitud semántica de las normas constitucionales parece desmentir categóricamente toda posibilidad de determinar apodícticamente, aun haciendo un gran esfuerzo hermenéutico, los perfiles de cada uno de los derechos”¹³⁶.

¹³⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO R, M y LAZARO, JL. “Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional”, en AAVV Relaciones laborales y nuevas tecnologías, La Ley, Madrid, 2005, p 35.

¹³⁵ VALDÉS DAL RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 92.

¹³⁶ CIANCIARDO, J. “Los límites de los derechos fundamentales”, DIKAION, año 15, N° 10, Bogotá, p 69.

Segundo, aun cuando eso se logre y se tuviera derechos perfectamente delimitados, no impediría que existiesen conflictos con otras normas constitucionales de derechos, ya que como se ha señalado “disponer de normas perfectamente delimitadas no significa que éstas tengan que encajar perfectamente como las piezas de un puzzle, puesto que pueden suponerse unas con otras”¹³⁷.

Nada impide, desde el punto de vista lógico, que a pesar de tener normas de derechos fundamentales quirúrgicamente delimitadas, éstas entren en conflicto.

Por último, el perfecto encaje o simetría entre los derechos fundamentales supone, precisamente, lo que esta teoría niega que ocurra: la ponderación entre derechos fundamentales, hecha en este caso *ex ante* y en algún sentido a oscuras y escondida bajo la operación de interpretación del derecho.

En lo referido a las restantes tesis, ellas suponen reconocer la existencia genuina del conflicto entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, aunque sea para entender que a.) no existe respuesta razonable para dicho problema b.) el conflicto es relativamente sencillo de resolver porque los derechos están jerarquizados y c.) el conflicto es relativamente difícil, pero existe una solución razonable: la ponderación.

En ese sentido, primero se encuentra la tesis pesimista y quizás la más radical de todas, que reconociendo el conflicto entre derechos fundamentales, sostiene que indefectiblemente este problema no tiene una respuesta razonable.

Es una forma de escepticismo que, en rigor, se sostiene respecto de todo caso difícil en el derecho y no solo acerca de la colisión de derechos fundamentales. Es la postura que alguna vez HART llamó “de la pesadilla”: no sólo no existen respuestas correctas a este tipo de problemas sino que siquiera las hay racionales. Como dice GUASTINI, uno de sus mejores exponentes, “la ponderación de principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un

¹³⁷ MARTÍNEZ Z, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p 190.

juicio en términos de “justicia”) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa”¹³⁸.

En ese sentido, la tesis comentada supone que la ponderación “es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva”, que no implica ninguna pauta de racionalidad objetiva, sino nada más que la atribución eminentemente valórica, y por tanto subjetiva, del juez en la determinación de los “pesos” de los derechos en conflicto. Y ello no es raro para quienes “cualquier enunciado interpretativo es el resultado de una volición (y en ese sentido supone un juicio de valor) y no de una actividad de carácter cognoscitivo”¹³⁹.

En segundo lugar, se encuentra la tesis -que podríamos llamar de “optimismo ingenuo”- de quienes junto con reconocer la colisión, creen ver una forma de solución sencilla y expedita que, en rigor, le quitaría dramatismo al problema. Esa fórmula simple de salida consiste en constatar la existencia de un orden jerárquico entre derechos fundamentales. En este caso, bastaría reconocer en qué ubicación se encuentran los derechos fundamentales en juego, para dar primacía al que se considere más importante en el orden respectivo.

Esta postura sostiene que “tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal”, explicitando que ese orden jerárquico de prelación está conformado por “el derecho a la vida y la integridad personal, continuando por la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo a la información y reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se hallan la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de los bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies”¹⁴⁰.

¹³⁸ GUASTINI, R. Distinguiendo, Gedisa, Barcelona, 1999, p 171.

¹³⁹ MORESO, J. “Conflicto entre principios constitucionales”, en AAVV Neoconstitucionalismo. Op. Cit., p 103.

¹⁴⁰ CEA, JL. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica, Universidad Austral, Valdivia, 1999, p 172.

Asimismo, PECES-BARBA parece defender una pluralidad de criterios para construir esa jerarquía abstracta entre derechos fundamentales: “deben prevalecer aquellos derechos que protegen al individuo y su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su dignidad, que tengan mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la integridad y existencia de la persona, o que más afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas”¹⁴¹.

Se trata de una tesis muy difícil de aceptar tanto en términos científicos –no existe tal orden- como normativos –no debería existir tal orden- y con resultados prácticos absurdos. De ahí que haya sido fruto de numerosas críticas: primero, es un orden intuitivo en cuanto no está nada claro el método ni la justificación acerca de cómo se construye tal jerarquía. Segundo, encubre elecciones ideológicas evidentes –el orden de los derechos es un orden desde una ideología de los mismos-¹⁴². Tercero, es un orden generalmente insuficiente y contradictorio¹⁴³. Y cuarto, produce un resultado práctico absurdo como es la devaluación total de ciertos derechos fundamentales –los del final del supuesto orden- que pasan a convertirse en “derechos Cenicienta”¹⁴⁴.

En ese sentido, “dicho orden no puede dimanar del propio texto constitucional. La Constitución no instituye un detallado sistema de rangos entre derechos y bienes; por el contrario, sólo se contiene un catálogo de enunciados que los establecen, y ordena la vinculación de los poderes públicos y los particulares a todos ellos por igual (art. 9.1 y 53.1 CE)”¹⁴⁵.

¹⁴¹ PECES-BARBA, G. Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p 595.

¹⁴² Como lo destaca PRIETO SANCHÍS, “como la decisión categórica de un grupo o una ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado” se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación principialista donde se recogen derechos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros”. PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los derechos”, en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Op. Cit., p 218.

¹⁴³ Respecto de la tesis de PECES-BARBA se ha señalado que “los criterios propuestos son antagónicos (en la enumeración citada, se produce la antagonía de los criterios primero, segundo y cuarto, que se basan en la dimensión subjetiva de los derechos, con el tercero y el quinto, que atienden a la vertiente institucional) y conducirán a soluciones opuestas en la mayor parte de los casos”. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 1997, p 129.

¹⁴⁴ SERNA, P y TOLLER, F. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 14.

¹⁴⁵ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 180.

En el ámbito laboral se ha rechazado explícitamente esta opción, ya que el principio de equivalencia de los derechos en conflicto “de entrada, ya excluye cualquier tentativa de jerarquizar derechos y, con ello, de atribuir abstractas posiciones de valor a unos derechos frente a otros. O por decirlo de manera más directa, la adjudicación a la libertad de empresa de una posición preferente y a los demás derechos fundamentales de la persona del trabajador de una posición claudicante o a la inversa, es contraria al principio de equivalencia que debe informar el juicio de ponderación”¹⁴⁶.

Como se ha explicado, “la tan manida jerarquía entre los derechos o no existe, o al menos no basta en la práctica para decidir la composición de un litigio. Una jerarquía cerrada implica no tomar en serio todos los derechos, porque algunos siempre quedarán diferidos en las controversias judiciales ante la presencia de otros de rango superior. Se generará así la grave injusticia de que los titulares de determinados derechos verán siempre sucumbir sus derechos en las litis donde se topen con quien detente un derecho abstracto superior en jerarquía”¹⁴⁷.

En realidad, “lo que cabe concluir es que no existe jerarquía alguna entre los derechos humanos, pues todos constituyen –si son auténticamente derechos humanos- la expresión de bienes de importancia básica y radical para las personas humanas, sin que quepa señalar con carácter general cuáles tienen importancia más radical y básica”¹⁴⁸.

De hecho, la existencia de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales ha sido rechazada explícitamente por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 320/1994 señalando que “no se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca” (F.J 2º).

¹⁴⁶ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 100.

¹⁴⁷ SERNA, P y TOLLER, F. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 26.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales Op. Cit., p 129.

La tercera y última opción, que es objeto central de esta tesis, es entender que existen genuinas colisiones de derechos fundamentales y que, además, existe un modo razonable de solución. Exige, eso sí, distinguir entre reglas y principios y en sostener que en este último caso –el de los principios- corresponde un modo de aplicar el derecho distinto al común -la subsunción- que la teoría constitucional denomina ponderación.

2.- La colisión entre derechos fundamentales como conflicto entre principios

La aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral supone, entonces, resolver algunos problemas que caen medio a medio en uno de los debates más intensos de la teoría del derecho en la actualidad. Ello cobra especial relevancia en lo referido a las normas que contienen esos derechos, supuesto que como lo viene sosteniendo una relevante tendencia dentro de ese debate –el neoconstitucionalismo-, dichas normas son principios que tienen un modo de aplicación propio y distinto del resto de las reglas jurídicas.

De este modo, la mentada incorporación de los derechos fundamentales a la fábrica, en la ya clásica expresión en la doctrina laboral, exige necesariamente tomar partido en un debate ajeno acerca de cómo está compuesto el derecho – sólo reglas *versus* reglas y principios- para saber de qué forma se aplica.

En este plano es un lugar común distinguir las tesis que afirman la existencia de la diferencia entre reglas y principios – la denominada tesis de la demarcación-, de aquellas que la niegan – la denominada tesis de la conformidad -.

En esta última la idea, tal como expone AARNIO, es relativamente sencilla: el derecho está compuesto por un solo tipo de normas que se distribuyen en una misma escala que se puede dividir en cuatro partes: reglas, principios que son como reglas, reglas que son como principios y principios¹⁴⁹.

¹⁴⁹ AARNIO, A. “Las reglas en serio”, en AAVV La normatividad del derecho, Gedisa, Barcelona, 1997, p 23.

Se trata de un mismo *continuum* divisible sólo para efectos de claridad expositiva. Las diferencias son, en ese sentido, nada más de apariencia. Las reglas son normas del tipo “no robar” en el derecho penal; principios que parecen reglas son normas del tipo “principio de prohibición del enriquecimiento ilícito”, las reglas que parecen principios son normas tipo “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, y los principios son normas tales como el “derecho de igualdad y la libertad”.

Entre ellas no hay diferencias categóricas y desde cualquiera de las dimensiones en que se intente construir esa distinción, el resultado no es satisfactorio: ya sea desde el punto de vista lingüístico -todas pueden ser igualmente vagas e imprecisas-, ya sea desde el punto de vista estructural – todas ordenan del mismo modo, ya que tienen una naturaleza normativa (deóntica) similar-.

En rigor, y en obvia alusión a la tesis de demarcación fuerte, se afirmará que “un mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización es también una regla que no puede ser aplicada “más o menos”. O se optimiza o no se optimiza”¹⁵⁰.

Entre las tesis que aceptan la separación entre reglas y principios se suele distinguir, a su turno, una tesis de demarcación débil y una fuerte. La primera pone el acento en una cuestión de grado: las reglas son más genéricas o abiertas, los principios son más específicos o cerrados. Por eso se dice que “entre las normas que los juristas llaman principios generales y las normas que integran las partes generales sólo hay una diferencia de grado, en el sentido que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, sino imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios”¹⁵¹.

¹⁵⁰ AARNIO, A. *Ibíd.*, p 27.

¹⁵¹ ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p 129.

Dicha propuesta da entender que las reglas serían menos vagas que los principios y por ello, de baja indeterminación en cuanto a conocer qué es lo que ordenan. Los principios, en cambio, serían vagos y ambiguos, y por ende, altamente indeterminados.

El problema es que el criterio, entonces, no es cualitativo o categorial, sino sólo cuantitativo. Y eso hace que sea difícil distinguir, en el límite, una regla de un principio y viceversa. Por ello, se debe objetar a este criterio que “también las normas (reglas), todas las normas adolecen, no menos que los principios, de un cierto grado de vaguedad, y que por lo tanto, también la aplicación de normas (reglas) es, en la mayor parte de los casos, discrecional o controvertible”¹⁵².

En ese sentido, el llamado criterio débil de distinción nos llevaría a calificar como principios normas que comunitariamente se consideran reglas o, en sentido contrario, como reglas a normas que habitualmente han sido consideradas principios.

¿Qué diferencia relevante, en términos de generalidad, existe entre la norma del denominado principio de igualdad (14 CP) y la norma de regla contenida en el artículo 4.2 C del Estatuto de los Trabajadores?

En este punto, indefectiblemente la denominada tesis débil se diluye en la nada y termina siendo una simple cuestión de contornos interpretativos, es decir, de cómo determinamos el *quantum* mínimo de vaguedad de una norma, tanto para quedar del lado de las reglas, como para quedar del lado de los principios, con el problema de que “también existe vaguedad a la hora de determinar el grado de vaguedad de una expresión (¿cómo determinar el nivel de vaguedad de manera mínimamente precisa?)”¹⁵³.

En rigor, entre las tesis aquí revisadas –la denominada tesis débil y la de la conformidad– no existe mayor diferencia. Lo que la primera reconoce con honestidad –que las reglas y

¹⁵² GUASTINI, R. Distinguiendo, Op. Cit., p 170.

¹⁵³ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p. 71.

los principios son lo mismo- la segunda lo encubre con un matiz irrelevante – el nivel de generalidad entre ambas -.

La tesis fuerte es, qué duda cabe, el centro del debate al que hemos venido haciendo alusión en este trabajo y revisaremos en las líneas que siguen.

3.- La tesis fuerte: los criterios de distinción entre reglas y principios

La tesis fuerte ha tenido constantes re construcciones¹⁵⁴, pero lo esencial es la división en clave ontológica del mundo de las normas del derecho: o una norma es una regla o es un principio, nunca ambas al mismo tiempo¹⁵⁵.

Los criterios ensayados para sostener esta distinción son los siguientes:

a.) La distinción sobre la base de la estructura disyuntiva de las reglas (la aplicación de “todo o nada”)

Para este criterio, la distinción entre reglas y principios sería categórica y respondería al diferente tipo de estructura que ambas normas presen tan. Las reglas “son aplicables de manera disyuntiva. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien, no lo es, y entonces, no aporta nada a la decisión”.

¹⁵⁴ Tesis inaugurada por DWORKIN y la atractiva descripción que éste realiza del caso “Riggs v. Palmer”. En este caso en que un nieto reclamaba la herencia del abuelo que él mismo había asesinado, los jueces del Estado de Nueva York dejaron de aplicar una ley (que ordenaba el otorgamiento de la herencia, cumplidos ciertos requisitos que se habían satisfecho) en favor de una de las “máximas fundamentales” que inspiran la operación de leyes y contratos: “nadie tendrá derecho a los beneficios de su propio fraude, o sacar provecho de su propio dolo (...) máximas que han encontrado su fundamento en el derecho administrado universalmente, y en ninguna parte han sido suprimidas por leyes.”¹⁵⁴ En “Riggs” una ley aprobada por la legislatura deja de ser aplicada al caso concreto, siendo preferida por un principio del derecho que corresponden a “requerimientos de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” DWORKIN, R. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1994, p 511.

¹⁵⁵ Se trata de una distinción -la de principios/reglas- que constituye una de las columnas de la teoría del derecho neoconstitucionalista, junto con otros rasgos como: subsunción/ponderación, la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, la omnipotencia judicial frente al legislador y la coexistencia de una constelación plural de valores constitucionales no necesariamente coherentes. Ver PRIETO- SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit., p 131.

Las reglas enlazan normativamente un determinado antecedente con una consecuencia específica, de modo tal que, concurriendo las condiciones de aplicación de ese antecedente, corresponde automáticamente la aplicación de la consecuencia normativa, no existiendo posibilidad de una solución intermedia o de una aplicación parcial de dicha consecuencia (de ahí que se suele decir que la regla se aplica al modo de “todo o nada”).

Las reglas pueden tener excepciones, pero ellas están previstas por el propio derecho al momento de dictarse las reglas y –nada lo impide teóricamente hablando- todas esas excepciones pueden ser enumeradas exhaustivamente, de modo tal que, no estando dentro de ellas, las reglas se aplica al modo de todo o nada.

Las reglas pueden ser así reconstruidas como normas jurídicas completas que contienen, en su interior, todas las condiciones de aplicación, todas sus excepciones y la consecuencia normativa que corresponde asignar al caso fáctico en cuestión. Y en ese punto, no admiten soluciones intermedias o a mitad de camino.

De este modo, la regla legal que señala que “la cesión temporal de trabajadores que no se haga a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas es ilegal (art. 43.1 LET)”¹⁵⁶, sólo admite una aplicación del todo o nada: o la cesión es legal –porque se hace a través de empresas debidamente autorizadas -, o es ilegal. No existe una solución a medias.

Los principios, en cambio, no cuentan con la posibilidad de tener sus excepciones enumeradas *ex ante* en la propia norma – para ALEXY no existe siquiera la posibilidad teórica de enumerarlas- y por tanto no logran constituir una norma jurídica completa. De este modo, producido el antecedente de hecho, nada asegura que la consecuencia prevista por el principio se aplique, ya que es posible que existan excepciones no previstas que deban ser atendidas.

¹⁵⁶ PALOMEQUE, M y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. Derecho del Trabajo, Editorial Ramón Aceres, Madrid, 1998, p 699.

El principio que contiene el derecho al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE– impone al empresario la prohibición de conocer las comunicaciones privadas del trabajador, incluido el contenido de la correspondencia por correo electrónico.

Sin embargo, no siempre y ni en toda circunstancia se protegerá el secreto de las comunicaciones exigida por la norma: “es evidente que el secreto de las comunicaciones no le puede garantizar al empleado una impenetrabilidad total de su actividad comunicativa desarrollada en la empresa a través del correo electrónico facilitado por el empresario(...).Nuestro Tribunal Constitucional ha dejado en claro que los derechos constitucionales se proyectan sobre la relación laboral con modulaciones y que en ocasiones pueden experimentar limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelven en el seno de una organización (la empresa) que refleja otros derechos constitucionalmente reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. En consecuencia, no es descartable una eventual limitación o restricción del derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador, y por tanto, la posibilidad del acceso al correo electrónico del trabajador, en la medida en que concurren un interés o derecho constitucional digno de protección”¹⁵⁷.

Lo anterior, conduce directamente a otro criterio sobre el que volveremos a continuación: las reglas constituyen razones concluyentes o perentorias que no admiten derrota, mientras que los principios cuentan como razones contribuyentes para el logro de un resultado que, en todo caso, siempre puede ser vencido o derrotado por la existencia de razones en sentido opuesto.

b.) La distinción según las condiciones de aplicación abiertas o cerradas

Este criterio sostiene que “los principios configuran el caso de forma abierta, mientras las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras en las reglas las

¹⁵⁷ GOÑI, J.L. “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación, y archivo de datos”, Justicia Laboral, N° 17, Lex Nova, Madrid, 2004, p 45.

propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”¹⁵⁸.

La indeterminación que afecta a los principios es radical ya que no es sólo que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación sean más o menos vagas, sino que dichas condiciones no están determinadas ni aún de manera genérica.

La tesis distingue entre las normas cuyas condiciones de aplicación se encuentran cerradas (reglas), esto es, cada una de todas las condiciones que configuran el supuesto de hecho se encuentran determinadas en la respectiva norma, de aquellas que se encuentran abiertas (principios), es decir, que no establecen en absoluto o sólo parcialmente las condiciones constitutivas del supuesto de hecho.

Siguiendo dicho criterio, se podría sostener que un caso típico de regla sería la norma del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, el cual señala “el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

Por su parte, un caso de principio sería el contenido en el artículo 16.1 de la Constitución que garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos”.

La primera norma es una regla, porque establece todas y cada una de sus condiciones de aplicación (operación de modificación de la titularidad de una empresa que tiene trabajadores con contratos de trabajo), a lo que sigue una consecuencia jurídica determinada (continuidad de los derechos laborales).

¹⁵⁸ ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. “Sobre reglas y principios”, DOXA, N° 10, Alicante, 1991, p 108.

Y la segunda norma es un principio, pues no están señaladas, ni mínimamente, sus condiciones de aplicación (no expresa, ni de modo remoto, en qué casos se tiene derecho a decir o manifestar una ideología).

c.) La distinción en razón de cómo ordenan lo debido: mandatos de optimización

Las reglas y los principios se diferencian por el modo en que ordenan el “debe ser” de cada norma. Mientras las reglas ordenan ese “debe ser” de modo definitivo, los principios lo hacen en la mayor medida posible.

Se trata de la popular idea de ALEXY de los principios como mandatos de optimización: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización”¹⁵⁹.

En ese sentido, un principio establece un ideal que podría sólo cumplirse a medias, en caso que eventualmente entre en conflicto con otras normas constitucionales y exija una ponderación entre principios. De este modo, el principio que establece la libertad de expresión, ordena lograr la mayor protección posible a todo tipo de discursos del trabajador, incluidos aquellos críticos o desagradables para el empresario, como a aquellos que “crean insatisfacción con las condiciones existentes e incluso despierta la ira”¹⁶⁰.

Pero ese estado podría no alcanzarse en casos en que el logro de ese ideal afecte desproporcionadamente otra aspiración constitucional, como es el máximo respeto de la honra e imagen del empresario. En dicha situación, el derecho de la libertad de expresión del trabajador no se cumpliría en su óptimo y podría quedar sin satisfacción.

Las reglas quedan, en cambio, en la vereda opuesta: “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella

¹⁵⁹ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 67.

¹⁶⁰ MARSHALL, G. Teoría Constitucional, Espasa Calpe, Madrid, 1982, p 215 .

exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”¹⁶¹.

Como se ve, en este caso, a diferencia de los criterios anteriores, la indeterminación que afecta a los principios en relación con las reglas no se encuentra en las condiciones de aplicación de la norma, sino en su consecuencia deóntica: se ordena un deber ser, pero hasta donde se pueda lograr, atendidas las eventuales restricciones reales o jurídicas que se le opongan.

d.) La distinción según la derrotabilidad de las normas

Un criterio especialmente relevante es el que sostiene que las reglas serían normas inderrotables, y los principios, en cambio, normas derrotables.

La derrotabilidad se relaciona con la causa de la indeterminación semántica de las normas, que “están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano”¹⁶², lo cual se debe a que dichas excepciones derivan de las eventuales colisiones con otras normas del sistema.

En rigor, las excepciones en el caso de las reglas estarían previstas *ex ante* en la norma, lo que hace que dada sus condiciones de aplicación – y no operando ninguna de sus excepciones- corresponda, indefectiblemente, la aplicación de su consecuente jurídico. En ese sentido, se dice, las reglas se constituyen como razones perentorias o definitivas, de ahí que se hable de su inderrotabilidad.

En los principios, dichas excepciones no son ni siquiera enumerables en forma genérica, de modo tal que, aun operando sus condiciones de aplicación, no existirá completa certeza en cuanto a la asignación de su consecuencia jurídica. Lo anterior se produce pues puede producirse una colisión con otros principios, en cuyo caso, corresponderá sopesar o

¹⁶¹ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Op. Cit, p. 68.

¹⁶² BAYON, J.C. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, DOXA, N° 24, Alicante, 2001, p. 52.

balancear las razones en juego, para decidir qué norma y hasta qué grado de intensidad corresponde aplicarla¹⁶³.

Como se suele explicar, “la razón para actuar que un principio proporciona puede colisionar con las razones provenientes de otros principios que también pueden resultar relevantes atendido al resto de los rasgos en acción en cuestión”.

En ese sentido, los principios son normas que operan como razones *prima facie* o contribuyentes, en tanto no ordenan nada de modo definitivo, sino que más bien dirigen la conducta en un sentido considerado valioso por la norma de modo contingente. Que se trate de razones sólo *prima facie*, significa que “no son razones perentorias puesto que no excluyen la deliberación del destinatario de las normas, son sólo razones de primer orden que señalan una dirección respecto al curso de acción a tomar, pero que entran en deliberación del agente junto a otras razones (otros principios) y que pueden, por lo tanto, ser superadas en el balance de razones”¹⁶⁴.

Digámoslo del siguiente modo: cuando un trabajador utiliza los medios de comunicación de la empresa como, por ejemplo el teléfono con la finalidad de comunicarse con terceros – condición de aplicación- tiene derecho a que el contenido de dicha conversación no sea conocido por el empresario – consecuencia jurídica prevista por el artículo 18.1 CE -.

¿Puede ocurrir que, en definitiva, el orden jurídico no otorgue esa confidencialidad exigida por el consecuente jurídico de la norma del derecho a la privacidad?

La respuesta es que si esa norma es un principio, perfectamente puede ocurrir que la confidencialidad no exista. Especialmente, porque al momento de aplicar la norma es

¹⁶³ La no derrotabilidad importa dos consecuencias centrales para las reglas: por una parte, autoriza el uso de la regla lógica del “modus ponens”, esto es, que de la verdad del antecedente (dado A) se sigue la verdad del consecuente (debe ser B), y por otro, “autoriza a usar la regla del refuerzo del antecedente; esto es, si A es condición suficiente de realizar B, también lo es con cualquier otra asunción”. MORESO, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, en AA VV Neoconstitucionalismo, Op. Cti., p 108. En los principios, como normas derrotables, sucede lo contrario: ni se puede usar la ley del “modus ponens” ni la del refuerzo del antecedente.

¹⁶⁴ MORESO, J.J. “El encaje de las piezas del derecho”, Isonomía, N° 14, España, 2001, p 14.

posible que nos encontremos con una excepción no considerada en abstracto: la derivada de la colisión con la libertad de empresa o el derecho de propiedad del empresario, que permiten la vigilancia sobre el contenido de esas conversaciones del trabajador, cuando, por una parte, el uso de la telefonía se integre al contenido del contrato de trabajo – empresas de telemarketing, ventas por teléfono, etc. -, y por otra, sea “el único medio que permite evaluar el cumplimiento de esta peculiar prestación laboral y obtener datos para mejorar el perfil o exigencias profesionales de los empleados”¹⁶⁵.

e.) La distinción según el modo de aplicación: la ponderación y/o la subsunción

La referida diferencia se explica toda vez que mientras las reglas se aplican subsuntivamente, los principios se someten a cálculo y balanceo: el derecho legislado - como la legislación ordinaria- corresponde fundamentalmente a reglas; en cambio, el derecho constitucional -especialmente los derechos fundamentales- corresponden a principios.

En ese sentido, se dirá, que “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”¹⁶⁶.

Las reglas establecen un deber definitivo para el juez quien debe, en caso que corresponda, aplicarlas sin cálculo de ningún tipo, debiendo imputar siempre la consecuencia jurídica establecida por la regla.

Los principios sólo establecen un deber *prima facie* o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría. Como se ha explicado, “cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los

¹⁶⁵ ROQUETA, R. Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p 54.

¹⁶⁶ ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1995, p 110.

principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume”¹⁶⁷.

La aplicación del derecho en lo que respecta a las reglas, permite al juzgador solucionar un litigio aplicando una consecuencia prevista en una norma jurídica general a una situación determinada, entendiéndose una manifestación individual del caso genérico regulado por la regla. El tránsito de la norma general a la consecuencia individual, se lograría mediante una operatoria de lógica dirigida a obtener la decisión del caso sometido a su conocimiento: los hechos que constituyen el caso (premisa menor) son subsumidos o encuadrados en la norma que se entiende aplicable (premisa mayor), lo que permite obtener una decisión que resuelve el problema (conclusión).

En la hipótesis de existir conflicto entre dos o más reglas que pudieran resultar aplicables al caso (antinomia o conflicto de normas), la lógica de la subsunción es la pérdida de validez de una de las reglas jurídicas en competencia por la vía de las normas especiales para el efecto: *lex superior, lex posterior* y *lex specialis*¹⁶⁸.

La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho, de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 49.

¹⁶⁸ Al decir de TOLONEN, “el conflicto entre reglas se resuelve de acuerdo con criterios formales, independientemente de su contenido, valor o peso. Hay tres criterios formales, *lex specialis derogat generali*, *lex superior derogat legi inferior* y *lex posterior derogat legi priori*. La situación correspondiente referida a principios se resuelve sobre la base de la dimensión de peso, es decir, sobre la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto a otro, cuando se aplican en la práctica”. TOLONEN, H. “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, AAVV, La normatividad del derecho, Gedisa, España, 1997, p 71.

¹⁶⁹ MORESO, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, AAVV Ne oconstitucionalismo, Op. Cit., p 103.

Sin embargo, esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales o de principios constitucionales, no es permanente, sino móvil: “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”¹⁷⁰.

El conflicto entre principios constitucionales - como sería el que representa la colisión entre derechos fundamentales- se soluciona de un modo distinto: no cabe aquí la aplicación de las reglas de jerarquía, ni de temporalidad, ni de especialidad, ya que todas provienen de la misma fuente jerárquica que es la Constitución.

En este caso, “los conflictos entre principios se deciden en dimensión del peso”, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la dimensión de validez, en cuanto los principios “representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas, son por ello gradualmente realizables”¹⁷¹.

Precisamente, el grado de realización de cada principio - y de los derechos previstos por ellos- en las situaciones de conflicto o colisión debe ser decidido por el juez en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad).

Es relevante destacar que la tesis de separación fuerte supone una distinción cualitativa o exhaustiva de las reglas y principios. Y para lograr ese objetivo utiliza diversos criterios como los recién señalados, algunos situados en el plano de la estructura de cada tipo de norma (ontológico) y otros ubicados de acuerdo al modo en como las normas se aplican (funcional).

¹⁷⁰ GUASTINI, R. Distinguiendo, Op. Cit., 34.

¹⁷¹ BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 50.

En ese sentido, la tesis de la separación fuerte supone al go más: que entre ambos tipos de criterios existe una conexión lógica o fuerte. Se podría decir así que porque las reglas y los principios son como son -cerrados y disyuntivos los unos, abiertos y graduales los otros- es que se aplican del modo en que se aplican -se subsumen unos, se ponderan otros-

En efecto, dicha tesis fuerte supone, en rigor, dos cuestiones que se mueven en planos distintos. Supone una doble diferencia entre reglas y principios: estructural –que son cada uno- y funcional –cómo funcionan-. Y la tesis supone, además, que entre ambos niveles existe una conexión lógica: porque son lo que son (reglas/principios), cada uno tiene su propio modo de aplicación (subsunción/ponderación).

Y en ese sentido, esta posición tiene efectos relevantes para la aplicación de los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que ellos están contenidos en normas que son preponderantemente principios y no reglas, y por tanto le s corresponde, según la tesis fuerte, una utilización distinta al derecho legal u ordinario de reglas.

Como veremos en adelante, la literatura jurídica laboral y la propia jurisprudencia constitucional han asumido lo que aquí denominamos una tesis fuerte en materia de derechos fundamentales del trabajador: estos derechos son considerados principios y por lo mismo se aplican mediante la técnica de la ponderación ¹⁷².

3.1.- La tesis fuerte de distinción y los derechos fundamentales como derechos restringibles: la teoría externa de los derechos fundamentales

Para la aplicación de la ponderación en las colisiones de derechos fund amentales, no basta con afirmar la distinción entre reglas y principios en sentido fuerte ya explicad a. Es imprescindible además sostener, precisamente como consecuencia de lo anterior, que los

¹⁷² En la doctrina laboral se ha asumido explícitamente la separación entre reglas y principios, como base para la distinción entre subsunción y ponderación. Acogen explícitamente la tesis de la separación fuerte, entre otros: GARCÍA-PERRROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio”, Op. Cit., pp 255-256 y TERRADILLO, E. Principio de proporcionalidad, Derecho del Trabajo y Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp 46 -48.

derechos fundamentales son restringibles. Y ello corresponde a la denominada teoría externa de derechos fundamentales.

Dicho de otro modo, la distinción entre reglas y principios jurídicos no sólo tiene como consecuencia que los conflictos entre derechos fundamentales se solucionarían mediante la ponderación, sino que supone indefectiblemente entender que los derechos fundamentales son objetos normativos que pueden ser restringidos legítimamente por otros de similar naturaleza.

De esta forma, entender los principios –a diferencia de las reglas- como normas jurídicas optimizables, con condiciones abiertas y derrotables, tiene relevantes consecuencias sobre la concepción de los derechos fundamentales que se sostendrá: “la visión de los derechos fundamentales como estructuras normativas complejas, en las que se conjugan normas dotadas de validez *prima facie* (principios) y validez definitiva (reglas); una teoría amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales; una teoría externa acerca de sus límites; la determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de una ponderación entre principios”¹⁷³.

Se trata de la denominada “teoría externa” de los derechos fundamentales. Se compone de dos ideas fundamentales: primero, una concepción amplia o extensiva del ámbito protegido de los derechos fundamentales, y segundo, los límites de esos derechos corresponden a restricciones provenientes de otros derechos.

La base de esta teoría radica en distinguir entre dos momentos sucesivos en la delimitación del ámbito protegido de un derecho fundamental: primero, un ámbito *prima facie* cuyo contenido está protegido de modo inicial y provisional, y segundo, un ámbito definitivo de protección. Entre ambos momentos media la ponderación.

¹⁷³ LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p 135.

Como se señala, “el contenido de este ámbito de protección inicial está conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución. Como tal, este vasto contenido ya constituye por sí una entidad jurídica. Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos y se fundamenta en el principio *in dubio pro-libertate*, según en el cual, en caso de duda sobre un caso, éste debe considerarse como un caso relevante desde la óptica de los derechos fundamentales”¹⁷⁴.

Precisamente, en este principio opera la concepción amplia o extensa del ámbito protegido. La razón conceptual es sencilla: los derechos fundamentales que se ponderan son considerados restringibles y, por ende, su contenido nunca es definitivo o inderrotable, cuestión que supone que se les delimite ampliamente, a sabiendas de que podrán ser restringidos más tarde en un eventual conflicto con otro derecho fundamental ¹⁷⁵.

Por lo mismo, “todo lo que presente una propiedad que –considerada aisladamente- baste para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualquiera que sean las otras propiedades”¹⁷⁶. En el mismo sentido, se sostendrá que “la Constitución suele emplear para definir el objeto principal de un derecho fundamental, sobre el que después pueden recaer adicionales concreciones, términos de cierta imprecisión e indeterminación. La actividad interpretativa que se desarrolle sobre estos conceptos también se deberá realizar de la forma más amplia posible”¹⁷⁷.

¿Cuán extenso o amplio debe ser, entonces, el ámbito protegido de los derechos fundamentales?

¹⁷⁴ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p. 310.

¹⁷⁵ La tesis amplia de contenido de los derechos fundamentales es sostenida por autores como NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe. Op. Cit. p 95 y ss; MEDINA GUERRERO, M. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, McGraw - Hill, Madrid, 1996, p 95; BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 458 y ss.

¹⁷⁶ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p. 312.

¹⁷⁷ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Op. Cit., p 60.

El máximo posible que permita la norma jurídica de principio que establece el derecho fundamental. Esto puede suponer que, incluso, “el ámbito protegido puede albergar conductas que en ocasiones resulten inmorales, antisociales o antijurídicas, en el entendido que normalmente serán contrarrestadas en virtud de una restricción o limitación”¹⁷⁸. Y así, por ejemplo, “la libertad artística otorgaría protección constitucional a toda acción que pueda caer en el espacio de significado del concepto de “arte”, interpretado en sentido amplio: desde pintar el techo de la Capilla Sixtina hasta cubrir de graffitis los vagones del metro o pintar en un cruce de calles en horas de máxima circulación”¹⁷⁹

La contrapartida es la “teoría interna” de los derechos fundamentales. De acuerdo con ésta, dichos derechos tienen un contenido definitivo que, siendo reducido o estrecho, viene fijado de antemano o preformado, contando desde el inicio con unas determinadas limitaciones – límites internos o inmanentes según se llame -. Así, se dirá que “la Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y determina todos sus alcances. El contenido de todo derecho ya viene limitado, por así decirlo, de antemano y desde dentro, por la propia Constitución”¹⁸⁰.

En la citada tesis interna, “todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental, tienen una validez definitiva no sólo una validez *prima facie*. Sin embargo, el conjunto de normas y posiciones que conforman el contenido de cada derecho, tiene un volumen reducido”¹⁸¹.

En materia laboral, se ha leído como un caso de utilización de la teoría interna el conocido caso de la barba en la hostelería. Frente al despido de un trabajador por su negativa a cortarse la barba, el Tribunal Constitucional sostiene que “*no pueden considerarse violados los derechos de intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los*

¹⁷⁸ CASAL, J. “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 82, Madrid, 2008, p 107.

¹⁷⁹ LOPERA, G. El principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 136.

¹⁸⁰ DE OTTO Y PARDO, I. “La Garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española” en AAVV Derechos Fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1988, p 106.

¹⁸¹ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 442.

mismos como consecuencia de deberes de las relaciones que el ordenamiento jurídico regula, de tal forma que teniendo en cuenta que se trata de un trabajo desarrollado en el ámbito de la hostelería y considerando que el trabajador ha de tener contacto directo con los clientes, se considera legítima la orden empresarial” (STC 170/1987).

Al respecto, VALDÉS DAL-RE señala que esta sentencia se sostiene en la lógica de una “severa y distorsionada *contractualización* del ejercicio por parte de los trabajadores de sus derechos fundamentales”, atendido que el problema no se trata como una restricción desde afuera del derecho –como lo sugiere la teoría externa-, sino como “un problema de delimitación; esto es, de la definición del contenido *prima facie* constitucionalmente protegido” y de la exclusión *a priori* de la barba como una posición protegida por la intimidad¹⁸².

Volviendo a la teoría externa –que nos interesa por estar conceptualmente vinculada al principio de proporcionalidad- para ejemplificar lo sostenido cabe preguntarse ¿es la apariencia externa del trabajador –como por ejemplo el uso de la barba, aros o *piercing*- parte del derecho a la intimidad?

La respuesta, al hilo de lo anterior, supone sostener que el ámbito protegido del derecho de intimidad abarca no sólo zonas espaciales (el hogar o las comunicaciones) o afectivas (relaciones familiares o sexuales) de la vida del trabajador, sino también dimensiones vitales de autonomía, como la apariencia externa del mismo, incluyendo el aspecto físico en sentido estricto, la indumentaria, los adornos y artefactos estéticos, etc¹⁸³.

¹⁸² VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poder empresarial: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 92. En nuestra perspectiva, la sentencia acoge –al menos argumentativamente- una concepción propia de la teoría interna, atendido que el criterio utilizado para determinar el ámbito protegido es propio de una concepción restringida o estrecha del derecho fundamental –de ahí que no se viole la intimidad con la exigencia del corte de la barba-. Lo anterior, sin perjuicio de que el argumento central del Tribunal Constitucional sea la limitación del derecho del trabajador “amparado en la existencia de un uso local para el sector de la hostelería relativo a que los empleados que tengan contacto con el público deben permanecer afeitados”. Cuestión que ha sido criticada en la doctrina en cuanto “viene a estimar que un simple uso local, cuya importancia relativa en el cuadro de fuentes es bien conocida, es instrumento adecuado y suficiente para la limitación”. OJEDA, A e IGARTÚA, M. T “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 73, Madrid, 2008, p 159.

¹⁸³ La jurisprudencia, en este caso del Tribunal Constitucional, así lo ha sostenido. El aspecto físico constituye

Y más allá de eso, en aplicación de esta concepción, la privacidad incluye conductas fuertemente cuestionadas socialmente como el consumo de droga s: “los reconocimientos practicados sobre la persona del trabajador pueden llevar, no por el hecho de la intervención, sino por su finalidad, esto es, por lo que a través de ella pretenda averiguarse, una intromisión en la esfera de la intimidad constitucionalmente protegida. En opinión del Tribunal Constitucional, esto es lo que ocurre cuando , como en el caso enjuiciado, se pretende averiguar si el trabajador ha consumido drogas”¹⁸⁴.

No es difícil, en ese sentido, encontrar en la doctrina laboral citas que asumen esta perspectiva sobre los derechos fundamentales del trabajador – la del contenido amplio-, en lo que se ha calificado como un esfuerzo “por tratar de extender los derechos fundamentales hasta donde sea razonablemente posible en el marco del contrato de trabajo”¹⁸⁵.

Así, por ejemplo, a propósito del ya referido derecho a la intimidad d el trabajador, se señala que “las facultades empresariales de control de la actividad laboral se ven muy afectadas por la tutela de la intimidad aplicable en el ámbito de las relaciones laborales frente a la actuación del empresario, que ha de respetar la facultad de exclusión del trabajador de la esfera de su intimidad personal y familiar sustrayendo de intromisiones extrañas de la empresa el ámbito de su vida privada”. Y este ámbito incluye “tanto en lo que se refiere a la toma intrusiva de conocimiento no referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, como a la divulgación ilegítima de datos, lo que afecta

“el primer elemento configurador” de la intimidad (STC 99/1994). De ahí que la doctrina afirme que “fuera de los casos de imposición de una indumentaria de trabajo, el trabajador es libre para adoptar cualquier apariencia externa o indumentaria en el trabajo. El hombre podrá llevar traje o vaquero, usar o no corbata, tener un pendiente, llevar el pelo largo, barba o bigotes, o mostrar un tatuaje o la insignia del sindicato. La mujer podrá vestir pantalón o falda, y llevar o no collares, pendientes o pulseras” GIL Y GIL, J. L. “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, en AAVV, Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas, Op. Cit., p. 223. En fin, precisamente por esto, la Corte de Casación de Francia, ha sos tenido que el hecho de que la apariencia externa del trabajador no sea del gusto del empleador es una causa que no justifica jurídicamente el despido (Cass. Soc. num. 96 -42.326 de 1997).

¹⁸⁴ MARTÍNEZ F., D “Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre”, Iuslabor, N°2, Barcelona, 2005, p 2.

¹⁸⁵ TASCÓN, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, Aranzadi Social, N °17, Pamplona, 2007, p 10.

también al tema muy actual de la confidencialidad de los emails, y, en general, de la reserva de datos informáticos. Por otro lado, desde la idea de la protección de la dignidad, la intimidad y la propia imagen se ha dado mayor fundamento a límites tradicionales del poder de dirección evitando, por ejemplo, un ejercicio extralimitado que afecte al modo de conducirse en la vida privada, e incluso en la apariencia externa”¹⁸⁶.

Amplitud de contenido que se extiende, además, y por si fuera poco, a un espacio para la utilización personal de los medios tecnológicos de la empresa, particularmente, de los datos referidos a la navegación en Internet¹⁸⁷.

Este derecho, en consecuencia, “evoca un espacio de libertad más o menos amplio del trabajador quien, en cierta medida, permanece sustraído a los poderes del empresario. Por otra parte, la intensidad de la protección del trabajador es inversamente proporcional a su extensión”¹⁸⁸.

En ese sentido y de acuerdo con la teoría amplia del ámbito protegido, la apariencia externa es parte de la intimidad del trabajador, las expresiones críticas y hostiles contra la empresa son parte de la libertad de expresión del trabajador, el consumo de drogas es parte de la

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Poder de dirección y derecho contractual”, en AAVV El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas, Op. Cit., p 29.

¹⁸⁷ El denominado “uso social” de los medios informáticos de la empresa –derivado de una tolerancia moderada del empresario-, no es sino un modo de denominar a una posición protegida de la intimidad, como resultado de un contenido amplio de dicho derecho, en este caso, referido al registro de la navegación del trabajador en Internet. En ese sentido, como explica TASCÓN, comentando la sentencia del Tribunal Supremo del 26.09.2007, “queda claro que surge esa expectativa razonable de intimidad, algo particularmente obvio cuando se trata de conversaciones telefónicas o comunicaciones por correo electrónico (ambas con protección adicional derivada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones), pero también cuando se trata de archivos personales del trabajador o, como en el presente supuesto, los archivos temporales (copias guardadas automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet). Se trata de rastros o huellas de la navegación que pueden contener datos extremadamente sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden contener informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)”. TASCÓN, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, Op. Cit., p 9. En la misma línea, según apunta MONTROYA, “esta resolución pone énfasis en la licitud de los usos privados del ordenador por los trabajadores, usos que reputa permitidos tácitamente en las empresas y que, dando un paso más, considera de carácter íntimo y confidencial”. MONTROYA, A. “Nuevas tecnologías y buena fe contractual”, RL, N° 5-6, La Ley, 2009, p 43.

¹⁸⁸ VIGNEAU, C. “El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a internet en las empresas en Francia”, RL, N° 5-6, La Ley, Madrid, 2009, p 31.

privacidad y el uso de determinados atuendos –por ejemplo la burka- son parte de la libertad religiosa del trabajador¹⁸⁹.

Y la pregunta que en ese punto surge es casi obvia: ¿qué ocurre si el empleador tiene, por ejemplo, buenas razones de higiene y seguridad para exigir o prohibir una indumentaria o artefacto estético determinado?

Ese ya no es un problema de delimitación del derecho fundamental del trabajador –en este caso de la intimidad-, sino de su restricción por una eventual colisión de derechos fundamentales, cuestión que debe ser resuelta en la etapa de ponderación.

Y eso nos lleva al segundo elemento fundamental de la teoría externa: el ámbito protegido amplio o contenido extenso del derecho fundamental está sujeto a restricciones, las que deberán provenir de otros derechos o bienes de equivalente rango jerárquico.

La idea de la restringibilidad de los derechos fundamentales ha sido explicada de este modo:

“La teoría externa presupone la existencia de dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo es la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado. En el primero se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte del contenido del derecho *prima facie*. Si esto es así, en un segundo paso se examina si el derecho *prima facie* ha sido limitado legítimamente en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Como explica GIL Y GIL “el Tribunal Constitucional ha subrayado que el derecho fundamental a la libertad religiosa incluye, junto a la garantía de la existencia de un conjunto íntimo de creencias y, por tanto, de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, una dimensión externa de *agere licere*, que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Debido a la mayor inmigración en España, no es aventurado predecir que se acentuarán las controversias acerca del uso islámico o de la kipá de los judíos”. GIL y GIL, J.L. “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, Op. Cit., p 109.

¹⁹⁰ BOROSWKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 67,

En otras palabras, “este amplio contenido prima facie del derecho fundamental no puede garantizarse de modo definitivo en toda su extensión” y esto ocurre porque las normas o posiciones protegidas inicialmente “se contradicen y entran en conflicto con normas protegidas por otras disposiciones constitucionales” y “una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva”¹⁹¹.

Esta perspectiva de la teoría externa –la de la restringibilidad de los derechos fundamentales- se encuentra fuertemente presente en la doctrina laboral, la que suele sostener en una frase de estilo, luego de afirmar la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, que esos derechos no son absolutos y que se encuentran afectos a “recortes o reducciones”, en razón de otros derechos o bienes jurídicos:

“Los derechos fundamentales de la persona del trabajador no se sustraen, desde luego, a esta regla general. No son éstos en modo alguno derechos absolutos; son derechos cuyo contenido se encuentra limitado. Pero como cualquier otro derecho fundamental, los de titularidad del trabajador/ciudadano sólo pueden experimentar restricciones por otros derechos, bienes y valores de rango equivalente”¹⁹².

Y esa perspectiva también se ha expresado en la jurisprudencia constitucional: *“la inserción en una organización ajena modula el ejercicio de los derechos fundamentales en la medida estrictamente necesaria para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”* (STC 136/1996 F.J. 7).

Estas restricciones o recortes a los derechos fundamentales del trabajador en relación con la actividad empresarial, son calificadas “como un problema de colisión con otros derechos fundamentales en el marco de la organización empresarial, mencionándose de forma constante como fuente de estas limitaciones los relativos a la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE), entre otros”¹⁹³.

¹⁹¹ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 585.

¹⁹² VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., 96.

¹⁹³ RIVERO L, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control

Ahora ¿cómo se determina si el derecho fundamental del trabajador será, en definitiva, restringido de su contenido inicial o *prima facie* ante la existencia de un conflicto con otros bienes o derechos?

La cuestión la intenta solucionar la ponderación: “un derecho restringible está necesariamente garantizado en todo caso por un principio, y la restricción de este derecho es legítima sólo si satisface el criterio material que representa el principio de proporcionalidad”¹⁹⁴.

3.2.- La colisión entre derechos fundamentales y la ponderación

La ponderación se construye como una forma de aplicación del derecho distinta de la subsunción. La subsunción es la operación típica de aplicación propia del modelo legalista de derecho, mientras que la ponderación es el modo de aplicación característico de la nueva etapa de constitucionalización del derecho.

La diferencia, según adelantamos, es que mientras las reglas se aplican subsuntivamente, los principios se someten a cálculo y balanceo: el derecho legislado - como la normativa laboral- corresponde preponderantemente a reglas, en cambio, el derecho constitucional - especialmente los derechos fundamentales - corresponde preponderantemente a principios.

En ese sentido, se dirá que “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”¹⁹⁵.

constitucional”, Op. Cit., p 508

¹⁹⁴ BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 77.

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil, Op. Cit., p 110.

Según ya apuntamos, las reglas establecen un deber definitivo que el juez debe aplicar sin cálculo de ningún tipo. Los principios sólo establecen un deber *prima facie* o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría.

Como se ha explicado “cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume”¹⁹⁶.

De este modo, por ejemplo, si el juez considera que debe aplicar la regla del artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores que establece que el límite máximo de la jornada extraordinaria es de 80 horas anuales, entonces, no tiene espacio para ningún tipo de ponderación: debe aplicar subsuntivamente la norma y desechar cualquier solución opuesta.

En cambio, si el mismo juez debe resolver si el empleador tiene derecho a acceder y controlar el contenido de los correos electrónicos de los trabajadores, deberá determinar el alcance que tendrá la libertad de empresa y del derecho de propiedad -contemplados en los principios de los artículos 38 y 33 de la Constitución respectivamente- frente a un derecho de equivalente valor como el de privacidad o inviolabilidad de las comunicaciones - contemplados en los principios del artículo 18 CE -. Esta cuestión supondrá un sopesamiento que podría terminar, en algunos casos, en una solución a favor de los primeros, como en otros, a favor de los segundos.

Dando cuenta precisamente de este rasgo restringible de los derechos fundamentales de ambas partes del contrato de trabajo, la doctrina laboral ha señalado que “los derechos constitucionales se proyectan sobre la relación laboral con modulaciones y que en ocasiones pueden experimentar limitaciones o sacrificios en la medida en que se

¹⁹⁶ Es decir “no son razones perentorias puesto que no excluyen la deliberación del destinatario de las normas, son sólo razones de primer orden que señalan una dirección respecto al curso de acción a tomar, pero que entran en deliberación del agente junto a otras razones (otros principios) y que pueden, por lo tanto, ser superadas en el balance de razones”. MORESO, J.J. “El encaje de las piezas del Derecho”, Isonomía, N° 14, Alicante, 2001.

desenvuelven en el seno de una organización (la empresa) que refleja otros derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. En consecuencia, no es descartable una eventual limitación o restricción del derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador y, por tanto, la posibilidad de acceso al correo electrónico del trabajador, en la medida que concurra un interés o derecho constitucional digno de protección”¹⁹⁷.

De este modo, la aplicación del derecho del trabajo, contenido en general en las reglas de la legislación laboral ordinaria, supone básicamente un ejercicio de subsunción por parte de los aplicadores del derecho. Esta actividad permite al juzgador solucionar un litigio aplicando una consecuencia prevista en una norma jurídica general a una situación determinada, que se entiende es una manifestación individual del caso genérico regulado por la norma.

La ponderación, en cambio, como ya señalamos, gira en torno a la asignación por parte del juez de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable”¹⁹⁸.

En este caso, “los conflictos entre principios se deciden en dimensión del peso”, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la dimensión de validez. Lo anterior, toda vez que los principios “representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas, son por ellos gradualmente realizables”¹⁹⁹. Y precisamente, el grado de realización de cada principio en las situaciones de colisión, debe ser decidido por el juez en cada caso, intentando que

¹⁹⁷ GOÑI, JL. “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, Justicia Laboral, N 17, Madrid, 2004, p 45.

¹⁹⁸ MORESO, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, AAVV Neo constitucionalismo, Op. Cit., p 103.

¹⁹⁹ BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales, op. cit., p 50.

cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad).

Cabe apuntar que la jurisprudencia constitucional ha entendido, precisamente, que el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos por parte del trabajador al interior de la empresa desembocará en diversas hipótesis de colisiones entre derechos fundamentales o, dicho de otro modo, de conflicto entre principios constitucionales.

Y ante dichos conflictos, el modo de solución corresponde a la ponderación: “la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales en ejecución del contrato de trabajo efectúa juicios de ponderación sobre los derechos constitucionales en colisión o conflicto, esto es, sobre el ámbito de su ejercicio legítimo constitucionalmente protegido y sobre la transgresión o no de sus límites por la incidencia o afectación de otros derechos fundamentales: del trabajador (prohibición de discriminaciones, intimidad, libre expresión, información, propia imagen, honor, libertad informática, libertad sindical, huelga) y del empresario (propiedad privada y libre empresa)”²⁰⁰.

El mismo camino de búsqueda del balanceo entre derechos en conflicto, será el sostenido por la doctrina: “los derechos fundamentales no pueden bloquear el desarrollo de los poderes empresariales, que también tienen una base constitucional. Por consiguiente dado que ni éstos ni aquéllos pueden imponerse con sacrificio de los otros, ha de buscarse una vía que los haga compatibles sin suponer la anulación de ninguno de ellos ”²⁰¹.

O en palabras más directas: “dentro del contrato de trabajo la tarea de ponderación de los derechos en conflicto, ante la restricción del ejercicio de un derecho fundamental impuesta por el empresario, debe examinarse, de un lado, la limitación sufrida, y, de otro, la adecuación (necesidad) y proporcionalidad de la medida empresarial restrictiva del

²⁰⁰ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, Op. Cit., p 1.

²⁰¹ MIÑARRO, M. “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, en AAVV El control empresarial en el ámbito laboral, CISS, Valencia, 2005, p 60.

ejercicio del derecho fundamental del trabajador a la naturaleza del trabajo realizado y a la satisfacción de los intereses protegidos por la libertad de empresa u otros derechos fundamentales del empresario”²⁰².

4.- El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales

En la literatura jurídica la ponderación reenvía usualmente al denominado principio de proporcionalidad²⁰³. En efecto, frente al debate sobre si la ponderación no es más que la actividad irracional y arbitraria del juez, que sopesa y balancea a su antojo los principios en conflicto, la respuesta de la teoría constitucional que la sostiene, como ya dijimos, será la construcción del principio de proporcionalidad²⁰⁴.

²⁰² CASAS BAAMONDE, M.E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Ci t., p 7.

²⁰³ La ponderación como forma de decisión jurídica ha sido cuestionada por diversas razones, pero especialmente por el peligro de la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ponderación de los principios constitucionales y de una posible interpretación moral de la Constitución. Las razones de esta crítica son: a) los principios constitucionales que establecen derechos fundamentales son estructuralmente más vagos que las reglas legales comunes, lo que aumenta su indeterminación, y b) la ponderación de los principios -y de los derechos que establecen- caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre ellos, aumenta la discrecionalidad de los jueces, lo que permite que “puedan decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia”. Una forma de superar esta indeterminación de la ponderación -y aumentar la certeza del derecho- es suponer, como lo hace DWORKIN, que existe una moral objetiva o crítica compartida por la comunidad política y especialmente por los jueces, lo que cerraría la indeterminación denunciada. El problema de esta idea, conocida como la tesis de la única respuesta correcta, es que “no existe en nuestras sociedades una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético)”, COMANDUCCI, P. “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, AAVV Neoconstitucionalismo, op. cit., p. 91. La posibilidad de cerrar la indeterminación de la ponderación por la vía de una moral crítica u objetiva, y no de la simple discrecionalidad del juez, es calificada por HART como un “noble sueño” y el autor que la sostiene -DWORKIN- como “el más noble de los soñadores”, ver HART, H. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en AAVV El ámbito de lo jurídico, Crítica, Barcelona, 1994.

²⁰⁴ Sera una crítica habitual a la ponderación la dimensión de subjetividad que agregará la proporcionalidad a las decisiones sobre derechos fundamentales. La respuesta a estas críticas será que la exigencia de plena certeza y objetividad es una demanda hiperracional, y por tanto, irracional: “resulta imposible imaginar un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Éstas aparecen indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. Por esta razón, no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción. Todo aquél que pretende excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre en hiperracionalidad.” BERNAL PULIDO., C. “La racionalidad de la ponderación”, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 77, agosto, Madrid, 2006, p 57.

El núcleo de este principio, como ya advertimos, está representado en la simple fórmula de la denominada ley de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”²⁰⁵.

En ese sentido, la introducción del principio de proporcionalidad aparece indisolublemente ligada a la idea de ponderación y ello plantea varias cuestiones relevantes tales como qué relación existe entre ambos conceptos, cuál es el contenido del principio de proporcionalidad, la estructura del juicio de ponderación.

4.1.- Relación ponderación y proporcionalidad

En un primer punto cabe preguntarse ¿cuál es la relación entre la ponderación y el principio de proporcionalidad?

Aunque parezca curioso –por lo usual de los términos- no existe acuerdo en este tema. Para algunos, la ponderación designa una parte de la construcción más genérica, que es el principio de proporcionalidad: “dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad” y que comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En este caso, la proporcionalidad es el procedimiento general para determinar los límites entre derechos fundamentales en conflicto; y la ponderación es la operación específica que se realiza para comparar el grado de afectación entre un derecho y el grado de satisfacción del otro, lo que técnicamente corresponde a la proporcionalidad en sentido estricto.

Para otros, en cambio, la cuestión parece ser al revés: la ponderación es la operación destinada a solucionar un conflicto entre principios constitucionales y la proporcionalidad

²⁰⁵ ALEXY, R. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 66.

es la técnica específica que determina cómo se realiza esa operación: “mientras la ponderación se define como un tipo de juicio o de examen judicial, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se concibe como un criterio para llevarla a cabo”²⁰⁶.

En el ámbito laboral, esa falta de acuerdo conceptual ha tendido a reproducirse existiendo un cierto desorden en la materia. Así, para algunos, la ponderación tiene una connotación restrictiva y corresponde al juicio específico de la proporcionalidad en sentido estricto²⁰⁷. Para otros, corresponde al modo genérico de solución de casos de conflicto entre derechos, el que se lleva a cabo mediante la técnica argumentativa del principio de proporcionalidad²⁰⁸. Incluso, hay quienes lo utilizan como sinónimos²⁰⁹. Y en fin, hay quienes, lo consideran como operaciones independientes y alternativas²¹⁰.

En nuestro caso, asumiremos que la ponderación designa un modo de aplicación del derecho cuando se trata de resolver conflictos entre principios de igual valor jurídico – como lo son los derechos fundamentales- sin que ninguno pierda validez; y la proporcionalidad, a su turno, como un principio que condensa una de las teorías argumentativas para llevar a cabo dicha operación aplicativa.

En ese plano “la ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo preocupada por la razonable relación de coste y beneficios. El juicio de proporcionalidad, pues, como especie o variante de la ponderación de bienes e intereses”²¹¹.

²⁰⁶ BOCKENFORDE, W, citado en BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 157.

²⁰⁷ TERRADILLOS, E. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 65.

²⁰⁸ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador” Op. Cit., p 100.

²⁰⁹ SAGARDOY, J. A. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Op. Cit., pp 46 -47.

²¹⁰ “Ciertamente el juicio de proporcionalidad es o puede ser más estricto que el de ponderación, al serlo no sólo de adecuación, sino también de necesidad. Su mayor incisividad explica su utilización frente al poder público y su extensión a conflictos entre privados planteados como consecuencia de la penetración, tan intensa como el poder público, del poder empresarial de control y vigilancia de los trabajadores ejercido a través del orden tecnológico”. CASAS BAAMONDE, M.E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Cit., p 43.

²¹¹ BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, Cuaderno de Derecho Público, N° 5, Madrid, 1998, P 35.

En ese sentido, compartimos la opinión de quienes sostienen que la ponderación no implica necesariamente la utilización del principio de proporcionalidad, ya que ésta no es el único modo de llevarla a cabo²¹². Es, eso sí, la más importante y articulada en la “teoría jurídica contemporánea”²¹³.

4.2.- Fundamentación del principio de proporcionalidad

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el principio de proporcionalidad “aunque no está escrito, está reconocido al máximo nivel”²¹⁴. De ahí que se hace pertinente indagar sobre su fundamento jurídico.

La doctrina ha utilizado dos vías para justificar la existencia del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Una es la justificación conceptual y la otra es la normativa.

La justificación conceptual se relaciona con la estructura de los propios derechos fundamentales. Para “ALEXY, el principio de proporcionalidad está conceptualmente conectado con el concepto de principio como mandato de optimización y con su noción de ponderación como el establecimiento de una relación de procedencia condicionada”²¹⁵.

Esta idea la expresa el propio autor alemán: cuando afirma que “el significado de la diferenciación entre las reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de

²¹² Un tipo distinto de llevar a cabo la ponderación entre bienes constitucionalmente protegidos, es la denominada concepción “coherentista” de HURLEY, S. *Natural Reasons*, Oxford University Press, 1989, New York. En español, ver MARTÍNEZ, D. “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 86, Madrid, 2009, p 119-144.

²¹³ MORESO, J.J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en AAVV *Alexy Derechos sociales y ponderación*, Op. Cit., p 81.

²¹⁴ BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, Op. Cit., p 19.

²¹⁵ MARTÍNEZ, D. *Conflicto constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Op. Cit p 238

proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel”²¹⁶.

Tal como ya aclaramos antes, si se asume que los derechos fundamentales están contenidos en normas de principio y éstos son concebidos como mandatos de optimización, la determinación del límite en que se cumple con lo ordenado por el principio, dependerá de su eventual colisión con otro bien de relevancia constitucional y la resolución de esa colisión provendrá de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En ese sentido, la tesis supone que la medida en que se justifica la restricción de un derecho fundamental viene determinada por las exigencias de la proporcionalidad. De ahí que existe una conexión conceptual y necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad²¹⁷.

Por ello, precisamente, es que el Tribunal Constitucional alemán lo derive de la propia esencia de los derechos fundamentales: “en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de Derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales”²¹⁸.

A su turno, la justificación normativa del principio de proporcionalidad es múltiple y se relaciona con las diversas tradiciones jurídicas que lo han acogido.

²¹⁶ ALEXY, R. “La formula de peso”, en AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p 17.

²¹⁷ BERNAL PULIDO, C. “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, DOXA, N° 30, Alicante, 2007, pp. 273-291.

²¹⁸ Sentencia BverfGE 19, 342. Ver GONZÁLEZ BIELFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ob. Cit., pp 53 - 87.

En el ámbito internacional el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo hace derivar de la exigencia de que las restricciones a los derechos sean necesarias en una “sociedad democrática”²¹⁹.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que “viene reconociendo y aplicando desde hace tiempo el principio de proporcionalidad como uno de los principios generales del Derecho Comunitario”²²⁰.

Su éxito ha sido tal, que han comenzado a darse pasos hacia su reconocimiento explícito, como ocurre con el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que señala que “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrá introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, o las necesidades de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el principio de proporcionalidad está fundado en la cláusula del Estado de derecho de la Constitución (STC 85/1992, STC 111/1993) y en el valor de la justicia del artículo 1.1 CE (STC 50/1995).

Lo importante, en todo caso, es que el fundamento jurídico tiene el máximo rango – constitucional- lo que importa que “el legislador está vinculado al principio de proporcionalidad y al Tribunal Constitucional corresponde su enjuiciamiento. Con mayor razón, quedan también a él sujetos la Administración y los jueces, en sus respectivos ámbitos, cuando aplican e interpretan el Derecho”²²¹.

²¹⁹ Ver FASSBENDER, B. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Público, Nº5, Madrid, 1998.

²²⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., p 25.

²²¹ BARNES, J. “El principio de proporcionalidad, Estudio Preliminar”, Op. Cit., p 20.

Ahora, más allá de su fundamento normativo, la aplicación del principio de proporcionalidad deriva de exigencias conceptuales: “entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más próxima: el carácter de principio implica aquél. Que el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de la ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, es decir, es deducible de él” ²²².

Dicho nexo lógico, se produce porque si se entiende que los principios son mandatos de optimización de las posibilidades fácticas y jurídicas de lo exigido como debido, entonces, en caso de colisión entre principios, el desarrollo de cada derecho fundamental dependerá de cuanto se esté en condiciones de restringir el otro derecho en conflicto.

4.3.- Estructura del principio de proporcionalidad

En este punto cabe preguntarse ¿cómo opera el principio de proporcionalidad?

Para determinar las posibilidades fácticas y jurídicas de maximización de un derecho fundamental, es necesario efectuar un triple juicio sobre ese derecho y sus restricciones. Efectivamente, el principio de proporcionalidad, en su versión más sofisticada y más extendida –el denominado “test alemán”- implica la realización de tres juicios o subprincipios²²³: el juicio de la idoneidad, el juicio de la necesidad y el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto.

²²² ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 91.

²²³ El principio de proporcionalidad es, en ese sentido, una exitosa construcción teórica alemana que constituye el nudo gordiano de la ponderación, y que ha permitido justificar racionalmente la aplicación de normas que tienen el carácter de principios, como las que establecen derechos fundamentales. Especialmente desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán, que lo hace derivar de la “esencia de los derechos fundamentales”, ha sido seguido por diversos órganos de justicia constitucional en el derecho comparado, como el español o el italiano. Ver GONZÁLEZ BIELFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., pp 53- 87.

Esto es, para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental, impuesta por el ejercicio de otro derecho fundamental, es necesario preguntarse, en orden transitivo, si dicha restricción es idónea, necesaria y proporcional.

a.) El juicio de idoneidad. Este juicio exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendiendo por tal un interés de naturaleza constitucional. De esta forma, la conducta del empleador que, en el ejercicio de sus facultades, restringe el derecho fundamental del trabajador, debe permitir alcanzar o satisfacer efectivamente una finalidad amparada constitucionalmente, no debiendo considerar, a riesgo de trastocar la supremacía constitucional, intereses o bienes sin dicho respaldo.

En este caso, lo que se mide es la relación de medio -fin entre la conducta que restringe un derecho fundamental y la finalidad respaldada constitucionalmente que se persigue por la misma. La finalidad será comúnmente proteger algunos de sus derechos fundamentales, como la propiedad.

En ese sentido, aplicando esta idea al ámbito del trabajo, deberían considerarse lesiva de un derecho fundamental del trabajador por desproporcionadas, aquellas conductas que restringen uno o más de esos derechos y que no logran ni ayudan a lograr de modo significativo, el objetivo perseguido por el empleador.

La idea relevante en este sub-principio es rechazar, por estimarse desproporcionadas, las medidas o conductas inidóneas que restrinjan un derecho fundamental, ya sea que dicha restricción provenga del legislador, la autoridad administrativa o del empleador. Dicho de otro modo, deben rechazarse las medidas que persiguen un fin constitucional legítimo – protección de derechos fundamentales propios o de terceros - cuando la medida o conducta no contribuye en forma relevante a obtener el fin inmediato buscado.

b.) El juicio de necesidad. Este juicio, por su parte, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna respecto del derecho fundamental en cuestión.

En ese sentido, será necesaria y proporcionada la medida que restringe derechos fundamentales sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido²²⁴. A veces, este juicio parcial de la proporcionalidad ha sido también denominado como “principio de indispensabilidad”, en cuanto éste evalúa si la medida objeto del juicio de proporcionalidad es indispensable para el logro de un fin empresarial legítimo.

En el conocido caso “deshuesador de jamones”, un *leading case* del tema de los derechos fundamentales en España y sobre el que volveremos más adelante, la exigencia empresarial de que el trabajador permitiera la grabación y difusión por televisión de su trabajo –cortar y trozar jamones ibéricos-, y que derivó en el despido del trabajador ante su negativa, fue considerada lesiva de su derecho a la propia imagen por innecesaria.

La razón, en palabras del Tribunal Constitucional es que *“los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”* (STC 99/1994).

²²⁴ ALEXY señala que el juicio de necesidad y el de idoneidad responde al ideal de la eficiencia u óptimo de Pareto. Eso no parece ser así, ya que el óptimo paretiano es aquel en que todos los sujetos ganan, sin que ninguno pierda, y aquí los trabajadores efectivamente pierden: ven restringidos sus derechos aunque en forma tolerable o razonable. En rigor, dichos juicios propios de la ponderación -el de la idoneidad y la necesidad-dicen relación, más bien, con la situación de “eficiencia de Kaldor-Hicks” o “mejora de Pareto”, en donde los costos que soportan unos, son menores que los beneficios que reportan otros, y éstos están dispuestos a compensar la pérdida. Precisamente en los casos aquí analizados se presenta esa situación: los costos que soportan los trabajadores al ver restringidos sus derechos fundamentales se compensan por la ventaja que de ello obtenga el empleador siempre que ésta sea mayor que aquéllos.

Con esa sentencia, como veremos en adelante, “el TC deja a un lado los criterios que tradicionalmente había venido empleando a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las restricciones de que pueden ser objeto los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la empresa para empezar a operar sobre la materia con otras técnicas expresamente concebidas por la ciencia del Derecho Constitucional cuando de tales derechos fundamentales se trata; técnicas que van a reforzar, además, la posición de éstos en ese específico marco contractual hasta el punto de erigirlos en verdaderos límites de los poderes jurídicos de que dispone el empresario como consecuencia de la relación laboral”²²⁵.

c.) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por último, se utiliza el juicio de proporcionalidad propiamente tal. Sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde revisar si ella, además, es proporcional en sentido estricto.

Cuando para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Dicho juicio puede expresarse, como ya lo habíamos adelantado en esta tesis, en la denominada ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro²²⁶.

Esta operación supone tres pasos básicos: primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; segundo, determinar el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario; y tercero, debe compararse a ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro. Para hacer operativo

²²⁵ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 49, Civitas, Madrid, 1997, p 299.

²²⁶ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 71

este ejercicio de asignación de peso, y por ende, permitir la comparación entre los derechos en colisión, se propone una escala tríadica de intensidad: grave, media o leve.

La fijación de la intensidad de la importancia o del peso de la no satisfacción de un derecho fundamental (del empleador) y del resguardo del otro derecho fundamental involucrado en el conflicto (del trabajador), implica indefectiblemente un juicio de preferencia o valor del aplicador de un derecho fundamental respecto del otro, que debe sustentarse tanto en premisas normativas como fácticas.

En efecto, para determinar el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental del trabajador y la importancia para el cumplimiento del derecho fundamental del empleador, se deben evaluar tanto las premisas normativas como las premisas fácticas asociadas a cada derecho, como explicaremos latamente en el siguiente capítulo de esta tesis.

Las premisas normativas para determinar la intensidad de la afectación y/o importancia de la conducta dicen relación con: a) la fundamentalidad que la posición afectada tiene para el derecho respectivo, es decir, mientras más importante o cercana a su núcleo fundamental para ese derecho, mayor será la posición o situación afectada por la restricción y más intensa es la afectación o restricción; b.) la parte o porción del derecho fundamental afectado, en cuanto mayor sea la parte o contenido del derecho afectado, mayor es la intensidad de la afectación; c.) la relevancia para la función del derecho fundamental que tiene la posición afectada, en tanto la afectación haga menos posible el cumplimiento de la función para la que el derecho fundamental fue establecido, mayor será la afectación del derecho; y d.) la relevancia de la posición afectada para el ejercicio de otras posiciones jurídicas o de otros principios constitucionales asociados a ese derecho fundamental, mientras más se afecte el ejercicio de otras posiciones jurídicas o derechos fundamentales, mayor será la intensidad de la afectación.

La evaluación de estas premisas normativas depende de las concepciones políticas dominantes en la cultura jurídica en que se realice la ponderación respectiva, la que

determinará la relevancia que tiene una específica posición al interior de un derecho fundamental y qué función cumple ese derecho dentro de una tradición legal concreta.

Las premisas fácticas para determinar la intensidad de la afectación y/o importancia, dicen relación con la eficacia- la capacidad efectiva de la restricción de afectar el derecho fundamental-, la rapidez –la velocidad con que se logra afectar la posición iusfundamental-, la probabilidad –las posibilidades reales de que se afecte la posición del derecho fundamental-, el alcance – cuánto de las posiciones jurídicas contenidas en el derecho están siendo afectadas- y la duración – por cuánto tiempo se extenderá la medida restrictiva- de la afectación y/o importancia para los derechos fundamentales en juego en la ponderación²²⁷.

La evaluación de estas premisas fácticas depende del nivel de conocimiento científico y técnico del que disponga la comunidad y el operador jurídico al momento de efectuar la ponderación entre derechos fundamentales.

En materia laboral, se podría sostener, por ejemplo, que la decisión de una empresa de exigir a sus trabajadores autorización para efectuar declaraciones de cualquier tipo a los medios de prensa sobre la empresa y su trabajo, implica una “grave” afectación de la libertad de expresión de los trabajadores, en cuanto se prohíbe toda opinión, cualquiera sea el contenido.

La justificación de esa conducta puede ser el eventual daño a la imagen y propiedad de la empresa, por posibles declaraciones de los trabajadores, justificación que como parece obvio es nada más “leve”, en cuanto en la generalidad de los casos poco o nada de la propiedad de la empresa se juega en declaraciones de sus trabajadores, no existiendo certeza siquiera de que vayan a ser negativas o dañinas para la imagen corporativa. Se trataría de una conducta lesiva por desproporcionada, del derecho fundamental de libertad de expresión del trabajador.

²²⁷ Ver en extenso ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., capítulo 3, y BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., pp 757-788.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el derecho más importante, de acuerdo con el juicio de valor de intensidad efectuado y en razón de las premisas normativas y fácticas ya señaladas, desplaza al derecho menos importante para ese caso en concreto. Como se ejemplifica, “la afectación de la vida y la salud de una niña, que se origina al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte; de forma correlativa, la satisfacción de la libertad de culto de los padres, que se derivaría de dicha permisión sólo como media o leve”²²⁸.

Opera, entonces, el núcleo de la ponderación en sentido estricto: la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental del empresario en que se sostiene la conducta que genera la colisión.

La finalidad de esa comparación es el establecimiento de la relación de “precedencia condicionada”: de precedencia porque un derecho desplaza la satisfacción del otro derecho, y condicionada porque sólo vale para esa colisión, en esas circunstancias en concreto.

En efecto, esta asignación de peso o importancia de los derechos colisionados, en todo caso, corresponde a una relación de precedencia condicionada o de jerarquía móvil, que se construye desde el caso concreto y no tiene el carácter de absoluta o fija, porque nada impide que en otros casos se revierta la atribución de pesos utilizada y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado.

¿Podría verse afectada esa asignación de peso de los derechos en juego por factores adicionales a ser considerados en la ponderación?

²²⁸ BERNAL PULIDO, C. “Estructura y límites de la ponderación” DOXA, Alicante, N°26, 2003, p.228.

Efectivamente el juicio de proporcionalidad se ve completado por dos factores o variables adicionales: por una parte, el peso abstracto de cada derecho y, por otra parte, la seguridad en las premisas fácticas o empíricas sobre la importancia de los derechos en juego.

En primer lugar, la asignación de pesos atendido el grado de satisfacción o de afectación de los derechos en juego, puede verse alterado por el denominado “peso abstracto” de alguno de ellos.

Se supone, y así lo hemos señalado, que entre los derechos constitucionales no existen jerarquías *a priori*, ni órdenes de prelación cerrados. Pero nada impide que por tradiciones ideológicas y políticas de una comunidad jurídica en particular, se le atribuya en abstracto una importancia relativa mayor a un derecho fundamental y eso debe ser considerado al momento de resolver una colisión de derechos fundamentales: “de este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho de intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana”²²⁹.

En segundo lugar, también puede ser relevante al momento de ponderar los derechos en juego, la seguridad en las premisas fácticas sobre la importancia y/o afectación de cada derecho, esto es, el grado de certeza y precisión fáctica acerca del impacto que la conducta que se enjuicia tendrá en dichos principios constitucionales. Como explica LARIGUET “las apreciaciones empíricas pueden tener un mayor o menor grado de certeza que incidan en el mayor o menor peso que se le atribuya a los principios. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a la vida y la salud de la niña evangélica será considerada seria o intensa si existe la certeza, apoyada en apreciaciones empíricas seguras, de que la niña, si no es hospitalizada morirá. Si, en cambio, los médicos no pueden determinar con un grado de certeza aceptable qué consecuencias puede irrogar la no hospitalización, ello hará que

²²⁹ BERNAL PULIDO, C. *Ibidem*, p 63.

el grado de afectación sea considerado leve o moderado y en consecuencia se de más peso al principio de libertad de culto de los padres que justifica que ellos puedan decidir no hospitalizarla”²³⁰.

¿Cómo se relacionan todos estos elementos de la proporcionalidad en sentido estricto – atribución de peso específico, peso abstracto, seguridad de las premisas fácticas - al momento de resolver un caso concreto de ponderación?

La combinación simultánea de todos estos factores permitirá determinar el “peso concreto” de cada derecho fundamental en juego en la colisión, exigiendo optar por aquel cuyo peso concreto sea superior.

Es lo que ALEXY denomina la “fórmula del peso”, esto es, el cociente que resulta de la división de la intensidad de la afectación del derecho fundamental con el grado de importancia del derecho fundamental contrario en las circunstancias del caso concreto, considerado su peso abstracto y la seguridad de las premisas fácticas relativas a su afectación.

En ese sentido, finalmente, la comparación o balanceo que es el núcleo de la proporcionalidad en sentido estricto, y de la ponderación a fin de cuentas, se realiza entre los pesos concretos o relativos de cada derecho fundamental que participa de la respectiva y en ese sentido, siempre el peso de un derecho es relativo al otro derecho en conflicto.

De cómo se aplica este principio de proporcionalidad en el marco de un contrato de trabajo, y la determinación de los pesos concretos de los derechos fundamentales en juego, trata en extenso el capítulo siguiente de esta tesis.

²³⁰ LARIGUET, G. “Conflictos trágicos genuinos y ponderación racional: en torno a algunas ideas de Robert Alexy”, Revista Estudios Sociales, N° 49-50, Valparaíso, 2004, p 473.

CAPÍTULO III

LA PROPORCIONALIDAD EN LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1.- El principio de proporcionalidad y el Derecho del Trabajo

La irrupción de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa genera la multiplicación de las situaciones donde su ejercicio puede entrar en conflicto con las posiciones jurídicas constitucionales del empresario.

Dicha situación ha sido considerada ampliamente por la doctrina laboral como una colisión de derechos fundamentales y, en conformidad con la teoría externa ya descrita, se entiende que la misma debe ser resuelta al modo de solución propio de los conflictos entre principios, que corresponde a la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

Como se dirá, en una síntesis de buena parte de la literatura jurídica en la materia: “la configuración de este conflicto como una colisión entre derechos de rango constitucional suministra ya los criterios que han de manejarse para su solución y que se sustancian en una ponderación entre ellos a través del principio de proporcionalidad”²³¹.

Tal como ya señalamos, la doctrina laboral se ha decantado por una visión “conflictivista” sobre los derechos fundamentales del trabajador en la empresa. Así, la idea de la colisión de derechos fundamentales entre empresario y trabajador ha sido una hipótesis explicativa ampliamente aceptada en la doctrina laboral: “el necesario equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empresario –reflejo, por lo demás, de otros derechos constitucionales que le asisten, arts. 33 y 38 CE- y el ámbito –“modulado por el contrato de trabajo, pero en todo caso subsistente”- de las libertades constitucionales del trabajador exige, a fin de cuentas, que, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida “modulización” deberá producirse en la medida de lo estrictamente indispensable, de acuerdo al principio de proporcionalidad, para el correcto y ordenado respeto a los derechos fundamentales del trabajador”²³².

²³¹ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Informe General, Op. Cit., p 99.

²³² PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AAVV El modelo social de la Constitución española de 1978, Op. Cit., p 230.

Para el Tribunal Constitucional se “ha buscado una conciliación de los intereses organizativos del empresario en las hipótesis de conflicto con los derechos fundamentales que el trabajador posee en cuanto ciudadano. Ante todo, la jurisprudencia constitucional ha mantenido que los derechos fundamentales no sólo afectan a las relaciones entre el Estado y el ciudadano, sino que pueden aplicarse también en las relaciones de coordinación”²³³.

En efecto, la jurisprudencia constitucional “ha encontrado en la materia laboral un terreno adecuado para el desarrollo del principio de proporcionalidad y en la misma podemos encontrar diversos ejemplos en los que, con mejor o peor suerte, el Tribunal Constitucional ha proyectado dicho principio sobre situaciones de conflicto entre derechos fundamentales”²³⁴.

Por lo mismo, se ha destacado que “la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales en ejecución del contrato de trabajo efectúa juicios de ponderación sobre los derechos constitucionales en colisión o conflicto”²³⁵.

Y en coherencia con dicha concepción de conflicto entre derechos fundamentales de las partes del contrato de trabajo, la doctrina laboral ha considerado ampliamente a la ponderación y al principio de proporcionalidad como el modo de solución aplicables a dichas colisiones:

“En la relación laboral, pueden entrar en conflicto los derechos fundamentales de ambas partes” y “en caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador y los intereses organizativos del empresario, el Tribunal Constitucional vela para que los derechos de una y otra parte no sufran una restricción injustificada o desproporcionada”²³⁶.

²³³ SAGARDOY, J.A y GIL, J. L. “Los derechos constitucionales del empresario”, en AAVV El Modelo social de la Constitución española de 1978, Op. Cit., p 386.

²³⁴ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J. “Conflictos y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, en AAVV El modelo social de la Constitución española de 1978, Op. Cit. p 261.

²³⁵ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, Op. Cit., p 1.

²³⁶ SAGARDOY, J. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Op. Cit., p 38.

Así “en la mayoría de las ocasiones, el conflicto de fondo sometido al conocimiento del juez tiene la siguiente y típica estructura: un trabajador invocará la tutela de un derecho fundamental personalísimo (intimidad, libertad ideológica o prohibición de discriminación), que estima ha sido lesionado por un acto u omisión del empresario. Dada esta estructura, el canon interpretativo del razonamiento judicial encaminado a ponderar y sopesar entre los derechos constitucionales en colisión es el principio de proporcionalidad; es éste el camino de obligada aplicación cuando, como en estos casos, se trata de proteger los derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedentes de conductas activas o pasivas del empresario”²³⁷.

En el mismo sentido, se dirá que “dicha doctrina se ha convertido en el canon prevalente utilizado en la práctica constitucional de las medidas empresariales restrictivas de derechos fundamentales del trabajador, es decir, que un empresario para saber si puede adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales como lo son en general las nuevas técnicas de control, debe comprobar si supera el triple test o juicio de idoneidad, estricta necesidad y de proporcionalidad”²³⁸.

Y por lo mismo, se señalará que la utilización de “instrumentos de control de los límites de los derechos fundamentales mucho más elaborados, como el principio de proporcionalidad, supone sin duda un notable y acertado cambio jurisprudencial sobre la materia”²³⁹.

Una de las razones que explicarían el éxito de la ponderación y de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de la doctrina laboral, junto con su utilización recurrente por parte del Tribunal Constitucional, es la idea de equilibrio práctico de la que ella es portadora²⁴⁰.

²³⁷ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona y el Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 100.

²³⁸ GOÑI, JL. “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, Justicia Laboral, N° 39, Madrid, 2009, 17.

²³⁹ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, Op. Cit., p 309.

²⁴⁰ La distinción entre reglas y principios, y estos últimos entendidos como mandatos de optimización de carácter no definitivos y derrotables en tanto fundamento teórico de la ponderación y del propio principio de proporcionalidad, es escasamente relevado por la doctrina laboral, que en la literatura sobre la materia, salvo contadas excepciones, se centra en destacar ampliamente la razonabilidad de sus resultados prácticos. Entre

Se trata, se dirá, de una teoría argumentativa dotada de “un alto grado de evidencia intuitiva” que “no sitúa a los principios en un nivel elevado de valores, lejano e inalcanzable, sino que los baja de su nivel abstracto para permitirles dar frutos en un proceso racional y argumentativo para y en el caso individual”²⁴¹.

Lo anterior parece ser altamente apreciado en la doctrina laboral, más que sus supuestas fortalezas teóricas: “en ocasiones el TC se ha referido a la idoneidad de la medida, su necesidad (en el sentido de que no haya otra más moderada para conseguir lo mismo), su imprescindibilidad y a la ponderación, adecuada a la luz de las concretas circunstancias del caso. Pero, quizá, lo más acertado respecto de la colisión de derechos, esté en la búsqueda del necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional (STC 99/1994)”²⁴².

En el mismo sentido, se destaca que los requisitos o juicios que componen la proporcionalidad “están sirviendo en la actualidad para definir las recíprocas influencias y establecer el ponderado equilibrio entre las obligaciones contractuales o el interés de la empresa y los derechos de dignidad e intimidad del trabajador”²⁴³.

2.- Principio de proporcionalidad y relaciones laborales: el recorrido histórico

¿Dónde y cuándo aparece el principio de proporcionalidad como modo de ponderación de derechos fundamentales del trabajador y del empleador?

esas excepciones –que sostienen el fundamento teórico- cabe destacar a TERRADILLOS, E. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo, Op. Cit., pp 31-33; GARCÍA-PERROTE, I. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido lab oral. Un estudio introductorio”, en AAVV El modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit., pp 249-272.

²⁴¹ JESTAEDT, M. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, en AAVV La ponderación en el Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p 86.

²⁴² SAGARDOY, J. A. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Op. Cit., p 41.

²⁴³ GOÑI, J.L. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Revista Derecho Social, N° 32, Albacete, 2005, p 83.

Iniciada su aplicación en otras materias, especialmente en el control de la constitucionalidad de las leyes que afectaban derechos fundamentales²⁴⁴, su aplicación en materia de la relación laboral esta íntimamente ligada a su utilización por el Tribunal Constitucional, el que no tendrá problemas en extender su aplicación a las conductas de particulares como el empresario.

En efecto, tal como se ha señalado, el principio de proporcionalidad que “originariamente regía o medía las limitaciones resultantes de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los derechos de libertad de los ciudadanos”; ha terminado sirviendo para efectuar “el enjuiciamiento del ejercicio por los trabajadores de derechos fundamentales”²⁴⁵.

Se dirá que “los conflictos entre derechos fundamentales de dos particulares, ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado en los derechos y que, por tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio”²⁴⁶. Y la aplicación de este principio “no depende de una cuestión meramente adjetiva, como es la del sector del ordenamiento jurídico en que se desenvuelve el derecho fundamental, sino que, por el contrario, ha de estar basada en la propia naturaleza del objeto que se observa”²⁴⁷.

Y la razón es sencilla: la aplicación del principio de proporcionalidad dice relación con exigencias normativas –la idea de justicia y de dignidad humana- y exigencias conceptuales –el carácter de principios de los derechos fundamentales -. Por este motivo, se ha dicho que “existe una relación de implicación necesaria entre la definición de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización, por una parte, y el

²⁴⁴ Como explica MEDINA “a partir de su consagración en el constitucionalismo de la segunda posguerra, en Alemania tiende a reconocerse que la principal evolución experimentada desde entonces por los derechos fundamentales en su tradicional vertiente de derechos de defensa ha radicado, precisamente, en la intensificación de su vigencia frente al legislador, y, asimismo, suele coincidir en señalar que en la misma ha sido determinante el descubrimiento del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador limitador de los derechos fundamentales”. MEDINA, M. “El principio de proporcionalidad y el legislador de derechos fundamentales”, Cuadernos de Derecho Público, N° 5, 1998, p 120.

²⁴⁵ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Cit., 42.

²⁴⁶ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 566.

²⁴⁷ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Op. Cit., p 217.

principio de proporcionalidad por otra”²⁴⁸, prescindiendo del carácter del agente –público o privado- que interviene o restringe un derecho fundamental.

De esta forma, ya no existen dudas de que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad incorpora las relaciones y los conflictos entre particulares²⁴⁹, incluida la relación laboral, ya “que el principio de proporcionalidad se aplica a todos los casos en que se discuta la licitud de la atribución o sacrificio de un derecho, y no sólo al supuesto particular de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales”²⁵⁰.

Dicho esto, cabe destacar que en materia laboral “se traerá a colación por primera vez” este principio en la sentencia 99/1994 del Tribunal Constitucional, dando lugar a una “novedosa doctrina” que, como se destacará, constituirá el “inicio de un nuevo rumbo en la jurisprudencia constitucional respecto de una materia de tanta trascendencia social como es la de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito social”²⁵¹.

Antes de ese momento “la aplicación del principio de proporcionalidad había tenido unos contornos conceptuales desdibujados, atribuyéndosele un valor polisémico de facto, por lo que carecía de precisión y de la coherencia necesaria”²⁵².

En efecto, invocada por el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias – STC 22/1981 o STC 26/1981- como la “regla de la proporcionalidad de los sacrificios”, dicha jurisprudencia no tenía “una concepción clara de la teoría general de los derechos y, más concretamente, de la posición de tal principio en la misma”²⁵³.

²⁴⁸ BERNAL PULIDO, C. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?, Op. Cit., p 277.

²⁴⁹ La STC 219/1992 señalará: “el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos”.

²⁵⁰ SAGARDOY, J. A y GIL Y GIL, J. “Los derechos constitucionales del empresario”, Op. Cit., p 367.

²⁵¹ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, Op. Cit., p 299.

²⁵² RIVERO LLAMAS, J. “Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de huelga)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 98, Madrid, 1999, p 932.

²⁵³ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., p 39. Tal como explica GONZÁLEZ “la utilización del principio de proporcionalidad en los primeros años de actividad del Tribunal se vio sobre todo impulsada por el Convenio Europeo para la

En ese sentido, dentro de la doctrina laboral parece existir acuerdo en que el momento inaugural del principio de proporcionalidad en las relaciones laborales corresponde a la STC 99/1994, popularmente conocida como el caso del “despiezador de jamones”²⁵⁴.

Ahora, como se advierte, sostener que esta sentencia es la que inaugura la aplicación del principio de proporcionalidad es sólo parcialmente cierto. En este fallo se produce la introducción del análisis de la “indispensabilidad de la medida” para la protección de un interés respaldado constitucionalmente del empresario -lo que más tarde se llamará juicio de necesidad-, y no, en rigor, el reconocimiento formal dicho principio en forma integral. Esa formalización – mediante la introducción del triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto -, se producirá poco tiempo después.

En efecto, al momento de desarrollarse el conocido caso del “despiezador de jamones” (STC99/1994), o el caso del “futbolista de Tenerife” (STC 6/1995), el Tribunal Constitucional todavía no había dado con la fórmula del triple juicio de proporcionalidad – o el llamado “test alemán” de proporcionalidad -, el que llegará de la mano de un caso con “aire de familia” al derecho laboral, como es la STC 66/1995 sobre concentración de trabajadores de la banca.

El Tribunal Constitucional al rechazar un amparo constitucional interpuesto por un sindicato de bancos ante la decisión de la autoridad gubernativa de denegar el permiso para una manifestación pública, sostiene que *“para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple con los tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro*

protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, la incorporación de esta doctrina a la jurisprudencia constitucional española en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10.2 CE constituyó una de las principales vías de entrada del principio de proporcionalidad en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, especialmente en el “test de igualdad: concretamente mediante la exigencia de que la diferencia de trato sea proporcionada a la finalidad perseguida a través de la diferenciación”, p 31.

²⁵⁴ En ese sentido ver PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, Op. Cit., p 299.

para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (f 5)”.

En los casos laborales anteriores a este último, esto es, el del “despiezador” y el del “futbolista”, la aplicación del principio de proporcionalidad supone su asimilación con la “indispensabilidad” de la medida adoptada por el empresario. De ahí que la doctrina laboral sostenga, con razón, que “lo verdaderamente destacable de esta STC 66/1995 es la utilización que hace el Tribunal Constitucional a continuación, por segunda vez consecutiva en el ámbito laboral del principio de indispensabilidad como límite de los límites de los derechos. Para ello se remite a la doctrina contenida en la STC 94/1999 (FJ.7) reiterando que los requerimientos de la empresa restrictivos de los derechos fundamentales del trabajador han de estar justificados por razones de necesidad estricta”²⁵⁵.

En consecuencia, será recién en la citada STC 66/1995 que el Tribunal Constitucional introducirá el “test alemán de proporcionalidad”, aunque como se apuntará “ni en esta ni en ninguna posterior se ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas”²⁵⁶.

Desde allí “*la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad*” (STC 186/2000, F.J 6), entendiéndose este principio como “*la triple condición de adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad): de necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad); y de ponderación de la medida*

²⁵⁵ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”. Op. Cit., p 307.

²⁵⁶ RUIZ RUIZ, R. “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006, p 69.

*por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”*²⁵⁷.

En adelante, revisaremos en qué consiste ese conflicto en el marco del contrato de trabajo y en qué condiciones puede considerarse la existencia de una situación de colisión de derechos fundamentales que deba ser resuelta por el principio de proporcionalidad.

3.- El principio de proporcionalidad y la colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo

La idea de conflicto o colisión y su relación con el contrato de trabajo puede referirse a dos cuestiones diversas: primero, al conflicto salarial y/o de intereses entre trabajadores y empresa, y segundo, al conflicto jurídico entre derechos fundamentales de las partes de dicho contrato.

Ambas ideas de conflicto han aparecido históricamente en momentos distintos.

Con la irrupción de diferentes circunstancias en la década de los cincuenta – desde la democracia política, el pacto social keynesiano y la positivización de los derechos humanos- las concepciones sobre las relaciones de trabajo aceptarán la legitimidad de la confrontación de intereses entre las partes.

A partir de ello se afirmó que “la paz social se consagró mediante el reconocimiento estatal del papel regulador de las organizaciones obreras, tanto en el ámbito de la distribución como en el de la producción. Institucionalizándose, a todos los niveles posibles (empresa, rama o sector, Estado –nación, etc.) la idea de un nuevo “contrato social”, en el que cada agente industrial trataba de imponer su estrategia en un juego de presiones, de concertaciones y de mediaciones”²⁵⁸.

²⁵⁷ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Cit., p 42.

²⁵⁸ ALONSO, L. E. Trabajo y ciudadanía, Op. Cit., p 48.

En consecuencia, progresivamente se comenzará a aceptar la normalidad del conflicto al interior de las relaciones laborales. Con todo, esa nueva lectura del contrato de trabajo estaba referida al conflicto de intereses salariales entre las partes. Más allá de que se expresen a través del ejercicio de ciertos derechos laborales propiamente tales –como la negociación colectiva o la huelga- lo que enfrenta a las partes no son esos derechos en sí mismos –que en rigor cumplen la función de portadores o vehículos -, sino los intereses o posiciones que ellos ayudan a sostener o trasladar.

De ahí que el modo de solución del conflicto laboral tendrá relación con el interés o posición que logra imponerse dentro del marco jurídico laboral previsto para el efecto y que corresponde al modo en que las fuentes del derecho del trabajo se ordenan entre ellas. Ya sea que esa ordenación confiera prioridad a la ley para su arreglo –modelo legal intervencionista latinoamericano- o a la negociación colectiva –modelo autónomo europeo-

259 .

Esa normalización del conflicto se hará desde el derecho mediante la “laboralización” de las constituciones políticas liberales, dando lugar al denominado constitucionalismo social. Se trata de la dictación de normas constitucionales sobre libertad de trabajo, libertad sindical y derecho al trabajo a las que ya nos referimos antes.

Como ya señalamos, después de la dictación de la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y la alemana de Weimar (1919), "se inicia una nueva fase en la evolución histórica del Derecho del Trabajo, en la medida en que adquieren rango constitucional diversos principios o derechos laborales, incluso en grado superior a otros sectores del Derecho privado y ello porque la constitucionalización del Derecho del Trabajo se acompaña de la aceptación de un nuevo enfoque en las relaciones laborales: la admisión de derechos colectivos, de sindicación, huelga y negociación colectiva" ²⁶⁰.

²⁵⁹ Las diferencias entre ambos modelos para la solución del conflicto laboral en ERMIDA, O y OJEDA, A (editores), La negociación colectiva en América Latina, Trotta, Madrid, 1993.

²⁶⁰ RODRÍGUEZ-PINERO, M. "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo", RL, La Ley, Madrid, 1996, p.12.

No obstante este avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales propiamente laborales, se mantuvo una fuerte concepción comunitaria de la relación laboral que se levantará como un muro al ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. Dicha concepción rechazará la centralidad del conflicto en el desarrollo de la relación laboral.

Sin embargo, con mucha fuerza desde la década de los setenta, esa incorporación del conflicto al contrato de trabajo sufrirá, tal como vimos antes, una segunda revisión, ahora ya no desde el conflicto de interés y posiciones salariales entre las partes, implementado y desarrollado a través de los derechos fundamentales laborales o específicos reconocidos al amparo del constitucionalismo social, sino desde la dimensión de los derechos fundamentales no laborales o inespecíficos, ahora bajo el alero de la constitucionalización del derecho.

Y como señalamos, mientras en el primer caso la colisión tenía un componente esencialmente salarial, en el segundo caso, en cambio, la colisión será de derechos propiamente tales. En ese sentido, el conflicto se deslizará desde el problema del reparto de las utilidades agregadas entre las partes del contrato de trabajo, a los límites del poder empresarial sobre el espacio de autonomía del trabajador al interior de la empresa.

Ello porque “la constitucionalización del derecho del trabajo marcó la separación de la concepción comunitaria de la relación de trabajo y ello implica que la libertad de empresa está limitada”²⁶¹.

En ese sentido, este proceso dejará atrás una concepción autoritaria de la empresa que había sido gráficamente descrita del siguiente modo: “el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos

²⁶¹ GUAMAN, A. La libertad de información del trabajador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p 43.

obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecía como una zona franca y segregada de la sociedad civil”²⁶².

Siguiendo esta misma orientación, se apuntará que “si se observa lo sucedido desde una perspectiva histórica, puede afirmarse que el régimen de libertades públicas conseguidas con la revolución burguesa, sufría un fuerte descalabro, si no es que una traumática amputación, cuando el trabajador se insertaba en la relación de trabajo, ya que dentro de ésta quedaba sometido a una suerte de poder despótico del empresario”²⁶³.

Desde principios de los años sesenta, como ya se describió, comenzará a gestarse un cambio relevante para las relaciones laborales: la irrupción de la denominada doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, que importará “una específica comprensión del ejercicio de los derechos fundamentales en el interior de la empresa que se alejaría definitivamente de su concepción comunitaria”²⁶⁴.

Se reconocerá así, entonces, no sólo el conflicto de intereses económicos que el contrato de trabajo significa, sino que también la eventual posición antagónica de las partes respecto de los espacios de autonomía personal del trabajador –protegidos por sus derechos fundamentales- en relación con los ámbitos de decisión y organización de la empresa – protegidos por los derechos fundamentales del empresario-.

El conflicto entre derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo supone la concurrencia inconsistente, en múltiples hipótesis fácticas, de normas constitucionales que estipulan derechos para el empresario y para el trabajador. Dicho de otro modo, desde el punto de vista jurídico, el ingreso de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador a la empresa provoca técnicamente un conflicto de principios jurídicos que contemplan normas de derechos fundamentales entre las partes.

²⁶² BAYLOS, A. Derecho del Trabajo: un modelo para armar, Op. Cit., p. 95.

²⁶³ PEDRAJAS, A. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, Op. Cit., p 54.

²⁶⁴ TERRADILLOS, E. El principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 81.

¿Qué derechos fundamentales son los que pueden entrar en colisión en el marco del contrato de trabajo?

De un lado, “el empresario es titular de un derecho que, en la mayor parte de los ordenamientos positivos, con una u otra denominación (libertad de empresa, libertad económica o libertad de organización económica, por ejemplo) y de manera expresa o implícita (deducida del derecho de propiedad), tiene a nclaje constitucional”²⁶⁵.

Por ello, el ejercicio de un derecho fundamental inespecífico del trabajador “en la empresa consiste en venir limitado por la concurrencia con otro derecho fundamental menos pleno, que no detenta el mismo valor que los de expresión, dignidad, intimidad, etc., pero que no obstante disfruta de un reconocimiento incluso mayor que los citados. En efecto, estoy hablando del derecho libertad de empresa, que en la Constitución española aparece citado en el artículo 38”²⁶⁶.

En efecto, frente a los derechos fundamentales del trabajador se encuentra la libertad de empresa como derecho fundamental del empresario²⁶⁷. El contenido del derecho de libertad de empresa, como lo ha destacado la doctrina con cita a la justicia constitucional, implica “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado (STC 225/1993, F.J 3), lo que incluiría “el ejercicio de

²⁶⁵ VALDÉS DAL-RE, F. Derechos fundamentales de la persona del trabajador y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 97.

²⁶⁶ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 18.

²⁶⁷ A pesar de no tener el máximo resguardo jurídico del amparo constitucional –al no estar dentro de la sección primera del capítulo segundo de los derechos y libertades - la doctrina afirma ampliamente su carácter de derecho fundamental que “se desprende del propio texto constitucional que contempla la libertad de empresa entre los “derechos y deberes de los ciudadanos” en la sección segunda de Capítulo II Título I de la Constitución y lo tutela con las garantías del artículo 53.1 CE, esto es, su regulación sólo puede llevarse a cabo por ley que “en todo caso deberá respetar su contenido esencial” y cualquier violación legal del mismo puede ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”. PÉREZ DE LOS COBOS, F. Descentralización productiva y libertad de empresa, Separata Libertad de empresa y relaciones laborales en España, IEC, Madrid, 2005, p 186. En el mismo sentido de considerar como un derecho fundamental a la libertad de empresa PAZ ARES, C y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Un ensayo sobre la libertad de empresa” en AAVV Estudios en homenaje a Luis Díez-Picazo, Thomson Civitas, Tomo IV, Madrid, 2003, pp 5971- 6040 y CRUZ VILLALÓN, P. La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución, CEC, Madrid, 2007, 2 ed., p 235 y ss.

facultades decisorias” en relación al nombramiento y cese del personal (STC 77/1985, de 27 de Junio, F.J 20)”²⁶⁸.

En ese sentido, la libertad de empresa –como facultad positiva de dirigir la actividad empresarial- “se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario, señaladamente los poderes de ordenación y especificación de las prestaciones laborales, de adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, de establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laboral, dictando órdenes e instrucciones dotadas de una eficacia real para el trabajador”²⁶⁹.

El poder de dirección laboral, entonces, entendido como “aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permiten llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes lo han puesto en marcha”²⁷⁰, corresponde a una calificada manifestación del derecho de libertad de empresa²⁷¹.

Y en ese sentido, la libertad de empresa se erige como el derecho de rango fundamental que en determinados casos, entra en conflicto con los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en su dimensión de facultad organizativa de la actividad empresarial y de dirección de la relación laboral. Ello, sin perjuicio de que otros derechos fundamental es de los que sea titular el empresario puedan concurrir en casos determinados a dicha colisión como la propiedad²⁷².

²⁶⁸ PÉREZ DE LOS COBOS, F. Descentralización productiva y libertad de empresa, Op. Cit., p 186.

²⁶⁹ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Op. Cit., p 97.

²⁷⁰ MARTIN VALDERDE, A. “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Política Social, N° 137, Madrid, 1983, p 144.

²⁷¹ Sobre el poder de dirección –como manifestación de la libertad de expresión- existe abundante literatura. Entre otros: RIVERO L. J, Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial, U. de Zaragoza, 1986, pp. 47 y ss. DEL VALLE, J. “Los límites a los poderes del empresario en el Estado de Derecho”, en AAVV La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales, Actualidad Jurídica, Madrid, pp 183 y ss. MONTOYA M, A. “Dirección de la actividad laboral (artículo 20 ET)” en AAVV Comentarios a las leyes laborales (Director E. Borrajo), Edersa, Madrid, 1990, Tomo V, pp 143 y ss. SAGARDOY, J. “Los derechos constitucionales del empresario” en AAVV El modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit., pp 361-396.

²⁷² OJEDA A, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p

En el otro lado de la configuración jurídica de la colisión en análisis, se encuentra el trabajador y sus derechos fundamentales. Se trata de aquellos derechos que son reconocidos como tales en las normas constitucionales, cuya titularidad corresponde al trabajador, ya sea en calidad de tal, ya sea en calidad de ciudadano²⁷³. En particular, aquellos derechos que al trabajador le “están reconocidos, al máximo nivel, en el Capítulo II, del Título I de la Constitución”²⁷⁴.

Especialmente relevante, en fin, ha sido para la doctrina laboral, como ya explicamos latamente, la distinción entre derechos fundamentales del trabajador “específicamente” laborales de “que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses) en tanto sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho al salario, derecho de huelga, de derecho de negociación colectiva, etc.)” y los derechos fundamentales “inespecíficos” que “son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por tanto se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza jurídica de la relación en que se hacen valer”²⁷⁵.

19. Incluso, apunta OJEDA, “cuando el derecho de propiedad se halla en juego, las limitaciones a los derechos fundamentales pueden alcanzar un cierto nivel: la instalación de cámaras de video en el centro comercial para vigilar a los trabajadores sin advertir a sus representantes está justificada cuando se han producido sustracciones de dinero, dice la sentencia TC 186/2000, de 10 de Julio. En cambio, si la propiedad no entra en discusión, los límites pueden ser más suaves, como entiende la sentencia TC 874/2002, de 7 de Noviembre, en un caso de bloqueo de servidor del Banco por utilización abusiva del correo electrónico”.

²⁷³ La fundamentalidad de una pretensión jurídica es parte de un debate filosófico que busca responder la espinuda pregunta de cuándo un derecho se considera fundamental. Existen tres perspectivas materiales para responder esa pregunta: liberal, social y democrática. Respecto de este debate ver BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., pp 251 -396; HIERRO, L. “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy” en AAVV Alexy Derechos sociales y ponderación, Op. Cit., pp 163-222. A su turno, y alejado de este debate, la doctrina ha construido un concepto jurídico constitucional de aceptación corriente: “la tesis que aquí se sostiene es la de que “derechos fundamentales” en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de su significado más restringido en el artículo 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma. En otras palabras: nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38”. CRUZ, P. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista española de Derecho Constitucional, N° 25, enero-abril, Madrid, 1989, p 36.

²⁷⁴ PEDRAJAS, A. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio”, Op. Cit., p 53.

²⁷⁵ PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales

4.- La relación entre los derechos fundamentales y los deberes y derechos laborales propios del contrato de trabajo

La existencia de derechos fundamentales cruzados y potencialmente conflictivos entre las partes del contrato de trabajo, genera la cuestión acerca de cómo se incorporan dichos derechos en la relación jurídico laboral.

La duda es sencilla: ¿corresponden estos derechos fundamentales a posiciones que se incorporan al contenido prescriptivo del contrato de trabajo o se trata más bien de posiciones extracontractuales que operan desde fuera?

La disputa no gira en torno al origen de dichos derechos, ya que nadie niega su fuente normativa directa como son las normas constitucionales, sino su modo de operar dentro de la relación laboral: si intervienen como posiciones y/o poderes que se integran al contenido del contrato, y de ahí que se hable de derechos fundamentales “contractualizados”, o como posiciones y/o poderes que operan desde el exterior, irradiando al resto del contenido contractual.

La primera posición supone sostener que los derechos fundamentales “complementan el contenido del contrato, influyen en su dinámica y en la interpretación y aplicación de las normas laborales y en particular de los principios y cláusulas generales, muy en especial de la buena fe”²⁷⁶.

En el segundo caso, la doctrina afirma que “los derechos fundamentales inespecíficos no están en el contrato de trabajo, sino que actúan desde fuera de él en el ámbito de la empresa”²⁷⁷. Se dice entonces, que el “trabajador lleva así a la relación laboral unos

inespecíficos” en AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit., p 229.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 213.

²⁷⁷ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 16.

derechos, inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierne y de rango superior y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la empresa en la que aquel se inserta”²⁷⁸.

La cuestión no es trivial. En el primer caso, los derechos fundamentales se asimilan al resto del contenido del contrato de trabajo y operan en un plano de coordinación horizontal con los restantes elementos prescriptivos del mismo –tal como la buena fe o la lealtad- .

Es la tesis que se ha denominado de “interiorización” de los derechos fundamentales al contrato de trabajo. En ese sentido se afirma que “los derechos fundamentales se aplican así matizadamente en el plano contractual pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad y que se manifiesta a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica”²⁷⁹.

Especialmente relevante será para quienes sostienen esta posición, ampliamente extendida en la doctrina laboral, la expresión “modular”, en el sentido de admitir restricciones laborales adicionales a las estrictamente constitucionales a los derechos fundamentales del trabajador.

De acuerdo con ello, en un pasaje frecuente en la doctrina laboral se dirá lo siguiente: “lo trascendente para la apreciación de si ha existido o no una vulneración del derecho al intimidad lo constituye el contexto en el que se desarrolla el ejercicio del derecho fundamental y la restricción empresarial del mismo, pues, como se ha afirmado con anterioridad, ni el ejercicio del derecho fundamental puede considerarse absoluto e

²⁷⁸ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 89.

²⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 215.

incondicional, en la medida en que la relación contractual laboral modula o matiza su ejercicio en determinadas circunstancias”²⁸⁰.

Ahora, esta tesis de la “interiorización” de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo tiene un efecto de mayor calado: “somete tales derechos a la lógica vertical del contrato de trabajo y al eje dirección/obediencia, al que habrá de eludir en todo momento. No por acaso la buena fe se ha erigido en España en un temible límite al ejercicio de la ciudadanía en la empresa”²⁸¹.

En el segundo caso, en cambio, los derechos fundamentales penetran desde el exterior el contenido del contrato de trabajo, no para asimilarse, sino para someterlo desde su posición vertical o prevalente en el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, como explicaremos en adelante en detalle, el único límite admisible a los derechos fundamentales del trabajador, a partir de la teoría de la ponderación y la proporcionalidad, son los derechos fundamentales del empresario, y no las limitaciones derivadas de deberes u obligaciones propias del contrato de trabajo. O, dicho de otro modo, los derechos fundamentales del trabajador no admiten, salvo regulación legal expresa en ese sentido, restricciones fundadas en deberes laborales contractuales, ya que sólo aceptan, por principio –el de la unidad y fuerza jerárquica superior de los derechos fundamentales–, restricciones provenientes de otros derechos o intereses constitucionales protegidos.

5.- Las condiciones previas para la aplicación del principio de proporcionalidad en la relación laboral

La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de la relación laboral supone la concurrencia de ciertas condiciones previas para su operación, como modo de resolver la eventual colisión de derechos fundamentales entre las partes del contrato de trabajo.

²⁸⁰ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 57.

²⁸¹ OJEDA; A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 16.

Dichas condiciones son, por un lado, la inexistencia de una regulación legal que ordene autoritativamente el conflicto entre derechos fundamentales de las partes , y por el otro, que las posiciones jurídicas de estas se encuentren adscritas a un derecho o interés de rango constitucional.

Especialmente relevante ha resultado, tanto para la doctrina constitucional como laboral, este último requisito, especialmente, como veremos, en relación con la consideración de la buena fe como parte de las posiciones jurídicas que se confrontan.

5.1.- Inexistencia de una regulación legal de la colisión de derechos fundamentales

Para la aplicación del principio de proporcionalidad, junto con la condición previa señalada –la existencia de un genuino conflicto entre derechos fundamentales-, corresponde verificar si esa colisión tiene una solución prevista por el propio sistema jurídico mediante una norma legal que lo resuelva.

En efecto, nada impide que el legislador haya regulado una determinada situación que, producida al interior del contrato de trabajo, imponga una restricción a un derecho fundamental del trabajador. En esos casos, se ha efectuado una ponderación legislativa de los bienes y derechos fundamentales en conflicto, no quedando espacio para una posterior ponderación como modo de solución de éste.

“La ley, en efecto, puede establecer que en la circunstancia X debe triunfar un principio sobre otro, cerrando así el supuesto de hecho o, si se prefiere, convirtiendo en condicional lo que era un deber incondicional o categórico, y en tal caso cabe decir que la ponderación ha sido ya realizada por el legislador, de modo que al juez no le queda más tarea que la de subsumir el caso dentro del precepto legal, sin ulterior deliberación” ²⁸².

²⁸² PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit. p 147.

En esos casos, entonces, no corresponde la aplicación del principio de proporcionalidad al interior del contrato de trabajo, a la eventual colisión entre derechos fundamentales de las partes, sino que debe someterse a la solución legal establecida en conformidad al sistema de fuentes formales del derecho.

Como se ha sostenido “la ponderación de derechos y bienes constitucionales se encuentra limitada por el principio de legalidad. O en otras palabras, cuando la ley ha realizado la función de delimitación de los derechos y de integración y ajuste entre los derechos en liza, estas tareas, las de delimitación o la de limitación, habrán de ser asumidas por el Juez”²⁸³.

En general, en todo caso, no existen normas legales que resuelvan y regulen las potenciales colisiones de derechos al interior del contrato de trabajo. Existe, como se ha destacado insistentemente, una notable indiferencia del legislador laboral para tratar el tema del ejercicio de ese tipo de derechos fundamentales del trabajador.

Por ello, se ha afirmado que la “instrumentalización del principio de proporcionalidad por el juez constitucional tiene lugar, en la mayoría de los supuestos, sin que el legislador haya intervenido previamente para establecer las concretas restricciones de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”²⁸⁴ y que “las intervenciones legislativas en el ordenamiento laboral no van encaminadas a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino al contrario, a dejarla encomendada fundamentalmente a la negociación colectiva y los jueces y tribunales”²⁸⁵.

En efecto, pese a la importancia fáctica del tema, tal como ya lo señalamos anteriormente, el legislador laboral ha tendido a ignorar el problema. Por ello se ha dicho que existe “una generalizada anomia legislativa en la que han desenvolverse estos derechos. Salvando las excepciones de rigor, muy centradas, de otra parte, en la prohibición de la no discriminación, las normas típicamente laborales de los distintos ordenamientos rara vez

²⁸³ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 99.

²⁸⁴ RIVERO, L. J. Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional, Op. Cit., p 511.

²⁸⁵ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad del Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 473.

contienen disposiciones que, de manera expresa y directa, reconozcan a los trabajadores la titularidad de los derechos que, como ciudadanos, las normas supremas les confieren”²⁸⁶.

Y a falta de regulaciones sistémicas y generales, el legislador laboral ha diseñado regulaciones que resuelven sólo algunos casos concretos, siendo manifestación de ello “que la traslación al marco laboral de los derechos fundamentales haya sido aceptado de regulación legal respecto de escasas materias: en concreto, por lo que a la LET se refiere, hay que señalar la protección reconocida en el artículo 4.2 e), frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; en el artículo 17, en relación con la no discriminación en las relaciones laborales; art. 20.3 en lo relativo a las medidas de vigilancia y control sobre el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales; respecto del derecho de reunión, laboralizado por los arts. 4.1.f) y 77-78 de la LET; sobre los despidos discriminatorios, en los arts. 55.5 LET y 108 LPL; etc”²⁸⁷.

En fin, la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales al interior del contrato de trabajo es muy excepcional y referida a uno u otro derecho en particular. Y en ese punto, entonces, en la mayor cantidad de casos donde exista un genuino conflicto entre derechos fundamentales del trabajador y del empresario, la solución corresponderá a la justicia –dado el dato del escaso interés del legislador- y a la aplicación de un modo de resolución de dichos conflictos.

Lo relevante aquí, es que la falta de regulación legal para un caso particular de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, abre las puertas para la aplicación del principio de proporcionalidad. En ese sentido, la solución a la tensión provocada por la irrupción y ejercicio en él de los derechos fundamentales del trabajador en un escenario potencialmente lesivo –como es la relación jurídica laboral-, se traslada desde el espacio legislativo al espacio judicial.

²⁸⁶ VALDÉS DAL RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 90.

²⁸⁷ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit., p 509.

Como se ha afirmado, a propósito de la facultad de control empresarial, “nuestro sistema jurídico se caracteriza por la ausencia casi total de reglas aplicables a la actividad de control del empresario. Existe tan sólo una previsión de carácter general y de amplísimo alcance, contenida en el artículo 20.3 ET., que autoriza al empresario a adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. Esta ausencia de criterios legales sobre la identificación de los límites del poder de control empresarial se ha solventado en la práctica, aplicando un principio, que el Tribunal Constitucional ha erigido en criterio determinante cuando se trata de valorar la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales del trabajador exigidas por el empresario. Tal principio es –como se ha indicado anteriormente- el principio de proporcionalidad”²⁸⁸.

Se cumple así con la segunda condición previa para la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de colisión de derechos fundamentales: que el conflicto no esté resuelto por la ley.

La doctrina laboral lo ha resumido, en palabras de PALOMEQUE, del siguiente modo: “el necesario equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empresario (reflejo, por lo demás, de otros derechos constitucionales que le asisten, arts. 33 y 38 CE) y el ámbito (“modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente”) de las libertades del trabajador exige, a fin de cuentas, que, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida “modulación” deberá producirse únicamente en la medida estrictamente imprescindible, de acuerdo con el “principio de proporcionalidad”²⁸⁹.

5.2- La confrontación entre posiciones jurídicas de rango constitucional del empleador y del trabajador

²⁸⁸ GOÑI, JL. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Revista Derecho Social, Bomarzo, N° 32, Albacete, 2005, p 83.

²⁸⁹ PALOMEQUE, M. C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral”, Op. Cit.,p 232.

Primeramente, cabe señalar que existe en la doctrina una diferencia metodológica acerca de la ubicación que le corresponde al fin, constitucionalmente legítimo, que se persigue por la medida o conducta que restringe un derecho fundamental. La duda es si la determinación de ese fin constitucional es o no parte del principio de proporcionalidad.

Para algunos, la determinación acerca del interés o derecho constitucional protegido por la medida es parte integrante del principio de proporcionalidad, específicamente del denominado juicio de idoneidad. En ese juicio, se debe determinar tanto que la medida cumple con el fin perseguido –idoneidad en sentido estricto- como si el fin perseguido tiene recepción en términos constitucionales –idoneidad en sentido amplio-²⁹⁰.

Para otros, en cambio, la determinación del interés jurídico constitucional perseguido por la medida restrictiva se encuentra fuera del principio de proporcionalidad, constituyendo “un dato externo y ajeno” que “representa el parámetro a través del cual enjuiciar la medida, una constante que no puede cuestionar y que queda fuera de su campo de tiro”²⁹¹.

Corresponde, entonces, a una condición lógica y anterior a la aplicación del citado principio. Sólo en aquellos casos en que existe un interés legítimo constitucional previo que justifique la medida restrictiva, se debe aplicar el triple juicio de la proporcionalidad – para determinar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada-.

En esta tesis seguiremos la segunda opción²⁹² por razones de claridad expositiva: la existencia de un fin legítimo constitucional que justifique la medida restrictiva del derecho

²⁹⁰ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 687 y ss.

²⁹¹ BARNES, J. El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar. Op. Cit., p 25.

²⁹² Se han pronunciado en el mismo sentido, esto es, de la evaluación de la finalidad de la medida restrictiva como paso previo al test de proporcionalidad autores como PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit., p 150; FERNÁNDEZ N., J Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común europeo, N° 95, Dickyson, Madrid, 2008, pp 230 y ss. En la doctrina laboral CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 123, 2004, pp 485-486 y GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 258.

fundamental del trabajador, lo entenderemos como un problema distinto y precedente a la aplicación del principio de proporcionalidad.

Y por lo mismo, para que corresponda utilizar el principio de proporcionalidad, será necesaria como condición previa y *sine qua non* la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales en la relación laboral, lo que importa necesariamente que ambos derechos en tensión tengan recepción constitucional.

De lo contrario, “si, ejerciéndose el derecho fundamental en el ámbito privado, el conflicto sólo se plantea entre aquél y un bien o derecho no protegido en sede constitucional, no está en juego la unidad de la Constitución, y la imposición absoluta del derecho fundamental no es sino un reflejo necesario de la misma supremacía de la norma fundamental”²⁹³.

¿Cuándo existe esa genuina colisión entre derechos fundamentales en el marco de un contrato de trabajo?

Esto ocurre cuando la medida adoptada por el empleador, que restringe el o los derechos fundamentales del trabajador, tiene por objeto asegurar una finalidad constitucionalmente relevante, específicamente, algún derecho fundamental del empresario, tal es como la libertad de empresa o el derecho de propiedad. Ello porque la ponderación supone colisión o encuentro entre derechos de igual rango jurídico, esto es, de derechos fundamentales.

Su ejercicio sólo debe verse limitado, en forma estrictamente proporcional y razonable, por la satisfacción de intereses, fines o posiciones que puedan ser comprendidas dentro del ámbito de los derechos fundamentales del empresario, como es el ejercicio del poder de mando o de dirección, adscritos al derecho de propiedad o a la libertad de empresa del empleador.

²⁹³ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Op. Cit., p 219.

La justificación de esa paridad jerárquica entre derecho fundamental y límite es bastante consistente: “el principio de supremacía de la Constitución impide que los derechos fundamentales se contrapongan en el análisis de proporcionalidad –y sobre todo, en la ponderación-, a principios o a bienes que tengan una jerarquía inferior en el orden jurídico”²⁹⁴.

La no concurrencia de esa paridad, “supone abandonar el fundamento constitucional y bajar a una norma de rango inferior para explicar la necesidad del límite constitucional, lo cual parece inaceptable, pues supondría que en la ponderación entre un derecho fundamental y una obligación contractual, ha de sacrificarse el primero en beneficio de la segunda”²⁹⁵.

Esta condición previa para la aplicación del principio de proporcionalidad, ha sido destacada por la doctrina laboral que, bajo la idea de la legitimidad de la medida empresarial, señala que “en primer lugar, el juez habrá de comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas”²⁹⁶. Así también ha exigido que la injerencia en el derecho fundamental del trabajador “tenga como fin la protección de otro derecho o bien constitucional protegido”²⁹⁷.

Lo anterior constituye una postura que el Tribunal Constitucional ha sostenido explícitamente: *“para resolver este problema debe tenerse en cuenta que ning ún derecho, ni aun los fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo reconoce ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. En tal sentido, este Tribunal tiene declarado de manera reiterada que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los*

²⁹⁴ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 691.

²⁹⁵ GORELLI, J E IGARTÚA, M. “Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites”, Aranzadi Social, volumen V, Pamplona, 1999, p 15.

²⁹⁶ VALDÉS DAL RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (1)”, Op. Cit., p 100.

²⁹⁷ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 486.

límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos” (STC 128/2007).

En el caso contrario, esto es, que la medida restrictiva no venga sustentada por el ejercicio de un derecho fundamental del empresario, no hay, en rigor, ponderación, sino aplicación subsuntiva de la regla de jerarquía constitucional. Así, las medidas que vengan justificadas en bienes o principios que carecen de reconocimiento constitucional, no tendrían la suficiente categoría jerárquica para ser sopesadas y balanceadas con los derechos fundamentales del trabajador y mucho menos para hacerlos ceder, porque éstos están “garantizados por normas constitucionales” y una “restricción que se realizara mediante normas legales de inferior jerarquía en la pirámide del ordenamiento jurídico, vulneraría el principio de supremacía constitucional”²⁹⁸. O, dicho de otro modo, no hay ponderación con una finalidad empresarial no respaldada constitucionalmente, porque “no se encuentran en el mismo nivel que el derecho fundamental, pierde toda legitimidad para justificar la injerencia”²⁹⁹.

Cabe precisar, en todo caso, que esta postura no es unánime en materia laboral. Hay quienes sostienen que dentro del marco de la ponderación es posible considerar como un extremo de la colisión de derechos fundamentales entre trabajador y empresario, posiciones e intereses adscritos o fundados bienes sin reconocimiento constitucional:

“Los derechos fundamentales se aplican así matizadamente en el plan contractual “pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tiene su último origen en el principio de autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creadas por las partes o de la correspondiente situación jurídica”. El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire cualquier actividad del trabajador dirigida intencionalmente a inferir un daño moral o material del empleador, supuesto éste en el que el fraude, la

²⁹⁸ BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 82.

²⁹⁹ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 487.

deslealtad o el abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno”³⁰⁰.

En estos casos, se suele citar a la propia jurisprudencia constitucional que ha reconocido “que los derechos fundamentales no sólo se limitan por los derechos constitucionales, sino también por bienes constitucionalmente reconocidos o protegidos; e incluso por bienes que disfrutan de una protección infraconstitucional, como la buena fe contractual, desde la sentencia 120/1983 en el ámbito de las relaciones laborales”³⁰¹. Y se agrega, siguiendo ese derrotero argumentativo, que “como ocurre con todos los estándares jurídicos, el del ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe exige una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso. Y los criterios de ponderación de las mismas pueden y suelen variar además según el derecho fundamental ejercitado”³⁰².

En ese sentido, la pregunta central es la siguiente ¿es aceptable que participen en la ponderación bienes con reconocimiento constitucional –como los derechos fundamentales del trabajador- con bienes que carecen dicho reconocimiento ?

La respuesta debería ser negativa. Se vulnera la unidad y supremacía constitucional, al compensarse como equivalentes principios de rango constitucional, como son los derechos fundamentales del trabajador, con bienes de naturaleza infra-constitucional.

Sin perjuicio de ello, cabe desde ya precisar que de seguirse esta línea argumentativa – aceptando la ponderación entre derechos fundamentales *versus* los límites infraconstitucionales- “los derechos fundamentales del trabajador resultarán limitados por categorías contractuales más que constitucionales, otorgando una inexplicable prevalencia sobre el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad manifestada en el contrato de

³⁰⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 215.

³⁰¹ CASAS BAAMONDES, M. E. La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe, Op. Cit., p 147.

³⁰² MARTIN VALVERDE, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Derecho Social, N° 6, Albacete, 1999, p 20.

trabajo”³⁰³. Inexplicable porque “si un derecho fundamental llega a ser considerado en la ponderación como un objeto normativo que se opone a otro objeto normativo de rango inferior (por ejemplo, a un principio legal), se desarticularía la construcción escalonada de orden jurídico y el principio de constitucionalidad se vería despojado de todos sus efectos”³⁰⁴.

Pero eso no es todo. Cabe todavía referirse a la jurisprudencia y la doctrina constitucional que acepta abiertamente la utilización para la proporcionalidad, como parámetro de restricción de un derecho fundamental, fines legítimos no contrarios a la Constitución y no necesariamente bienes reconocidos constitucionalmente, como sostuvimos antes.

Efectivamente tanto la doctrina como, incluso, el propio Tribunal Constitucional, han aceptado en algunos casos que la colisión de derechos en que se produce la aplicación del principio de proporcionalidad se verifique entre un derecho fundamental y otros bienes no necesariamente con respaldo constitucional (STC 83/1984), de modo tal que la medida restrictiva de derechos, más que venir apoyada por un fin respaldado constitucionalmente, se plantea en términos negativos: que no infrinja un valor o norma constitucional.

En rigor, ello no afecta lo que antes sostuvimos y ello porque es a línea jurisprudencial no debería ser aplicada en el marco del conflicto de derechos fundamentales entre trabajador y empresario, y ello porque la jurisprudencia que acepta la ponderación de derechos fundamentales con “bienes infra-constitucionales” lo hace en el marco del “principio de libertad de fines del Legislador”. Esto importa que “la atribución constitucional al Parlamento de la competencia para configurar derechos fundamentales y para tomar las decisiones más importantes de la vida política implica necesariamente la atribución a este poder de la facultad de proponerse legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no esté prohibido por la Constitución”³⁰⁵.

³⁰³ CARRIZOSA, E. El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo, Op.Cit., p 486.

³⁰⁴ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op.Cit., p 691.

³⁰⁵ BERNAL PULIDO, C. *Ibidem*, p 692.

La razón que parte de la doctrina exhibe para esta excepción al supuesto de equivalencia jerárquica de bienes o derechos con recepción constitucional, dice relación con la deferencia hacia el legislador: “en línea de principio pu diera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre los fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respeto hacia su autonomía política –que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional- de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico³⁰⁶”.

Dicha deferencia es manifestación directa del principio de democrático, en el sentido de que el legislador puede libremente perseguir fines legítimos que no necesariamente encuentren respaldo constitucional. De esta manera, la apertura de la finalidad legítima para restringir derechos fundamentales a bienes de categorías inferiores en la escala jurídica corresponde a la deferencia con el legislador, atendido su posición institucional en la democracia.

Por ello, se dice que “esta postura se apoya en la aceptación de que en un estado constitucional y democrático debe reconocerse al legislador la libertad de orientar el rumbo de la acción política, haciendo suyos los fines expresados en la constitución, pero también trazando sus propios fines dentro de un amplio margen de acción”³⁰⁷

Nada de esto puede decirse del empresario y sus finalidades. En este sentido, el traslado de dicha opinión al ámbito laboral es incorrecto, ya que como se señala, la exigencia de un fin legítimo “opera de modo distinto en función de lo que si se está examinando es la constitucionalidad de una ponderación realizada por el legislador (una precedencia entre dos derechos o bienes en conflicto que se manifiesta en una decisión legislativa, esto es, una norma legal), o si se trata de un conflicto susceptible de amparo entre dos particulares o un particular y el poder público”. En este caso, la exigencia “se entiende en el sentido

³⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2009, p 199.

³⁰⁷ LOPERA, G. Principios de proporcionalidad y ley penal, O p. Cit., p 358,

negativo de que la medida no debe perseguir un fin expresa o implícitamente prohibido o excluido por ésta” y “esta interpretación se fundamenta en el respeto a la autonomía parlamentaria y al principio democrático, que exige una deferencia hacia el legislador y que sólo excluye los fines abiertamente contrarios a la Constitución”³⁰⁸.

Y aquí está el problema en relación con el contrato de trabajo y la relación laboral. La medida limitativa de derechos fundamentales del trabajador, en este caso, no proviene de un órgano público dotado de autonomía política que sea expresión del sistema democrático, sino de un particular que carece de dicha condición institucional.

Por ello, en este tipo de casos –colisión de derechos fundamentales entre particulares - “no parece que pueda adoptarse una interpretación negativa, puesto que resultaría ciertamente extraño que una situación de colisión se decidiera por el Tribunal Constitucional atendido simplemente a un fin o pretensión no prohibido por la constitución” . Y lo correcto parece ser que la decisión sobre la legitimidad del fin empresarial “se base, conceptualmente, en un fin constitucionalmente reconocido expresa o implícitamente, puesto que la decisión consiste en dar prioridad a uno de los derechos o bienes en conflicto”³⁰⁹.

Cediendo las razones de la excepción, entonces, corresponde aplicar en la revisión de la proporcionalidad de la medida empresarial, la exigencia en términos plenos: el punto de partida previo de aplicación del principio de proporcionalidad exige una colisión genuina de derechos de equivalente rango constitucional y, en ese marco, quedan fuera de la aplicación de la proporcionalidad –y la ponderación- los intereses o posiciones adscritas a bienes o valores infra-constitucionales.

No obstante todo lo anterior, la exigencia de una colisión genuina de posiciones de igual rango constitucional en el contrato de trabajo, como condición previa para la aplicación del principio de proporcionalidad debe ser explicada de modo aun más detallado.

³⁰⁸ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p 240.

³⁰⁹ MARTÍNEZ, D. *Ibidem*, p 241.

Y ello, especialmente, por referencia a un problema de particular significación para la doctrina laboral, que ha concentrando gran parte de la discusión sobre la materia: la consideración de la buena fe como límite efectivo de los derechos fundamental del trabajador, comúnmente bajo el rótulo del “efecto modulizador” de esos derechos, y, por ende, como supuesto legítimo, para quienes lo sostienen, de aplicación del principio de proporcionalidad.

Por esta especial relevancia para la doctrina laboral es que dedicaremos -en el punto siguiente de esta tesis y antes del análisis del contenido del principio de proporcionalidad - una revisión aparte y en extenso de la cuestión de la consideración de la buena fe como principio fundante de posiciones jurídicas contractuales que puedan ser admitidas en la aplicación del principio de proporcionalidad.

6.- Límites contractuales y los derechos fundamentales del trabajador: la buena fe

6.1.- La “interiorización” de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo

Tal como señalábamos, uno de los problemas más relevantes que debe enfrentar el principio de proporcionalidad en el ámbito laboral es su compatibilidad con la aplicación de límites a los derechos fundamentales provenientes de la buena fe.

De partida, y en una aproximación general al problema, cabe señalar que la existencia de derechos fundamentales cruzados y potencialmente conflictivos entre las partes del contrato de trabajo, genera la cuestión acerca de cómo se incorporan dichos derechos en la relación jurídico laboral y, particularmente, si su ejercicio es compatible con las exigencias propias de ese tipo de relaciones privadas tales como las de la buena fe.

Es necesario tener en cuenta que este problema se relaciona con una duda previa ¿corresponden estos derechos fundamentales a posiciones que se incorporan al contenido

prescriptivo del contrato de trabajo o se trata más bien de posiciones no contractuales –en este caso constitucionales- que operan desde fuera del mismo?

Como ya lo señalamos, la primera posición supone sostener que los derechos fundamentales “complementan el contenido del contrato, influyen en su dinámica y en la interpretación y aplicación de las normas laborales y en particular de los principios y cláusulas generales, muy en especial de la buena fe”³¹⁰.

En el segundo caso, que “los derechos fundamentales inespecíficos no están en el contrato de trabajo, sino que actúan desde fuera de él en el ámbito de la empresa”³¹¹. Se dice entonces, que el “trabajador lleva así a la relación laboral unos derechos, inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierne y de rango superior y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la empresa en la que aquel se inserta”³¹².

El punto es muy relevante. En el primer caso, los derechos fundamentales se asimilan al resto del contenido del contrato de trabajo y operan en un plano de coordinación horizontal con los restantes elementos prescriptivos del mismo –tal como la buena fe o la lealtad-. Los derechos quedan así sometidos e influenciados en su ejercicio por las restantes categorías propias del contrato de trabajo.

En el segundo caso, en cambio, los derechos fundamentales penetran desde el exterior el contenido del contrato de trabajo, no para asimilarse, sino para someterlo desde su posición vertical o prevalente en el ordenamiento jurídico, “reafirmando, indirectamente, la superioridad de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con los de la empresa”³¹³.

³¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 213.

³¹¹ OJEDA; A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op.Cit., p 16.

³¹² VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 89.

³¹³ ARIAS, A y RUBIO, F. El Derecho de los Trabajadores a la Intimidad, Op. Cit., p 17.

La primera tesis ha dado lugar a lo que se ha denominado la “interiorización” de los derechos fundamentales del trabajador al contrato de trabajo. De especial relevancia es para quienes sostienen esta posición, ampliamente extendida en la doctrina laboral, la expresión “modular” en el sentido de admitir restricciones adicionales a las puramente constitucionales a los derechos fundamentales del trabajador.

En la doctrina laboral se dirá lo siguiente: “lo trascendente para la apreciación de si ha existido o no una vulneración del derecho a la intimidad lo constituye el contexto en el que se desarrolla el ejercicio del derecho fundamental y la restricción empresarial del mismo, pues, como se ha afirmado con anterioridad, ni el ejercicio del derecho fundamental puede considerarse absoluto e incondicional, en la medida en que la relación contractual laboral modula o matiza su ejercicio en determinadas circunstancias”³¹⁴.

De hecho, se agrega que “si bien se reconocen a los trabajadores los mismos derechos fundamentales que a cualquier otro ciudadano, la existencia de una relación laboral determina que los términos de dicho reconocimiento sean más restrictivos”³¹⁵.

Ahora bien, respecto de esta limitación adicional de los derechos fundamentales del trabajador se precisará que “el patrón o estándar utilizado por la jurisprudencia constitucional para precisar las limitaciones de ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es, sin embargo, otro deber accesorio del trabajador, más general y flexible, que es el de atenerse en todos los aspectos de la relación individual de trabajo a las exigencias de la buena fe contractual”³¹⁶.

No obstante, hay que precisarlo de inmediato, esta tesis de la “interiorización” de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, tiene un efecto de calado en la relación laboral: “somete tales derechos a la lógica vertical del contrato de trabajo y al eje

³¹⁴ ARIAS, A y RUBIO, F. *Ibíd*em, p 57.

³¹⁵ SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, *Op. Cit.*, p 277.

³¹⁶ MARTIN VALVERDE, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, *Op. Cit.*, p 20.

dirección/obediencia, al que habrá de eludir en todo momento. No por acaso la buena fe se ha erigido en España en un temible límite al ejercicio de la ciudadanía en la empresa”³¹⁷.

El punto es que la “modulación” de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo, considerada de este modo, es decir, realizada de la mano de la aplicación del principio de buena fe como límite a dichos derechos, plantea, como veremos, un relevante problema conceptual: la incompatibilidad de esa aplicación y el principio de proporcionalidad.

6. 2.- Los derechos fundamentales y el efecto “modulador” de la relación laboral

En la doctrina, junto con afirmar la plena procedencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral, es de estilo sostener que dichos derechos tienen una forma de aplicación especial, que se suele describir como “modulada” o “reducida”, atendido que ellos no se ejercerían al interior de la relación de trabajo e n las mismas condiciones que fuera de ella.

Se trata, efectivamente, de una afirmación de profunda aceptación en la literatura laboral. Por ello, se dirá que “determinadas manifestaciones de las libertades públicas de las que gozan los ciudadanos no son legítimas en la relación laboral, y precisamente en virtud de obligaciones asumidas en el contrato”³¹⁸.

Y en la misma línea se señala “la legitimidad del ejercicio del derecho determinada por los límites propios del correspondiente derecho pero también por l as exigencias de la relación contractual y el complejo de derechos y obligaciones rec íprocas que genera, que pueden condicionar su ejercicio, moralizándolo o condicionándolo”.³¹⁹

³¹⁷ OJEDA; A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad ad personal en la empresa”, Op.Cit., p 16.

³¹⁸ DE VICENT PACHES, F. El derecho del trabajador al respeto de su intimidad. CEC, Madrid, 1998, p 48.

³¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 215.

Y se agrega que “no obstante, de la titularidad indubitada de los derechos fundamentales en la persona del trabajador, la modulación de los derechos fundamentales del ciudadano, cuando éste pasa a ser trabajador, se tiende a producir, irremediabilmente, en cierto grado, de manera que aquellos, después de aceptado el compromiso contractual, no quedan intactos sino que pueden sufrir alguna alteración derivada del nuevo entorno donde van a ser ejercitados”³²⁰.

En fin, en el mismo sentido se afirma que “la invocación de los derechos fundamentales del trabajador no pueden justificar la imposición de modificaciones de la relación laboral, la ruptura del marco normativo de la misma o el incumplimiento de los derechos laborales que incumben al trabajador: el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no pueden implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato, porque los derechos fundamentales no son ilimitados y el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ello se establezcan”³²¹.

Dicha opinión vendría, a su turno, también sostenida por la jurisprudencia constitucional, que ha declarado que los derechos fundamentales deben modularse porque *“han de ser compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creadas por las partes o de la correspondiente situación jurídica”* (STC 177/1988).

Ello tendría como consecuencia respecto de esos derechos fundamentales del trabajador que “manifestaciones que en otro contexto serían legítimas no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de relaciones laborales”³²².

³²⁰ CONDE MARÍN, E. La buena fe en el contrato de trabajo, La Ley, Madrid, 2007, p 348.

³²¹ SAGARDOY, J. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Op. Cit., p 39.

³²² STC 120/1983, 19/1985, 6/1988, 20/2002, 126/2003. De hecho, desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional ya sostenía que el trabajador podía ejercer el derecho de reunión al interior de la empresa, pero había que sujetarlo a “las especialidades de su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral” (STC 18/1981).

Esta “modulación” de los derechos fundamentales del trabajador, vendría dada, según suele apuntar la doctrina, por la aplicación de un conjunto de categorías jurídicas que derivan de la inserción del trabajador en el marco de una relación contractual de especial naturaleza como es la laboral. Y la principal de esas categorías es la buena fe.

En efecto, se señala que “puede afirmarse que el vínculo contractual genera, por su propia existencia, un complejo entramado de derechos y obligaciones recíprocas que modula no sólo los derechos estrictamente laborales, sino también, y esa circunstancia es lo que ahora queremos destacar, el ejercicio del cúmulo de derechos no estrictamente laborales relacionados con la actividad laboral, esencialmente los derechos fundamentales y libertades públicas”³²³.

Y en particular, respecto de la buena fe se señala que: “El patrón o estándar utilizado por la jurisprudencia constitucional para precisar las limitaciones de ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es, sin embargo, otro deber accesorio del trabajador, más general y flexible, que es atenerse en todos los aspectos de la relación individual de trabajo a las exigencias de la buena fe contractual”, de modo tal, que “los deberes laborales del trabajador, voluntariamente asumidos, han de ser cumplidos de buena fe. Y el cumplimiento de buena fe obliga a evitar excesos o extralimitaciones innecesarios en el ejercicio de los derechos fundamentales”³²⁴.

Dichas opiniones vienen, como señalamos, refrendadas por la jurisprudencia constitucional: *“Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de*

³²³ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit. p 12.

³²⁴ MARTIN VALVERDE, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Op. Cit., p 20.

todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección" (STC 120/1983).

Y se agrega que: *"de este modo, surge un 'condicionamiento' o 'límite adicional' en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo (SSTC 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 241/1999, de 20 de diciembre; o 20/2002, de 28 de enero), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (STC 241/1999, de 20 de diciembre)" (STC 56/2008).*

De hecho, a partir de la sentencia ya citada 120/1983, la doctrina sostendrá que “han transcurrido más de veinte años, en los que el principio de buena fe contractual se mantiene en la jurisprudencia constitucional aparentemente como condicionamiento o límite adicional al ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo con la función de modular o flexibilizar ese ejercicio para permitir la satisfacción de los legítimos intereses empresariales”³²⁵.

En fin, en lo referido a la relación existente entre derechos fundamentales y contrato de trabajo, en una afirmación relativamente común se suele describir la evolución de la jurisprudencia constitucional como el tránsito de una etapa de “contractualización” de los derechos fundamentales del trabajador, hacia la era de “fundamentalización” de los mismos.

En efecto, se señala que “esta confrontación de intereses y derechos ha sido resuelta por la doctrina constitucional de manera evolutiva” y dicha evolución se manifiesta en que “la primera posición del Tribunal Constitucional se limita a consagrar una tesis

³²⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Cit., p 7.

“contractualista”, a resultas de la cual, el foco del debate se sitúa en el ejercicio de buena o mala fe del derecho” y de este modo “pese a que precisamente la libertad de expresión legitima la posibilidad de efectuar críticas o juicios de valor desabridos, que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirigen, no es menos cierto que la naturaleza de la relación laboral (buena fe y confianza como elementos inherentes al vínculo contractual) conlleva la incorporación de un límite adicional a su ejercicio”³²⁶.

De ahí que “a partir de la STC 143/1991 y más claramente con la STC 6/1995, quedarán perfectamente perfilados los elementos a partir de los cuales se realiza ese juicio de ponderación. Con ello se atenúa el papel contractualista de la buena fe, para dar paso al principio de proporcionalidad, de modo que las restricciones al derecho sólo serán válidas de existir una razón objetiva, adecuada, imprescindible y proporcionada a la protección de la libertad de empresa”³²⁷.

En el mismo sentido, a propósito del derecho a la propia imagen, se ha precisado por la doctrina este tránsito jurisprudencial “desde la S.170/1987, en la que, con una visión de tinte contractualista, declaró ajustado a derecho el despido de un camarero por dejarse barba, al no considerarlo un acervo de su propia imagen y de su libertad para configurarla. Hasta la 99/1994 en la que, con una visión de tinte fundamentalista, se declara nulo el despido de un trabajador cortador de jamón (ibérico), que se negó a que su imagen, bajo ningún concepto fuese captado fotográficamente (para la comercialización del producto)”³²⁸.

Como es fácil advertir, ese tránsito de la jurisprudencia constitucional en las últimas décadas se construye sobre la progresiva afirmación del juicio de ponderación como operación necesaria para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales en la relación laboral y, por lo mismo, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad.

³²⁶ SÁNCHEZ, E. “El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”, en AAVV Relaciones laborales y nuevas tecnologías, Op. Cit., p 110.

³²⁷ SÁNCHEZ, E. *Ibidem*, p 111.

³²⁸ SAGARDOY, J. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Op. Cit., p 58.

En fin, todas las afirmaciones anteriormente descritas son presentadas usualmente como un cuerpo común en materia de derechos fundamentales y de contrato de trabajo: primero, el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador se ve “modulado” o “limitado” por el marco de una relación laboral. Segundo, dicha modulización viene dada por la aplicación de determinados estándares jurídicos, particularmente la buena fe. Y tercero, la evolución en estas materias puede ser descrita desde un modo de solución típicamente contractual – aplicación subsuntiva de las reglas de incumplimiento contractual- a un modo de solución típicamente constitucional –el principio de proporcionalidad-.

El punto es que, como revisaremos en adelante, las dos primeras afirmaciones son plenamente coherentes entre sí, ya que efectivamente la aplicación de estándares jurídicos como la buena fe en los casos problemáticos de derechos fundamentales que se ejercen al interior de una relación laboral, implican la existencia de restricciones adicionales al ejercicio de dichos derechos, dando lugar a la mentada “modulización” de los mismos.

El problema lo plantea la tercera afirmación señalada –la que describe la evolución constitucional en esta materia-. Y ello, por la sencilla razón de que las dos primeras afirmaciones son incompatibles con la tercera, esto es, aquella que sostiene que la jurisprudencia constitucional va desde una concepción “contractualista” de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, a una concepción “fundamentalista” de los mismos, a resultas de la aplicación del principio de proporcionalidad.

De hecho, si es efectivo que la jurisprudencia constitucional refleja dichas ideas –la modulación de los derechos fundamentales del trabajador a manos de la aplicación del principio de buena fe-, entonces la evolución no puede ser descrita como el paso de una situación de “contractualización” a una de “fundamentalización” de los derechos del trabajador, ya que dicho estándar es extraño e incompatible con el principio de proporcionalidad y la teoría de la ponderación que le da sustento.

En ese sentido, en adelante sostendremos que la buena fe, cualquier otra categoría análoga como, por ejemplo, la del abuso del derecho, entendida como suele hacerse –esto es, como

un límite interno o inherente-, no tienen cabida conceptual en la teoría externa o de la ponderación ya descrita en esta tesis, y por tanto, no corresponde su uso en la aplicación del principio de proporcionalidad para la solución de colisiones de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo.

Salvo que se sostenga que ella –la buena fe- corresponde a un principio constitucional y que, por tanto, constituye un límite externo y de rango jerárquico equivalente a un derecho fundamental.

6.3.- La buena fe y los derechos fundamentales del trabajador

La buena fe ha sido objeto de atención histórica en la doctrina y como lo apuntaba D ÍEZ-PICAZO, se trata de “uno de los conceptos jurídicos que han dado lugar a una de las más largas y apasionantes polémicas”³²⁹.

Se destaca, de entrada, su categoría de principio general del derecho. Ello lo dota de máxima amplitud en su aplicación: “los principios generales del Derecho son, en tanto principios, criterios inspiradores del ordenamiento jurídico (y no, por tanto, reglas jurídicas específicas); son además, como generales, comunes a todo el ordenamiento; y, en cuanto principios del Derecho, son principios estrictamente jurídicos, no sociales, morales o religiosos”³³⁰.

Desde el punto de vista formal, se trata de un principio del derecho con reconocimiento expreso en el orden jurídico. Más allá del nivel de ese reconocimiento, punto sobre el que volveremos más adelante, el artículo 7.1 del Código Civil reconoce como principio general del derecho a la buena fe en los siguientes términos: “los derechos deben ejercerse de buena fe”. La doctrina reconoce en esta disposición la recepción de la buena fe objetiva: “desde este ángulo, la buena fe impone un comportamiento conforme a las reglas objetivas de honradez, la lealtad y el respeto a la confianza suscitada, exigidas por el tráfico jurídico y

³²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. La doctrina de los actos propios, Bosch, Barcelona, 1963, p 135.

³³⁰ MONTOYA, A. “Principios y valores en el Derecho del Trabajo”, en AAVV En torno a los principios del Derecho del Trabajo, Porrúa, México, 2005, p 20.

por la propia moral social. El artículo 7.1 del Código Civil es el que, con carácter general, consagra esta dimensión objetiva de la buena fe”³³¹.

Esta disposición legal se complementa con el artículo 1258 del mismo texto, que dispone que para realizar la integración de los negocios jurídicos debe estarse no sólo a lo expresamente pactado, “sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a las buena fe”.

El reconocimiento laboral de la buena fe en el Estatuto de los Trabajadores también es expreso y se recoge en diversas normas. En primer lugar, el artículo 5.a) establece como obligación del trabajador cumplir con sus deberes laborales de acuerdo con las reglas de la buena fe y de la diligencia. A su turno, el art. 20.2 dispone que el trabajador en “el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato de trabajo debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas en el ejercicio de sus facultades de dirección”. Por último, el art. 54.2 .d) establece como causal de despido disciplinario la transgresión, grave y culpable, de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Desde el punto de vista material, el contenido está asociado “al deber de ambas partes de cumplir con coherencia, lealtad y colaboración el denominado programa negocial que las propias partes han querido convenir”³³². Por lo mismo, trabajador y empresario “tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta”³³³.

Respecto del contenido de la buena fe en materia laboral se destacan dos cuestiones fundamentales: primero, que se ha disociado de la idea de lealtad y fidelidad absoluta, y segundo, que se ha entendido como una exigencia de naturaleza bilateral.

³³¹ MORENO GARCÍA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, N°38, mayo, 1993, p 285.

³³² MONTOYA, A. La buena fe en el Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 1991, p 39.

³³³ CONDE, E. La buena fe en el contrato de trabajo, Op. Cit., p 108.

Primeramente, la buena fe se ha despojado de una fundamentación de carácter comunitario, lo que la mantuvo históricamente concebida como un deber de fidelidad de significativa intensidad y con fuertes reminiscencias autoritarias. Ahora se recompone en un deber de colaboración recíproca y limitada entre las partes.

En efecto, “la consecuencia más inmediata de la concepción comunitaria de la relación de trabajo es la transformación del deber de buena fe, como medida del cumplimiento de las obligaciones y del ejercicio de derechos por el trabajador, y el empresario, en un deber de fidelidad del trabajador y un correlativo deber de protección del empresario”³³⁴.

A diferencia de lo anterior, actualmente se sostiene que “la implicación de la persona en la relación laboral no significa hoy su lealtad absoluta o su vasallaje, puesto que la persona sólo se implica en la zona secante en la que la vida individual y la vida laboral coinciden, esto es, en la estricta medida en que el programa contractual requiere la colaboración de la persona”³³⁵.

En ese sentido, se destaca que “a partir de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, la exigencia de la buena fe contractual tiene, por lo general, carácter objetivo, manteniéndose exclusivamente en el terreno contractual y no el de la lealtad o fidelidad personales”³³⁶.

La jurisprudencia constitucional ha hecho referencia a este rasgo de la buena fe en un conocido pasaje: *“no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional” (STC 120/1983).*

³³⁴ GIL Y GIL, J. L. Principio de la buena fe y poderes del empresario, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, p 187.

³³⁵ MONTOYA, A. La buena fe en el Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 32.

³³⁶ GOERLICH, J.M. “Despido por relación con el tráfico de cocaína, transgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador”, Poder Judicial, N° 9, 1988, p 151.

Por otro lado, se han “bilateralizado” las exigencias de la buena fe en el contrato de trabajo. Como se suele destacar “la buena fe genera deberes recíprocos en el contrato de trabajo. Trabajadores y empresarios deben cumplir sus obligaciones y ejercer sus facultades, derechos y poderes de acuerdo con la buena fe, concebida esta como norma de comportamiento leal y honesto. Hoy en día, la buena fe no sólo exige al trabajador, sino también, y quizá sobre todo, al empresario”³³⁷.

Desde el punto de vista funcional, el principio de buena fe –como principio general del derecho- cumple múltiples funciones: la informadora, la interpretativa-integradora y la limitativa.

En ese sentido, este principio sirve de finalidad que irradia sus exigencias por todo el sistema, operando, como “su meta”, la “inspiración de las normas del ordenamiento jurídico y fuente particular en la propia creación de aquellas”³³⁸ (función informadora), y que sirve para la determinación del sentido y alcance de sus normas y su eventual integración en caso de lagunas (función interpretativa-integradora), además de la corrección de los efectos que produzcan el ejercicio de los derechos establecidos en dichas disposiciones (función limitativa o normativa).

De esas funciones, la que nos interesa es esta última –la denominada función limitativa- porque es la que dice relación con la “consideración “de la buena fe como límite de los derechos subjetivos”³³⁹ y en este caso en particular, como “estándar jurídico de conducta exigible en el ejercicio de los derechos, lo que afecta, como eventual límite, al ejercicio de los derechos fundamentales”³⁴⁰.

6.4.- La buena fe como límite interno o intrínseco de los derechos fundamentales

³³⁷ GIL Y GIL, J. L. Principio de la Buena Fe y Poderes del Empresario, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, p 195.

³³⁸ CONDE, E. La buena fe en el contrato de trabajo, Op. Cit., p 63.

³³⁹ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones e ntre particulares: la buena fe, Op. Cit., p 291.

³⁴⁰ MORENO GARCÍA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. Cit, p 267.

La buena fe puede ser entendida como un límite interno de los derechos fundamentales del trabajador. Esto es, uno de aquellos límites que “provendrían de la conceptualización del contenido de los derechos, es decir, de su interior”³⁴¹.

Se ha recalcado que “la buena fe se constituye en realidad como un límite inmanente de los derechos subjetivos de aquellas partes implicadas en la relación jurídica”³⁴². No se trata, por ello, de límites que reduzcan el espacio original de un derecho, sino de “fronteras que delimitan su mismo contenido, de suerte que fuera de ellas ni hay ni nunca hubo derecho”³⁴³.

En ese sentido, se sostiene que la buena fe corresponde a un límite interno de los derechos fundamentales y, de ese modo, serviría para fijar la delimitación de cada derecho. Esto es, al momento de determinar el contenido de cada derecho fundamental –eso que llamamos antes el ámbito protegido–, debería respetarse un límite intrínseco: las exigencias normativas de la buena fe.

Esto significaría “que el derecho fundamental, en sí mismo, y como consecuencia de una característica intrínseca propia, no abarcaría las conductas que infringieran lo que resulta del principio de buena fe”³⁴⁴.

Por ello, se ha dicho que el principio de buena fe “constituye una condición objetiva de todo derecho, incluidos los constitucionalizados, es decir, se puede definir como una necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos”³⁴⁵.

Dicho de esta forma, las posiciones que deben integrar el ámbito protegido de los derechos fundamentales deben ajustarse a la buena fe, de modo tal, que no pueden ser parte del

³⁴¹ CIANCIARDO, J. El ejercicio regular de los derechos, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p 234.

³⁴² GUAMÁN, A. La libertad de información del trabajador, Op. Cit., p 48.

³⁴³ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos, Tecnos, Madrid, 1995, p 69.

³⁴⁴ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Op. Cit., p 404.

³⁴⁵ CONDE MARÍN, E. La buena fe en el contrato de trabajo, Op. Cit., p 353.

contenido de éstos aquellas posiciones que no superan el estándar exigido por las normas del principio de buena fe.

Así, el derecho fundamental vendría limitado intrínsecamente -desde su interior- por los parámetros conductuales de la buena fe, de modo tal, que si en su ejercicio se traspasa dicho límite, no existe cobertura jurídica iusfundamental, esto es, no habría propiamente derecho.

Como se ha denotado “para explicar el influjo de la buena fe en el ejercicio de los derechos fundamentales, algunos autores han adoptado una concepción estricta o restringida de tales derechos en las relaciones entre particulares: en los vínculos de derecho privado, el contenido de los derechos fundamentales no ampara el ejercicio contrario a la buena fe. En ese caso, el problema no es ya la limitación del derecho fundamental, sino la delimitación previa de su contenido, para excluir todo ejercicio contrario al principio de buena fe”³⁴⁶.

La doctrina laboral lo expresa de este modo: “donde falta lealtad y buena fe debidas, hay un incumplimiento y no hay ejercicio de un derecho, ni fundamental ni ordinario; y no puede haber amparo, sino sanción”, agregando que en esos casos –ejercicio abusivo y de mala fe- “ese falso derecho fundamental –en realidad, incumplimiento que quiere acogerse a la tutela judicial y constitucional adoptando una prestigiosa vestidura - no puede obtener el amparo pretendido”³⁴⁷.

En ese sentido, “el ejercicio de un pretendido derecho o libertad fundamental faltando a la buena fe constituye, en consecuencia, un *no derecho*, que se traduce en un incumplimiento de las obligaciones contractuales”³⁴⁸.

³⁴⁶ SAGARDOY, J. A y GIL Y GIL, J.L. “Los derechos constitucionales del empresario”, Op. Cit., p 387.

³⁴⁷ MONTOYA, A. La buena fe en el Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 83.

³⁴⁸ RIVERO L, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit., p 519.

La buena fe, por lo dicho, se constituiría como un límite interno o intrínseco del ejercicio del derecho fundamental del trabajador, que modula o modera el impacto de esos derechos al interior de la relación laboral, al restringir *ab initio* el contenido de ese derecho.

Dicho modo de entender la buena fe –como límite interno- tendrá recepción en la jurisprudencia constitucional, que expresamente hablará de “límite intrínseco” (STC 223/1992) y de “límite interno” (STC 107/1988), agregando que “la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección” (STC 120/1983, F.J 2).

De este tipo de jurisprudencia se ha dicho que aunque la buena fe y el abuso del derecho aparecen aparentemente como una restricción del “contenido inicialmente protegido” de los derechos fundamentales, “lo cierto es que en rigor lo que hace el Tribunal Constitucional en un buen número de ocasiones (...) es sencillamente excluir apriorísticamente de dicho ámbito todo proceder contrario a la buena fe, al deber de lealtad o a una regla de general observancia en el tráfico. No habría, pues, un problema de límites, sino de delimitación del contenido del derecho”,³⁴⁹.

6.5.- Los problemas de la buena fe como límite interno

Los problemas de esta tesis son variados y corresponden a los siguientes:

a) no hay norma constitucional que dé soporte a la consideración de la buena fe como límite intrínseco para los derechos fundamentales del trabajador;

³⁴⁹ MEDINA GUERRERO, La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, Op. Cit., p 80.

b) no es aceptable, conceptualmente hablando, que la buena fe sea un límite de carácter intrínseco para los derechos fundamentales sólo cuando son ejercidos por el trabajador en el marco de un contrato de trabajo y;

c) por último, la consideración de la buena fe como límite intrínseco de los derechos fundamentales es incompatible con la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

En primer lugar, cabe señalar que no existe ninguna referencia normativa explícita que nos indique que la buena fe está constituida en el orden constitucional vigente como un límite interno o intrínseco, de carácter general para todos los derechos fundamentales del trabajador, cualquiera sea la naturaleza de éstos –se trate de privacidad, libertad de expresión o cualquier otro-.

Más aun, si se toma en cuenta que cada derecho fundamental aparece delimitado por las propias normas que los configuran –como ocurre con la exigencia de reuniones sin armas en el ejercicio de la libertad de reunión del artículo 21 de la CE -, no parece sencillo explicar dónde y en razón de qué, todos y cada uno de los derechos fundamentales del trabajador en particular, tienen como contorno estructural y necesario la buena fe.

Precisamente por ello, los críticos de esta concepción, frente a la pregunta de si al momento de delimitar constitucionalmente los derechos fundamentales tiene alguna cabida el principio de buena fe, señalan que: “la respuesta, si se comprende dicho principio en sus términos más generales, abarcando, por tanto, todas sus posibles manifestaciones, debe ser negativa. El principio de buena fe introduce en el derecho ya delimitado una serie de condicionamientos que provocan, en definitiva, su sacrificio en aras de la consecución de otros valores o bienes o recortan ese ámbito máximo de extensión que las libertades mencionadas adquieren mediante su definición constitucional”³⁵⁰.

³⁵⁰ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Op. Cit., p 364.

Dicho de otro modo, no existen razones normativas para sostener que al momento de delimitar todos y cada uno de los derechos fundamentales previstos en el orden constitucional, debe entenderse que su contenido tiene previsto –de antemano- como punto de frontera, las exigencias de la buena fe.

En efecto, “porque si los derechos tienen su contenido fijado en la Constitución y si no hay más límites o restricciones a las libertades que los constitucionalmente previstos ¿dónde está la base constitucional que hace posible declarar que las libertades quedan condicionadas por los deberes y obligaciones propias del contrato? ¿de qué precepto o preceptos constitucionales se deriva que las libertades deben ceder, in abstracto, frente a las exigencias de la relación contractual, y por lo tanto, frente al deber de buena fe para la que habitualmente se alega tan sólo un fundamento iuspositivo inferior a la Constitución?”³⁵¹.

Por ello “la buena fe no puede ser entendida, englobando en ella el conjunto de sus proyecciones, como un elemento configurador de la delimitación de las libertades de expresión e información” y de otros derechos fundamentales, ya que dicha “participación únicamente es posible en la medida en que la propia interpretación del precepto que contiene los derechos mencionados lo autorice”³⁵².

Y ello no ocurre –la mención normativa exigida- ni en el caso de la libertad de expresión, ni respecto de ningún otro derecho fundamental previsto en el texto constitucional: “es evidente que la buena fe, en cuanto criterio o regla exigible al titular de la libertad en el ejercicio de ella, no aparece consagrada o reconocida en parte alguna de nuestra Norma Suprema”³⁵³.

A falta de mención constitucional –ni la más mínima- entonces, la fundamentación de la buena fe como elemento configurador del contenido de los derechos fundamentales corre el

³⁵¹ MORENO GARCÍA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. Cit., p 285.

³⁵² NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Op Cit., p 372.

³⁵³ MORENO GARCÍA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. Cit., p 270.

riesgo de transitar una peligrosa deriva metafísica –más allá de las normas-: la de la justificación moral – del correcto y leal actuar- sin respaldo constitucional.

Así, por ejemplo, en algunos contextos –el de la privacidad-, intentando dotar de contenido a la buena fe, ella se identifica con la moderación: “en caso de ausencia de norma autorizante o prohibitiva, los trabajadores podrán utilizar con fines particulares el ordenador siempre que respeten las reglas de la buena fe, esto es, con moderación”. Y se agrega en la misma perspectiva: “el trabajador puede violar la prohibición de uso privativo del aparato o, aun estando autorizado expresa o tácitamente para tal uso, puede desbordarlo abusivamente, sobrepasando los límites de la moderación o la razonabilidad exigibles por la buena fe”³⁵⁴.

Ahí la crítica que estamos exponiendo adquiere pleno sentido, ya que es razonable preguntarse: ¿sobre la base de qué criterio interpretativo constitucional se puede sostener que la “moderación” es parte del contenido de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente?. Y en el mismo sentido ¿qué ocurre con aquellos derechos cuyo más relevante ejercicio se hace en contexto de cierta tensión y radicalidad, como la libertad de expresión o el derecho de huelga?

Por ello, parece razonable sostener que quienes postulan esta concepción, incluyendo la jurisprudencia constitucional, no han “justificado de manera eficiente que la buena fe sea un elemento propio de los derechos constitucionales fundamentales, limitándose a remitirse a lo dispuesto por el artículo 7 del Código Civil”³⁵⁵.

En segundo lugar, cabe señalar que menos sostenible aparece dicha tesis, si, además, como suele ocurrir, se hace operar dicho límite sólo en el marco de la relación laboral. Tal como se ha apuntado, “en realidad el principio de buena fe no es tanto un límite añadido o “adicional” en el juicio de ponderación, pese a que así se califique por la jurisprudencia

³⁵⁴ MONTROYA, A. “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, Relaciones Laborales, N° 5-6, 2009, p 44.

³⁵⁵ GORELLI, J E IGARTÚA, M. T. “Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites”, Op. Cit., p 15.

constitucional y pueda ser en ciertos casos canon complementario de enjuiciamiento, cuanto un criterio de apreciación de los límites que el contrato de trabajo señala a las partes” y se agrega que “la buena fe es un mecanismo para la necesaria integración o armonización entre las exigencias del contrato de trabajo y el ámbito propio del derecho constitucionalmente garantizado”³⁵⁶.

Y ello –que la buena fe sólo opere como límite para los derechos fundamentales en el marco de una relación laboral- es conceptualmente incompatible con su pretendido carácter intrínseco. En efecto, no existen bases normativas que sirvan para entender que la buena fe constituya un límite intrínseco a los derechos fundamentales, formando parte de su contenido sólo cuando su ejercicio se enmarque dentro de la relación laboral, pero que dicho elemento desaparezca fuera de ella.

La tesis supone sostener algo como el siguiente razonamiento: el mismo derecho fundamental –por ejemplo la libertad de expresión- tiene como límite intrínseco la buena fe si se ejerce al interior de una relación laboral, pero dicho límite deja de existir –sin justificación normativa ni conceptual que lo explique- cuando se ejerce fuera de ella. Un límite que sólo aparece en un caso –el de la relación laboral-, y no en los restantes, no es estrictamente hablando un límite intrínseco o inherente de ese derecho fundamental, sino uno de carácter externo y contingente.

La debilidad de esa afirmación aparece por sí sola: de ser cierto lo señalado, no estamos frente a un límite interno o intrínseco de los derechos fundamentales, ya que en dicho caso, la buena fe no operaría como parte de la delimitación del derecho, fijando de antemano el contenido protegido de los mismos, sino como una cuestión distinta: un límite adicional y flexible, externo al derecho fundamental, que sólo aflora enfrentado a su ejercicio en el marco de un contrato de trabajo.

³⁵⁶ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Cit., p 10.

De allí que se afirme, con pleno sentido, que “el derecho fundamental no puede experimentar variación alguna en su naturaleza en función del sujeto frente al que se pretende ejercer”³⁵⁷.

Y dicho de este modo, la particularidad del ejercicio del derecho fundamental no viene dada por la relación laboral propiamente tal, que no modifica la estructura del derecho – reduciéndolo como suele decirlo la doctrina laboral -, sino por el sencillo hecho de que ese derecho está colisionando con otra norma jurídica que expresa un derecho de su contraparte de la relación laboral. Y dichos choques se potencian en el contexto real y de obvia tensión en que se desenvuelven, como lo es la empresa y las relaciones de producción.

Mirado así, el derecho fundamental del trabajador tiene la misma estructura y contenido fuera y dentro de la relación laboral y no hay, en términos estrictos, ninguna modulación. Lo que ocurre es que, ejercido en el marco de una relación laboral, se multiplican las opciones de colisiones con intereses de su contraparte -el empresario-.

Por último, cabe señalar, que la tesis de la buena fe como límite interno es incompatible con la teoría externa y la aplicación de la proporcionalidad, en cuanto las únicas restricciones admisibles a un derecho fundamental no provienen de limitaciones internas o inherentes, como las derivadas de la buena fe, sino de límites externos que tengan recepción constitucional.

Por su parte, como explicamos en el capítulo anterior, la teoría externa –donde se ubica la ponderación y la proporcionalidad- concibe que los derechos fundamentales son restringibles, afirmación que se construye sobre dos supuestos básicos: la teoría amplia del ámbito protegido de cada derecho y la existencia de límites externos, que en caso de colisión deben ser ponderados –aplicando el principio de proporcionalidad- para evaluar la justificación de una posible restricción.

³⁵⁷ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (1)”, Op, cit., p 93.

Según explica BOROWSKI “la estructura de estos derechos sigue el esquema de la intervención y el límite y, como consecuencia, pueden ser reconstruidos como derechos restringibles, en los términos que lo concibe la teoría externa. Su supuesto de hecho debe determinarse de acuerdo con la teoría amplia del supuesto de hecho, y, por lo mismo, el criterio material más importante para examinar la eficacia de sus restricciones es el principio de proporcionalidad en el sentido amplio”³⁵⁸.

Desde esta perspectiva teórica, la buena fe como límite interno, presenta una tensión evidente: ella restringe el ámbito protegido del derecho, allí donde la proporcionalidad exige máxima amplitud. Tal como lo señala la doctrina, la existencia de una relación laboral y la aplicación de la buena fe “determina que los términos de dicho reconocimiento sean más restrictivos, reduciéndose su ámbito de protección”³⁵⁹.

En ese sentido, la buena fe difícilmente es compatible con la fijación de un ámbito protegido *prima facie*, de carácter amplio y extenso del derecho fundamental, cuestión que la ponderación exige como supuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad.

Pero además, la proporcionalidad supone no sólo un ámbito protegido *prima facie* amplio o extendido, sino que las limitaciones al mismo se produzcan por límites externos que, fundados en otros bienes y principios constitucionales, restrinjan -desde fuera- el derecho fundamental de que se trate.

Como se ha apuntado, “para la teoría externa, en realidad, todos los límites de los derechos fundamentales son límites externos”³⁶⁰. De ahí que las restricciones a los derechos fundamentales o sus límites no operen –como se pretende con la buena fe- en la fijación del ámbito protegido –la delimitación del derecho-, sino que un momento posterior: en el de la eventual colisión con un derecho o bien constitucional. Y con una condición ineludible de carácter formal: que dicho límite externo tenga cobertura constitucional.

³⁵⁸ BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 143.

³⁵⁹ SEMPERE, A y SAN MARTÍN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, Op. Cit., p 277.

³⁶⁰ CIANCIARDO, J. El ejercicio regular de los derechos, Op. Cit., p 246.

Mirado así el problema, la buena fe como límite interno o intrínseco de los derechos fundamentales viene a ser incoherente con la perspectiva que exige la ponderación y la aplicación de la proporcionalidad como modo de solución de colisiones entre derechos fundamentales. O se sostiene la buena fe como límite intrínseco al derecho fundamental –y se le pone dentro de su ámbito de delimitación - o se le señala como un estándar susceptible de participar de la ponderación por la vía de considerarlo un límite externo al derecho fundamental – y se le ubica en la perspectiva de la colisión entre derechos -. Pero no se puede sostener ambas cosas a la vez.

Dicho de otro modo, la buena fe no expulsa del ámbito protegido de la intimidad del trabajador el uso “no moderado” del ordenador de la empresa con fines no profesionales, ya que ese, como cualquier otro derecho, debe ser entendido con el máximo de contenido posible –la teoría del ámbito protegido amplio o extenso -, sino que, y a condición de que se le considere un principio de rango constitucional, la buena fe podría operar como una restricción externa a ese derecho al momento de determinar, con la aplicación del principio de proporcionalidad, la protección definitiva de ese derecho.

Como señala VALDÉS DAL-RE, “un determinado acto o una concreta decisión del empresario podrá o no calificarse como contraria del derecho a la intimidad del trabajador, como atentatoria a su libertad de expresión o como lesiva de su libertad religiosa; pero el juicio sobre ese acto o decisión ha de abordarse y resolverse desde la perspectiva de la ponderación de normas iusfundamentales y, en modo alguno, desde la óptica de la incidencia o influencia, sobre el derecho fundamental, de elementos extraconstitucionales”³⁶¹.

En ese sentido, si se pretende restringir ese derecho fundamental sobre la base de consideraciones de buena fe, ésta tendría que operar como un límite externo en el ámbito

³⁶¹ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales; una difícil convivencia (1)”, Op. cit., p 93.

protegido inicial o *prima facie*, por la vía de ser considerada como uno de los ingredientes de la ponderación entre derechos o principios constitucionales.

6.6.- La buen fe como límite externo de los derechos fundamentales

La buena fe, ante las críticas anteriores, puede ser mirada de otro modo. No ya como un límite intrínseco al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, sino como una restricción externa proveniente de su calidad de principio jurídico.

En este caso, la buena fe se sitúa fuera del ámbito protegido de los derechos fundamentales en cuanto no opera como un límite interno que sirva para delimitar el derecho propiamente tal, sino que funciona como restricción externa al mismo.

Lo relevante de esta forma de entender la buena fe es que, al considerarla un límite que opera desde fuera para restringir al derecho fundamental que se trate, permite encuadrarla dentro de la teoría externa ya explicada en esta tesis, y de este modo, al menos en principio, podría hacerla compatible con la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

Esta mirada de la buena fe ha sido reconocida por la doctrina laboral, que ha sostenido “los derechos fundamentales no sólo se limitan por los derechos constitucionales, sino también por los bienes constitucionalmente reconocidos o protegidos; e incluso por bienes que disfrutan de una protección infraconstitucional, como la buena fe contractual”³⁶².

Y también parece tener respaldo de la jurisprudencia constitucional, que se refiere a la buena fe “como un límite adicional” de los derechos fundamentales del trabajador (STC 6/1988, STC 6/1995, STC 106/1996) y considerará este principio como “un factor de flexibilización” del juicio de ponderación (STC 192/2003). Asimismo, se le reconoce como “un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros

³⁶² CASAS BAAMONDES, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, Op. Cit., p 147.

principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (STC 241/1999, de 20 de diciembre)" STC 56/2008.

En ese contexto, cabe preguntarse ¿puede la buena fe ser parte de una ponderación y, para ser más preciso, de la aplicación del principio de proporcionalidad en el marco de la relación laboral?

Entendida como un límite externo, la respuesta es afirmativa. Sin embargo, ello supone entender previamente que la buena fe cumple con el rango formal exigido por la proporcionalidad: que se trate de un principio constitucional que, estando al mismo nivel jerárquico de los derechos fundamentales del trabajador, pueda operar como norma en colisión que justifique la restricción del derecho que se trate.

La doctrina laboral advierte esto con nitidez, ya que, de ser considerado un principio constitucional, la buena fe “puede limitar otros principios y bienes protegidos por la Constitución” y en “las colisiones con otros principios, habrá de aplicarse el método de la ponderación de bienes en el caso particular”³⁶³.

En ese sentido, no basta que la posición restrictiva de un derecho fundamental del trabajador se ampare en cualquier categoría jurídica, ya que “la medida empresarial será justificada si concurren circunstancias extraordinarias: la necesaria tutela de un derecho fundamental, bien constitucionalmente protegido”³⁶⁴.

La justificación de esa paridad jerárquica entre derecho fundamental y límite, es bastante consistente: “el principio de supremacía de la Constitución impide que los derechos fundamentales se contrapongan en el análisis de proporcionalidad –y sobre todo, en la ponderación-, a principios o a bienes que tengan una jerarquía inferior en el orden jurídico”³⁶⁵.

³⁶³ GIL y GIL, J.L. Principio de la buena fe y poderes del empresario, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, p 182.

³⁶⁴ MARTÍNEZ F., D. “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías”, Op. Cit., p 231.

³⁶⁵ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 691.

De no existir esa paridad, ello “supone abandonar el fundamento constitucional y bajar a una norma de rango inferior para explicar la necesidad del límite constitucional, lo cual parece inaceptable, pues supondría que en la ponderación entre un derecho fundamental y una obligación contractual, ha de sacrificarse el primero en beneficio de la segunda”³⁶⁶.

Y ahí está el problema. Tal como lo ha sostenido “la generalidad de la doctrina”³⁶⁷ dicho principio no tiene reconocimiento constitucional. Se ha sostenido que “la buena fe así entendida, por lo demás como ha sido siempre, no es más que una técnica que tutela el principio de cumplimiento contractual tomada del terreno de la legalidad ordinaria (art. 1258 CC)”³⁶⁸.

La doctrina reconoce este déficit de jerarquía ampliamente: “el principio de buena fe no es, positiva ni formalmente, un principio constitucional”³⁶⁹, y se ha agregado, en plan de crítica a la jurisprudencia constitucional, que “al manifestar su fascinación por la mala fe, la deslealtad o el animus nocendi como límites a la ciudadanía en la empresa, el TC reconoce la plena supeditación de ésta a unos elementos contractuales completamente extraños a la Ley Fundamental”³⁷⁰.

Para decirlo en términos más explícitos “comparar categorías como la mala o la buena fe con la libertad de expresión, y además ponderar conforme a iguales categorías derechos fundamentales con principios generales del Derecho no tiene apoyo constitucional alguno”³⁷¹.

El problema no es, en todo caso, y como es obvio, puramente formal –de nivel de las fuentes jerárquicas de los principios en conflicto- sino que tiene relevantes implicancias

³⁶⁶ GORELLI, J E IGARTÚA, M. “Libertad de información y contrato de trabajo, el problema de sus límites”, Op. Cit., p 15.

³⁶⁷ GIL Y GIL, J.L. “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, Aranzadi Social, N°13, Pamplona, 2003, p 14.

³⁶⁸ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿y proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op.Cit., p 8.

³⁶⁹ CONDE, E. La buena fe en el contrato de trabajo, Op. Cit., p 353.

³⁷⁰ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad en la empresa”, Op. Cit., p 29.

³⁷¹ BALAGUER, M.L. El derecho fundamental al honor, Tecnos, Madrid, 1992, p 184.

materiales: se ven “degradadas para el trabajador las libertades en el ámbito de la empresa”³⁷², llegándose a hablar, como lo ha hecho alguna parte de la doctrina, de un “ciudadano disminuido” o de una “dinámica de dos ciudadanías: fuera y dentro de la empresa. En su interior, funcionan como presupuestos del ejercicio de los derechos de los trabajadores una cierta lógica contractual entendida unilateralmente, la apreciación de las exigencias de la producción, la sumisión a las cláusulas que objetivan el poder empresarial, o el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario, no existiendo “continuidad entre la ciudadanía externa a la empresa y dentro de ella”³⁷³, lo que termina “instalando a aquellos derechos en una zona de penumbra”³⁷⁴.

De este modo, la única forma que el “principio de buena fe” supere la exigencia formal de paridad jerárquica con los derechos fundamentales que busca limitar o restringir, y así poder participar de la ponderación y de la aplicación del principio de proporcionalidad, es mediante su “constitucionalización”. En ese caso –como lo ha reconocido parte de la doctrina laboral- “de aceptarse que la buena fe posee rango constitucional, tendría el mismo rango y valor que los demás principios constitucionales, y habría de aplicarse el método de ponderación de bienes en el caso particular”³⁷⁵.

Y ello es posible por dos vías: una directa, sosteniendo que ella misma es un principio constitucional –explícito o implícito- y otra, sostener que se trata de un modo o vehículo de expresión de otros principios y bienes de rango constitucional.

Como no existe norma constitucional que haga la más mínima referencia a la buena fe, sostener que ella es un principio constitucional pasa necesariamente por ubicarla detrás del texto. Por ello, la vía ha sido, para una posición minoritaria de la doctrina laboral, la consideración de la buena fe como principio constitucional implícito.

³⁷² MORENO GARCÍA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p 286.

³⁷³ BAYLOS, A. Derecho del Trabajo: un modelo para armar, Op. Cit., p 99.

³⁷⁴ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Op.Cit., p 94.

³⁷⁵ GIL Y GIL, J.L. “Los derechos constitucionales del empresario”, Op. Cit., p 387.

Así, GIL Y GIL ha defendido que el “principio constitucional de la buena fe” sería un principio implícito, por “tratarse de un principio inmanente a las relaciones de coordinación, un principio la *iustitia protectiva* en las relaciones de poder y, en suma, un principio constitutivo e indispensable del Estado de derecho”³⁷⁶.

El punto es que, en rigor, no sólo no existe en la doctrina acuerdo sobre el carácter de rango constitucional implícito de la buena fe, sino que abiertamente se impugna la inferencia lógica propuesta, cuestión que hace difícil aceptarla, atendido que esa posibilidad “es rechazada por la mayoría de la doctrina laboralista y constitucionalista”³⁷⁷. Ni el valor constitucional justicia (artículo 1.1 CE), ni el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), ni la moral (artículo 10 CE), han sido considerados como fuentes para deducir lógicamente – como lo exige un principio implícito- la existencia de un principio constitucional de buena fe³⁷⁸.

En cualquier caso, como lo hace ver MORENO GARCÍA, de existir esa relación implícita entre la buena fe y un bien o principio constitucional “sería ese bien, y no la buena fe, el que tendríamos que alegar”³⁷⁹.

Existe, eso sí, otro modo de “constitucionalizar” la buena fe y hacerla participar así de la ponderación y la proporcionalidad. Y es sostener que, a través de ella, operan principios constitucionales expresamente reconocidos, tales como la propiedad y la libertad de empresa.

³⁷⁶ GIL y GIL, J.L. “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, Op. Cit., p 5. Tal como lo señala este mismo autor, la buena fe estaría en igual situación que el principio de proporcionalidad, el que “se considera un principio constitucional implícito, que deriva de la propia esencia de los derechos fundamentales, del principio del Estado de Derecho y de la idea de Justicia”. GIL Y GIL, J.L. Principio de la buena fe y poderes del empresario, Op. Cit., p 165. En rigor, aunque los textos constitucionales permiten, por su radical indeterminación, operaciones de deducción de principios sin mayores problemas, existe la necesidad básica de que esas inferencias tengan algún reconocimiento comunitario. Y ahí, a diferencia de lo que ocurre con el principio de proporcionalidad y de lo que ya dimos cuenta antes en esta tesis, el principio de buena fe no consigue las adhesiones mínimas de la comunidad jurídica para ser catalogado como principio constitucional implícito.

³⁷⁷ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad en la empresa”, Op. Cit., p 31.

³⁷⁸ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Op. Cit., pp. 375 y ss.

³⁷⁹ MORENO GARCÍA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. Cit., p 270.

La buena fe no sería en sí misma ni explícita ni implícitamente, un principio constitucional, sino una cosa distinta: operaría en esta perspectiva como un vehículo legal para canalizar o transmitir bienes constitucionales. Éstos se cristalizarían en el marco de la relación laboral, precisamente, a través de las exigencias del principio de buena fe.

Se reconoce en esta postura, el rango jurídico inferior de la buena fe, pero se le permite participar de la ponderación y la proporcionalidad en el marco de la relación laboral, como un principio general del derecho que puede portar exigencias derivadas de bienes o derechos constitucionales.

De este modo, la buena fe podría formar parte de la ponderación si y sólo si, se expresaran a través de ella intereses o posiciones del empresario que tuvieran rango constitucional – como la propiedad o la libertad de empresa -, de modo tal que la restricción del derecho fundamental del trabajador, más que venir justificada en la buena fe, lo hiciera en dichos principios constitucionales.

Así, se ha sostenido que “la invocación del principio de buena fe será constitucionalmente lícita cuando la concreción del mismo, que se utilice en el supuesto en cuestión como límite del derecho fundamental, constituya un medio que reúna los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad”³⁸⁰.

Parte de la doctrina laboral ha sostenido esta opción: “desde nuestro punto de vista el fundamento del límite a un derecho fundamental no está sino en la propia Constitución. Hay que reconducir, por lo tanto, la buena fe a la Constitución. La buena fe debe estar respaldada por otro derecho o bien jurídico constitucional”³⁸¹.

³⁸⁰ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe, Op.Cit., p 374.

³⁸¹ GORELLI, J E IGARTÚA, M. “Libertad de información y contrato de trabajo, el problema de sus límites”, Op. Cit., p 15.

En el mismo sentido, se ha sostenido que: “el necesario equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empresario –reflejo, por lo demás, de otros derechos constitucionales que le asisten, arts. 33 y 38 CE- y el ámbito –“modulado por el contrato de trabajo, pero en todo caso subsistente”- de las libertades constitucionales del trabajador exige, a fin de cuentas, que, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida “modulización” deberá producirse en la medida de lo estrictamente indispensable, de acuerdo al principio de proporcionalidad, para el correcto y ordenado respeto a los derechos fundamentales del trabajador”³⁸².

En algunos de sus pronunciamientos, no del todo coherentes con otros citados, la jurisprudencia constitucional parecería entenderlo así: “la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible , por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según el caso, el ejercicio de todos ellos” (STC 56/2008).

En ese sentido, se ha sostenido que una aplicación de la buena fe que suponga un a restricción de un derecho fundamental se justifica “constitucionalmente como mero instrumento para la protección de aquel otro bien o derecho, que no destino final de la garantía, en los términos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto exigidos por el principio de proporcionalidad en sentido amplio”³⁸³.

El problema con este intento de reposicionar la buena fe de modo derivado, como vehículo de transmisión de bienes constitucionales en la relación laboral, es un tanto obvio: se disfraza que el verdadero límite son esos otros bienes constitucionales.

³⁸² PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, Op. Cit., p 230.

³⁸³ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe, Op.Cit., p 374.

En dicho caso, la buena fe pierde relevancia, ya que lo que opera como límite externo del derecho fundamental del trabajador no es, en estricto rigor, la buena fe – un mero instrumento- sino un derecho o bien fundamental del empresario –la garantía final-.

Por ello, como ha denotado la doctrina, en esta jurisprudencia “el TC parece no otorgar ya protagonismo al principio de buena fe del trabajador como elemento determinante del legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, para hacer hincapié en otro criterio de distinta naturaleza: el del carácter indispensable de la medida empresarial restrictiva de los derechos fundamentales del trabajador”³⁸⁴.

Decir, de este modo, que la libertad de expresión del trabajador ha sido ejercida de modo ilegítimo porque se ha causado un daño innecesario a la imagen de la empresa, debe ser entendida, para tener cabida conceptual desde la perspectiva de la proporcionalidad, como que la libertad de expresión del trabajador ha restringido posiciones protegidas por otros derechos de rango constitucional de su contraparte.

6.7- La buena fe y el principio de proporcionalidad

A partir de lo anterior, es posible sostener que no existe, en estricto rigor, una “modulación” o “interiorización” de los derechos fundamentales del trabajador, que opere como consecuencia necesaria e indefectible de su ejercicio dentro del marco de una relación laboral; especialmente, si con ello se quiere decir que dichos derechos debe n soportar restricciones adicionales a las que derivarían, como en el resto de los casos, de su colisión con otros derechos fundamentales.

Dichas restricciones, asumida la perspectiva de la proporcionalidad, son las mismas tanto fuera como dentro de la relación laboral: las derivadas de las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para la satisfacción de un bien o derecho constitucional.

³⁸⁴ SAGARDOY, J. A y GIL Y GIL, J.L. “Los derechos constitucionales del empresario”, O p. Cit., p 388.

La citada “interiorización” sólo alude a un fenómeno fáctico –y no jurídico-, cual es, el encuentro real de ciudadanos dentro de un marco de cooperación mutua como el contrato de trabajo, lo que aumenta potencialmente el número de colisiones entre derechos fundamentales que se producirán entre ellos, muy por sobre cualquier otra relación que esos mismos ciudadanos pudieran sostener en la vida social. De ahí que se apunte que “desde la admisión del sentido horizontal de las garantías y su aplicación a los particulares, en Derecho del Trabajo asistimos a una eclosión de restricciones de todo tipo a esos derechos, muy superior a la de otros campos del ordenamiento”³⁸⁵.

Ahora, una vez producido el encuentro en el marco de un contrato de trabajo, los derechos fundamentales de ambos ciudadanos de la relación laboral –empresario y trabajador- y las eventuales colisiones que se produzcan entre sus derechos, deben ser resueltas, si se quiere ser coherente con el principio de proporcionalidad, exclusivamente sobre la base de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad entre derechos y bienes de equivalente rango jerárquico –constitucional-.

Por ello, no es extraño que bajo el disfraz argumentativo de la “modulación” o “interiorización” de los derechos fundamentales del trabajador en el contrato de trabajo, se encuentre, en rigor, una ponderación propiamente tal, donde la buena fe no haga sino de “medio” o “instrumento” –a veces simplemente retórico- para la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por lo mismo, tal como destaca NARANJO DE LA CRUZ, “algunos argumentos manejados por la STC 6/1995 durante la realización de la “ponderación entre los derechos del jugador y los del club para el que trabaja” son los empleados en cualquier sentencia relativa al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho del honor. Así, tiene el Alto Tribunal en cuenta el tono neutro, no ofensivo, de las declaraciones efectuadas, o la trascendencia pública de las mismas, dada la profesión del sujeto activo del mensaje –deportista profesional-. Ambos factores hacen prevalecer la libertad de expresión del trabajador”. Y todo ello “pese a mantener las referencias tradicionales al principio de buena

³⁸⁵ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 28.

fe, la conclusión a la que llega el TC no es sino producto de una ponderación entre bienes constitucionales y realizada exclusivamente desde el punto de vista de la Norma Suprema”³⁸⁶.

A su turno, un análisis similar se puede hacer en otros casos, donde detrás de la argumentación de la buena fe y su impacto reductivo de los derechos fundamentales del trabajador, se efectúa un ejercicio de ponderación propiamente tal, produciéndose una comparación entre los grados de afectación e importancia entre estos derechos de las partes, en aplicación estricta del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En ese contexto, un interesante caso es la STC 213/2002, donde un trabajador en su calidad de dirigente sindical efectuó una serie de declaraciones a la prensa denunciando las condiciones de trabajo que generaban un alto absentismo laboral, lo que motivó una sanción disciplinaria de la empresa, fundada en su actuar de “mala fe”. Ello, atendido que no utilizó las vías internas para efectuar su denuncia, dando a conocer y tergiversando documentos internos de la empresa.

El Tribunal señala que *“la conducta del representante sindical se orientó a transmitir una información de relieve laboral, sin que, como hemos dicho en ocasiones anteriores, el derecho fundamental que ampara su conducta exista "solo para las informaciones que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellos que pueden inquietar o perturbar (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Handyside, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, y STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5)” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 6)”*.

Y respecto de la buena fe señala que:

“Por todo ello, no merece censura el comportamiento del recurrente en términos de buena fe, dado que la exigencia contraria supone validar límites al ejercicio de los derechos

³⁸⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe, Op.cit., p 430.

fundamentales como consecuencia de la existencia de una relación contractual en modo alguno imprescindibles para el adecuado desenvolvimiento de la propia relación contractual, o, más concretamente, en el caso, imprescindibles para el adecuado desarrollo de la actividad empresarial". Efectivamente, aunque "la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer límites al ejercicio de los derechos fundamentales, estos límites resultan asimismo limitados por la noción de imprescindibilidad", que es consecuencia de la posición prevalente que en nuestro ordenamiento poseen los derechos fundamentales y que ya hemos afirmado (STC 90/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4)".

Lo que está diciendo el juez constitucional es que, a pesar de ser retóricamente un elemento central para resolver el caso, la buena fe tiene un límite que es la "imprescindibilidad" de la medida para el logro de un fin empresarial. Esto es, la buena fe no es un criterio autónomo, sino derivado e instrumental al servicio del juicio de "imprescindibilidad".

Los límites no derivan así, en estricto rigor, de la buena fe, sino de las restricciones necesarias –"imprescindibles"- para el logro de los objetivos empresariales, que son aquellos que emanan del ejercicio de sus derechos o bienes constitucionales.

Y tan claro es lo anterior, que el Tribunal Constitucional le reprocha a los jueces que hubieran aplicado la buena fe como criterio de modulación, al margen de la ponderación de derechos y la proporcionalidad: *"desde esta perspectiva, en el presente caso se restringió injustificadamente el ejercicio de los derechos fundamentales cuestionados al superarse el límite mencionado. El entendimiento judicial extensivo de las obligaciones dimanantes de la relación laboral -"buena fe"- y del deber de sigilo profesional del representante sindical modularon el ejercicio de sus derechos fundamentales en una medida que no solo no era la "estrictamente imprescindible", sino desproporcionada al convertir el límite en regla general, pues, como ha quedado dicho, el órgano judicial amplió los supuestos en los que, según la ley, concurre la requerida obligación de observar sigilo" (F.J 11).*

De este modo, la buena fe deja de jugar el rol que le suele asignar la doctrina laboral de “asumir una tarea de gran importancia en el seno de la relación de trabajo, como es la de servir de parámetro para el equilibrio entre las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo para el trabajador y el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales”³⁸⁷.

Y ello, porque no le corresponde jugar un rol autónomo dentro la aplicación del principio de proporcionalidad, al no poder alzarse como un límite externo dentro de la ponderación en razón de su déficit formal: no tener la calidad de principio o bien constitucionalmente protegido.

Su rol queda reducido, en consecuencia, a hacer visible la consideración de los intereses y posiciones que corresponden a los derechos fundamentales del empresario, y que se oponen y colisionan con las demandas de protección de los respectivos derechos del trabajador, pero siempre bajo la consideración de que esa cuestión será resuelta, en cualquier caso, por el principio de proporcionalidad.

De ahí que se diga con razón que el principio de buena fe “no es un canon de constitucionalidad autónomo y aislado de los preceptos constitucionales, sino un criterio de interpretación embebido por el juicio de ponderación o de proporcionalidad y en los preceptos y valores constitucionales”³⁸⁸.

Mirada desde esta perspectiva, la buena fe deja de ser incompatible conceptualmente hablando, con la proporcionalidad, y se resuelve, de paso, una innegable contrariedad en el relato –tanto del laboralismo como del propio Tribunal Constitucional - de la recepción de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, y que fuera apuntada con agudeza por un autor desde hace un tiempo: “no cabe decir, que el derecho fundamental se tiene en el ámbito del contrato de trabajo, que goza allí de plena vigencia, pero que, sin embargo, deja de quedar amparado, no si transgrede sus límites constitucionalmente marcados, sino si

³⁸⁷ CONDE, E. La buena fe en el contrato de trabajo, Op. Cit., p 345.

³⁸⁸ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿y proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op.Cit., p 8.

colisiona con el ambiguo deber de comportamiento de buena fe impuesto por determinados preceptos infraconstitucionales para la relación contractual”³⁸⁹.

De ahí que todo lo anterior pueda resumirse en que el único límite a los derechos fundamentales del trabajador son los derechos fundamentales del empresario, y no las limitaciones derivadas de deberes adicionales exigidos por la buena fe. Y ello porque los derechos fundamentales sólo permiten, por principio –el de la unidad y fuerza jerárquica superior de los mismos-, restricciones provenientes de otros derechos o intereses constitucionales protegidos.

Ahora estamos en posición, una vez revisadas las condiciones previas para la operación del principio de proporcionalidad –inexistencia de regulación legal y paridad de derechos presentes en la colisión-, para analizar, en adelante, el contenido propiamente tal de dicho principio en la solución de las colisiones de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo.

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

³⁸⁹ MORENO GARCÍA, A. “Buena fe y derechos fundamentales”, Op. Cit., p 285.

1.- El contenido del principio de proporcionalidad y su aplicación en materia de relaciones laborales

La incorporación del denominado “test alemán”, según ya explicamos, como modalidad de máxima formalización en la utilización del principio de proporcionalidad supone una aplicación escalonada y sucesiva de los juicios que lo componen –idoneidad, necesidad y proporcionalidad-³⁹⁰.

La doctrina laboral ha aceptado la utilización del principio de proporcionalidad en su versión del triple juicio, de modo que toda medida empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador deberá superar el correspondiente juicio de proporcionalidad.

Para lo anterior, será imprescindible “comprobar si cumple tres requisitos o condiciones: 1) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, 3) si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”³⁹¹.

Y se agrega que “la triple secuencia que se acaba de exponer ha sido resumida contestando la siguiente interrogante: ¿los trabajadores, en el seno de su relación laboral, pueden ejercer sus derechos constitucionales?, y la respuesta es sí, con algunos límites, pero con los estrictamente indispensables”³⁹².

³⁹⁰ Sobre el carácter escalonado y sucesivo de los juicios del principio de proporcionalidad: BERNAL PULIDO, C. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., p 687; GONZÁLEZ BEILFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., p 66 y ss.; MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p 237 y ss.; CIANCIARDO, J. El ejercicio regular de los derechos, Ad -Hoc, Buenos Aires, 2007, p 281 y ss.

³⁹¹ PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, Op. Cit., p 230.

³⁹² GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER U, J. “Conflicto y ponderación de derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 257.

Excepcionalmente, se ha sostenido la conveniencia de utilizar en materia laboral sólo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Se dice que “en el caso de conflictos entre derechos fundamentales entre particulares no resultarían aplicables los subprincipios de idoneidad y necesidad, dado que ambos criterios parten implícitamente de una posición de defensa de intereses preeminentes por parte del sujeto desde la cual se mide la adecuación a fines (públicos) y la indispensabilidad de los medios (públicos) para el cumplimiento de los fines. Es evidente, por la conformación histórica del principio de proporcionalidad nacido en el ámbito del derecho público mira de reojo a la defensa de un interés superior de carácter público, por lo que su objeto típico y su conformación estructural se ciñe a las relaciones entre Estado y ciudadanos”³⁹³.

No parece correcta esta perspectiva. No existen razones para entender que la idoneidad y la necesidad deban ser excluidas de la aplicación de proporcionalidad a un conflicto de derechos fundamentales entre privados como es el caso de la relación laboral. Y ello porque dichos juicios –como interdicción del exceso en la limitación a un derecho - no dicen relación con la naturaleza del agente que restringe dichos derechos, sino con que se trata de una colisión de principios jurídicos y éstos deben ajustarse recíprocamente para lograr la mayor maximización fáctica posible, ya sea que se trate de la intervención de un agente público, como el legislador o la Administración, ya sea que se trate de un particular como el empresario.

De ahí que se ha sostenido que “los llamados conflictos entre derechos fundamentales de dos particulares, ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado en los derechos y que, por tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio”³⁹⁴.

Dicho esto, cabe señalar que la estructura del principio de proporcionalidad supone la aplicación escalonada de los diversos test que dicho principio contiene: la medida empresarial tiene que ser idónea, y sólo si supera dicha exigencia se evaluará si es

³⁹³ GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER, J. *Ibíd.*, p 264.

³⁹⁴ BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Op. Cit., p 566.

necesaria, y de serlo, sólo ahí corresponde la técnica ponderativa en sentido estricto - esto es- el denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En atención a lo anterior, es que “el fracaso de la medida en cualquiera de estas tres etapas supone el irremediable rechazo por quebrantar la exigencia de proporcionalidad, haciendo innecesario el pasar a las etapas posteriores”³⁹⁵. O dicho en palabras gráficas “decaendo el primero de los requisitos, se desmorona con el análisis del resto”³⁹⁶.

Siguiendo a BERNAL, aunque ya no para la intervención legislativa de un derecho fundamental, sino para la intervención de un particular –el empresario- sobre el derecho fundamental de otro particular –el trabajador-, podemos construir la estructura del principio de proporcionalidad del siguiente modo:

“Se debe verificar si la conducta del empleador que restringe un derecho fundamental del trabajador es idónea. En caso de no serlo, debe de clararla desproporcionada. De serlo, debe analizar que sea necesaria. En caso de no serlo, debe declarararla desproporcionada. En caso de ser idónea y necesaria, entonces debe verificar que sea proporcionada en sentido estricto. De no serlo, debe declarararla desproporcionada”.

Corresponde ver cada uno de los juicios que lo componen en su aplicación a los derechos fundamentales del trabajador.

1.1.- El juicio de idoneidad en materia laboral

El juicio de idoneidad aplicado a la colisión de derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo, supone determinar si la medida o conducta empresarial es adecuada para la consecución de un interés o fin respaldado constitucionalmente.

En este caso, lo que se mide es la relación de medio -fin entre la conducta del empleador que restringe un derecho fundamental del trabajador y la finalidad, respaldada

³⁹⁵ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p 239.

³⁹⁶ TERRADILLOS, E. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo, Op. cit., p 82.

constitucionalmente, perseguida por el empleador, que comúnmente será proteger algunos de sus derechos fundamentales, como la propiedad o la libertad de empresa, o el derecho de un tercero como la seguridad e integridad del resto de los trabajadores o de sus clientes.

En efecto, como se ha destacado “se trata simplemente de que el medio (limitación) sea apropiado para conseguir la finalidad (protección de un bien o derecho constitucional)”³⁹⁷. En consecuencia, se ha apuntado “el juez habrá de comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas; si existe o no adecuación entre el acto limitativo del derecho fundamental de la persona del trabajador y el único derecho que puede enfrentarse a aquél”³⁹⁸.

Durante un tiempo, este juicio fue construido –y en algún sentido opacado- como la razonabilidad de la medida (entre otras, STC 51/1986). Posteriormente, la incorporación del test alemán le dará mayor nitidez conceptual al sub - principio de idoneidad: se trata de un juicio de hecho que consiste en enlazar la finalidad perseguida por el empresario y los medios empleados que son, precisamente, los que componen la conducta cuyo enjuiciamiento se encuentra sometido al juicio de proporcionalidad.

Tal como explicamos a propósito de la colisión de derechos fundamentales entre empleador y trabajador, la determinación acerca de si la conducta empresarial es legítima dice relación con la posibilidad de adscribirla a una finalidad mediata que debe consistir en la protección de un interés constitucionalmente relevante – un derecho o un principio constitucional -. De lo contrario, no existirá, rigurosamente hablando, una colisión de derechos fundamentales entre empleador y trabajador que justifique la aplicación de la técnica de la ponderación, sino que sólo se tratará del conflicto entre un derecho de esa categoría con una posición fundada en una norma infra-constitucional que debe ser resuelta por el criterio de la jerarquía.

³⁹⁷ CARRIZOSA, E. El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo, Op. C it., p 488.

³⁹⁸ VALDÉS DAL-RE, F. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales, Op. Cit., p 101.

En ese sentido, como ya explicamos, la determinación de la existencia de un caso genuino de colisión de derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral, supone la previa calificación de que la conducta del empleador tiene como finalidad mediata servir a la protección de un derecho o una posición jurídica de rango constitucional.

De este modo, la determinación de la legitimidad de la medida empresarial es previa a la operación del denominado juicio de idoneidad. Hecha esta calificación, y estimando que existe una genuina colisión de derechos fundamentales porque existe un interés o posición constitucional en juego en la conducta o medida empresarial, corresponde revisar si ella efectivamente sirve para lograrlo o conseguirlo.

Como sostiene GONZÁLEZ BEILFUSS “el requisito de la idoneidad tiene forma de regla jurídica, es decir, obliga a rechazar aquellas medidas que no sean aptas para conseguir una determinada finalidad” y en ese sentido, se basa “en consideraciones fácticas: la adecuación o inadecuación de una medida no depende de sus consecuencias jurídicas o de su mayor o menor incidencia en ámbitos protegidos constitucionalmente, sino únicamente en su capacidad para conseguir la finalidad perseguida³⁹⁹”.

De acuerdo con lo anterior, es necesario distinguir tres cuestiones conceptualmente distintas aunque relacionadas: el fin inmediato o concreto de la medida, el fin mediato y la medida empresarial propiamente tal. El primero, dice relación con la finalidad concreta y específica –un estado de cosas- perseguido por el empleador, que comúnmente será la protección de un interés empresarial que su titular considere relevante y que se adscribe a un bien o derecho constitucional. El segundo corresponde, precisamente, a ese interés o derecho reconocido constitucionalmente de que es titular el empresario y que busca ser protegido con la medida empresarial⁴⁰⁰.

³⁹⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., p 125.

⁴⁰⁰ Para la distinción ente fin inmediato, fin mediato y medida restrictiva ver BERNAL PULIDO, C. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., p 712 y ss.

El objeto del juicio de idoneidad es, en rigor, doble. Primero, se debe medir la relación entre la medida o conducta empresarial con el estado de cosas concreto que persigue –fin inmediato-, y segundo, se debe evaluar la relación de este último con el interés constitucional pretendido por la medida –fin mediato-.

En cualquier caso, la medida empresarial es desproporcionada por falta de idoneidad o adecuación, ya sea tanto porque no sirva para su fin inmediato –no logra asegurar el fin concreto- como porque no sirve para el fin mediato –no hay conexión entre esa finalidad concreta y el derecho o interés constitucional alegado -.

En el primer supuesto, la medida o conducta es idónea si contribuye, en algún sentido, al logro del estado de cosas fáctico perseguido por el empresario que acabamos de denominar fin inmediato o concreto. En el segundo caso, la medida o conducta empresarial es idónea si el logro de ese estado de cosas – o fin inmediato- ayuda a proteger algún interés o derecho respaldado constitucionalmente del empresario.

La idea relevante en este sub-principio es rechazar, por desproporcionadas, las medidas o conductas inidóneas del empleador. Dicho de otro modo, el juez debería desechar las medidas del empresario que persiguen un fin constitucional legítimo –protección de derechos fundamentales propios o de terceros- cuando ellas no contribuyan al fin inmediato o mediato buscado.

En ese sentido, se dirá que “el juicio de adecuación determinará, por consiguiente, el reconocimiento al trabajador de la tutela solicitada cuando la conducta del empresario sea manifiestamente irracional, arbitraria o caprichosa”⁴⁰¹.

Ahora, cabe preguntarse ¿cómo opera en concreto el juicio de idoneidad o adecuación para medir las restricciones empresariales sobre un derecho fundamental del trabajador?

⁴⁰¹ VALDÉS DAL-RE, F. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales , Op. Cit., p 100.

La medida empresarial deberá ser evaluada, como ya dijimos, en dos niveles: primero, se trata de determinar si la conducta o medida empresarial logrará el fin inmediatamente buscado, esto es, si contribuirá a alcanzar ese estado de cosas valioso que el empleador ha decidido perseguir con la conducta empresarial.

En el segundo lugar, se trata de determinar si el fin inmediato buscado por el empresario tiene conexión con un interés constitucional o derecho fundamental involucrado en la colisión respectiva. De modo tal que será inidónea la medida si entre el estado de cosas valioso perseguido por el empresario (fin inmediato) y su derecho constitucional (fin mediato), no existe relación ni conexión necesaria.

Así, por ejemplo, si el empleador para lograr un objetivo inmediato –evitar hurtos- respaldado por una finalidad legítima –derecho de propiedad- adopta como medida la instalación de una cámara de video que vigila los trabajadores, el juicio de idoneidad supone evaluar: a.) si esa medida evita efectivamente los hurtos al interior de la empresa y b.) si evitar los hurtos dice relación con la protección del derecho de propiedad del empresario.

Y es que es posible que la medida sea inidónea en el primer nivel e idónea en el segundo nivel, y viceversa. En el primer caso –el más frecuente- la medida no logra el resultado del fin inmediato: las cámaras de video no están instaladas mirando zonas productivas de la empresa donde puedan evitarse hurtos, ya que, por ejemplo, apuntan a espacios recreacionales o comedores-. Ello a pesar de que evitar hurtos –fin inmediato- dice relación directa con un interés constitucional legítimo del empresario – la propiedad-.

El segundo caso, más excepcional, es que el fin inmediato perseguido por la medida no esté conectado con un interés constitucional del empresario; como si, por ejemplo, se introdujera una “cláusula en el contrato de trabajo de acuerdo a la cual la relación contractual cesará si el trabajador contrae matrimonio”⁴⁰². Esa medida busca controlar las

⁴⁰² MORESO, J. La Constitución: modelo para armar. Marcial Pons, Madrid, 2009, p 327. Como recuerda MORESO el señalado caso laboral –el de la prohibición de matrimonio a las enfermeras de un hospital - fue el origen en la jurisprudencia alemana de “la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Y como detalla

relaciones afectivas entre los trabajadores –fin inmediato- con el objetivo de proteger – fin mediato- su libertad empresarial y/o derecho de propiedad. Entre el fin inmediato y el interés constitucional del empresario no existe conexión alguna: hay una medida inidónea en la segunda dimensión.

De este modo, en consecuencia, la medida empresarial no supera el juicio de idoneidad en cualquiera de los dos siguientes casos: a) es una medida inútil porque no logra el fin inmediato perseguido y/o b.) es una medida inútil porque el fin inmediato perseguido no está conectado con un derecho fundamental del empresario.

1.1.1.- El juicio de idoneidad en materia laboral y la jurisprudencia constitucional

Desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cabe señalar que se ha tratado de un criterio de escasa relevancia, calificándose por la doctrina “como poco problemático tanto de un punto de vista teórico como práctico”, cuestión que explicaría “que hasta ahora no exista ninguna sentencia que haya declarado formalmente su vulneración”⁴⁰³.

Con todo, esta última afirmación parece estar referida al análisis de la idoneidad de la medida legislativa, donde lo que se enjuicia es la capacidad de una preceptiva legal de cumplir con el objetivo previsto por el legislador. No parece haber ocurrido así en los casos de relaciones laborales donde lo enjuiciado es una medida empresarial.

Von Munch “la primera gran sentencia de un tribunal federal superior versó sobre un caso de Derecho del trabajo. La demandante era una joven que trabajaba en un hospital privado para formarse en la profesión de enfermera. El contrato de trabajo y formación preveía que, en caso de matrimonio, el empresario podía extinguir la relación laboral y de formación. Basándose en esta cláusula contractual, la demandante fue despedida tras contraer matrimonio. Esta alegó en su demanda que el despido vulneraba sus derechos fundamentales previstos en el artículo 6, pár. 1, GC (protección al matrimonio), artículo 1, par. 1, GC (dignidad de la persona) y artículo 2, pár. 1, GC (libre desarrollo de la personalidad). El Tribunal Laboral Federal estimó la demanda en su famosa sentencia de 5 de Mayo de 1957”. VON MUNCH, I. “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en AAVV Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Op. Cit., p 35.

⁴⁰³ GONZÁLEZ BEILFUS, M. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. cit., p 124.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado en varias ocasiones que la medida no ha superado el juicio de idoneidad, calificando como desproporcionada la conducta empresarial.

La doctrina suele identificar dos casos paradigmáticos: el denominado caso del “deshuesador” de jamones (STC 99/1994) y el del futbolista del Tenerife (STC 6/1995).

En el primer caso, el Tribunal Constitucional señalaba, para estimar el amparo solicitado, que:

«Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar—por parte de quien pretende aquel efecto— que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y de la organización en que se integra» (Fundamento Jurídico 7)”.

Algunos han visto aquí la aplicación del juicio de idoneidad por parte del Tribunal Constitucional para considerar la medida como desproporcionada: “a partir del examen de la proporcionalidad, centrándose en su elemento de idoneidad, el máximo intérprete de la Constitución entra a sopesar el interés perseguido y satisfecho con la orden empresarial sometida a juicio en la pionera STC 99/1994”⁴⁰⁴.

La afirmación de que en el caso del “deshuesador de jamones” existe una aplicación del criterio de la idoneidad por parte del Tribunal Constitucional es discutible, ya que, como se desprende de la propia cita recién anotada, lo que se está evaluando por el órgano constitucional es que el empleador tenía otras formas posibles de lograr el resultado buscado con la medida, lo que corresponde al juicio de necesidad y no al de idoneidad.

⁴⁰⁴ TERRADILLOS, E. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 82

Así, por lo demás, lo ha entendido mayoritariamente la doctrina, que ha afirmado que “la mencionada sentencia constituye un hito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales en la relación laboral, al exigir por primera vez, de forma clara y manifiesta, el principio de necesidad (indispensabilidad) como límite a las decisiones empresariales”⁴⁰⁵.

En el mismo sentido, se ha señalado que “ésta es la primera vez que el TC realiza el juicio de indispensabilidad respecto de la limitación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Y es precisamente este juicio de indispensabilidad o necesidad el que no ha sido efectuado en este caso concreto por los tribunales de la jurisdicción laboral, vulnerando así el derecho fundamental en cuestión”⁴⁰⁶.

En donde sí parece existir acuerdo en que se trata de la aplicación estricta del juicio de idoneidad por parte del Tribunal Constitucional para considerar desproporcionada la conducta empresarial, es en el caso del futbolista de la STC 6/1995. Se trataba de conocer y resolver si la sanción disciplinaria, consistente en una multa en dinero impuesta a un futbolista por sus declaraciones públicas, lesionaba el ejercicio de la libertad de expresión.

En dicho caso, el Tribunal Constitucional tras tener en cuenta el tono «claramente neutro» de las declaraciones del jugador «*con independencia de algún término malsonante que, sin embargo, no añadía lesividad adicional a aquéllas*», concluye que «*con este alcance no era posible apreciar que comprometiesen ningún interés del empresario, legítimo y acreditadamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad productiva y, por ende, que hubieran causado el daño específico que se requiere en nuestra jurisprudencia para entender excedidos los límites del razonable ejercicio de la libertad de expresión*» (F.J 3).

Como se ha señalado en la doctrina, respecto de este caso “de los términos empleados por el Tribunal Constitucional resulta dudosa la existencia de un *interés empresarial* (juicio de

⁴⁰⁵ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 496

⁴⁰⁶ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”. Op. Cit., p 307.

adecuación)”⁴⁰⁷. Por consiguiente, “la máxima de proporcionalidad se vería mutilada en lo que se refiere a su elemento “idoneidad”, toda vez que la medida no se dirigía a satisfacer el interés empresarial, que no fue desacreditado por el comportamiento del trabajador”⁴⁰⁸.

Lo anterior, aunque se critique luego, que el Tribunal Constitucional no detenga ahí el análisis de los juicios que contempla el principio de proporcionalidad, sino que “los efectúa todos para llegar a la conclusión de que no se verifica positivamente ninguno”⁴⁰⁹.

1.1.2. - Juicio de idoneidad en materia laboral y el problema de la intensidad

A pesar de lo profuso de las citas doctrinales en materia laboral al denominado juicio de adecuación o de idoneidad, no ha existido mayor análisis de uno de los problemas más relevantes de su aplicación en materia laboral.

Nos referimos al problema del “*quántum*” de la idoneidad, esto es, a intentar resolver la pregunta de cuánto debe servir la medida para el fin perseguido. Este es un problema central de la idoneidad y la respuesta que se dé a esta pregunta determinará la intensidad con que debe evaluarse la medida empresarial objeto del enjuiciamiento de proporcionalidad.

Por un lado, se encuentra la tesis débil de la idoneidad. Se exige, en este punto, que la medida objeto del juicio de idoneidad “sirva” para cumplir el fin perseguido y, en ese sentido, que ella ayude o contribuya al logro del objetivo inmediato aunque no asegure efectivamente su consecución. Y que ayude o contribuya a su realización, significa, nada más, que facilite su realización de algún modo.

La tesis fuerte, en cambio, supone que la medida o la conducta que se enjuicia sea capaz de lograr efectivamente el fin inmediato perseguido. Así, una medida o conducta “deberá ser

⁴⁰⁷ PARDO FALCON, F. *Ibíd*em, p 308.

⁴⁰⁸ TERRADILLOS, E. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo. *Op. cit.*, p 82.

⁴⁰⁹ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”. *Op. Cit.*, p 309.

considerada idónea sólo si es aquella que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin, y aquella que más lo realiza”⁴¹⁰.

En consecuencia, la voz “asegurar” entronca con la tesis fuerte ; en tanto la voz “contribuir” se relaciona con la tesis débil.

Cabe preguntarse ¿cuál ha sido la tesis del Tribunal Constitucional?

No hay acuerdo en la doctrina constitucional sobre el punto. Así, para BERNAL PULIDO “el Tribunal Constitucional parece inclinarse por una versión tendencialmente fuerte del subprincipio de idoneidad, sobre todo en cuanto se refiere a la variable de la mayor o menor realización del fin”. Eso es así, agrega, “en las SSTC 207/1996, FJ.4 y 200/1997, FJ 4, sostuvo que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser “idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella. Aún con mayor énfasis, y ya no sólo desde la perspectiva de la realización del fin, sino también desde el punto de vista de la probabilidad, en las SSTC 122/2000, FJ 3 y 265/2000, FJ8, el Tribunal identificó la idoneidad de las intervenciones en los derechos fundamentales con su capacidad para “asegurar” la obtención del objetivo propuesto”⁴¹¹.

En el mismo sentido, parece apuntar la doctrina laboral que señala que “es así como el Tribunal Constitucional se ha inclinado por un sentido fuerte del subprincipio de idoneidad o adecuación. Así las SSTC 66/1995, de 23 de Mayo, FJ 5, y 186/2000, de 10 de Julio, FJ 6, establecen que el objetivo del análisis de la idoneidad consiste en indagar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto”⁴¹².

En cambio, para GONZÁLEZ BEILFUSS “como se desprende de la jurisprudencia constitucional y, más concretamente, de la negativa del Tribunal a realizar juicios técnicos o de oportunidad en relación con la medida objeto de control, el requisito de la idoneidad se

⁴¹⁰ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit, p 719.

⁴¹¹ BERNAL PULIDO, C. Idem.

⁴¹² GARCIA PERROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación entre derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 259.

da siempre que dicha medida contribuya a acercar la consecución de la finalidad perseguida”.

De ahí, agrega, que “la absoluta idoneidad de una medida constituye un hecho poco probable en la práctica y que implica una vulneración del mandato de interdicción de la arbitrariedad, ya que impide cualquier explicación racional de la misma. Prueba de ello es que, hasta ahora, el Tribunal no ha considerado incumplido dicho requisito en ningún caso”⁴¹³.

Ahora bien, más relevante que saber cuál ha sido la tesis que efectivamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, es la pregunta acerca de cuál debería ser el modo en que tiene que entenderse el juicio de idoneidad.

Y en este punto tampoco existe acuerdo.

Para algunos, como MEDINA GUERRERO, el Tribunal Constitucional debería inclinarse por la tesis fuerte al sostener que “la restricción que sufre el derecho resulte apropiada, esto es, realmente útil para lograr el fin que justifique el límite del derecho”⁴¹⁴.

Para otros, la tesis acogida debería ser la débil, señalando que “con carácter general cabe destacar, en este sentido, que la adecuación de una medida para alcanzar una determinada finalidad no ha de ser absoluta. Como ha señalado el Tribunal en reiteradas ocasiones, el requisito de idoneidad no implica un juicio de perfectibilidad en el sentido que sea exigible que el medio utilizado sea el óptimo para conseguir el fin perseguido. Es más en el caso del legislador, la idoneidad de una medida puede darse si ésta se limita a acercar la consecución de dicha finalidad o, en algunos casos, no la obstaculiza”⁴¹⁵.

⁴¹³ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., p. 71.

⁴¹⁴ MEDINA GUERRERO, M. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p 120.

⁴¹⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., p 126.

En el mismo sentido, se sostiene que “el principal efecto es que, a excepción de las medidas legislativas que no contribuyen de ningún modo a la realización de la finalidad legítima perseguida por el Legislador, todas las demás deberán considerarse idóneas y deberán someterse a la aplicación sucesiva de los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto”. Y agrega que “defendemos la idea, contraria a la línea jurisprudencia l predominante, pero acorde con la opinión doctrinal mayoritaria, según la cual, el subprincipio de idoneidad debe entenderse en sentido débil –para ser exactos de la manera más débil posible-”⁴¹⁶.

Como es fácil advertir, quienes sostienen la tesis débil de la idoneidad están haciendo referencia a las medidas adoptadas por el legislador para lograr un interés constitucionalmente protegido.

Y ello es muy relevante. Ya que en este caso, se sostiene que existen potentes razones democráticas para afirmar que la idoneidad requerida al legislador de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, corresponde a una exigencia de intensidad moderada o débil, entendida como juicio negativo acerca de que la medida no sirve en absoluto para lograr el fin perseguido.

Ahora, la pregunta central en este punto es ¿cuál debería ser la tesis sobre la idoneidad en el ámbito de las relaciones de trabajo? Dicho de otro modo ¿bajo qué estándar debería medirse la adecuación o idoneidad de la medida del empresario que afecta un derecho fundamental del trabajador?

No existen opiniones en la doctrina laboral sobre el punto. A nuestro juicio, en el Derecho del Trabajo debería sostenerse la tesis fuerte, ya que el agente no es el legislador ni opera en su favor el principio de distribución de competencias constitucionales. Se trata de un particular –el empresario- que no tiene ningún ámbito formal de competencia y que no intenta lograr un objetivo público vinculado a la democracia.

⁴¹⁶ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 720.

En ese sentido, no corresponde en absoluto equiparar aquí, como la tesis débil supondría, al empresario con el legislador.

1.2.- El juicio de necesidad en materia laboral

El criterio de la necesidad, como ya explicamos, dice relación con que la medida que restringe un derecho fundamental no “puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor”⁴¹⁷.

Como señala el Tribunal Constitucional, las limitaciones a los derechos fundamentales del trabajador *“tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas para el derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más incisivas”* (STC 98/2000, F. J 7).

En el ámbito laboral ha sido descrito del siguiente modo: “el órgano judicial habrá de constatar si la constrictión al derecho fundamental es estrictamente indispensable o imprescindible para salvaguardar la facultad que ha legitimado su adopción. Por consiguiente, el saldo del juicio de indispensabilidad resultará negativo cuando la decisión empresarial sea la alternativa más gravosa entre las posibles”⁴¹⁸.

¿Equivale el juicio de necesidad al denominado principio de indispensabilidad?⁴¹⁹

⁴¹⁷ BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 130.

⁴¹⁸ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 100.

⁴¹⁹ Aunque en un inicio se distinguió entre principio de proporcionalidad y el denominado “principio de necesidad estricta”, en tanto se perfiló conceptualmente el primero en torno al denominado “test alemán” (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), se fue considerando que el segundo no era más que una etapa o test dentro de la proporcionalidad en sentido amplio. De ahí que se declare que “a veces se habla al respecto de un “principio de indispensabilidad o de estricta necesidad de la limitación”. De hecho, no es más que uno de los tests del principio de proporcionalidad, que estudiaremos a continuación. Por lo tanto, mejor olvidarse, por superfluo, de este llamado principio de estricta necesidad”. ROIG, A. “El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales”, en AAVV El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p 45.

La doctrina así parece sostenerlo y utiliza las expresiones “necesidad” e “indispensabilidad” como sinónimos: “la necesidad de la medida limitadora implica la exigencia de acreditar que la medida restrictiva propuesta es indispensable para la consecución de la finalidad”⁴²⁰.

Y se agrega, “el canon adoptado por el Tribunal constitucional en dichas sentencias se identifica con la imprescindibilidad, y supone que las medidas de vigilancia empresarial sólo serán legítimas en los casos que resulten indispensables”⁴²¹.

Ahora, esta equivalencia entre “necesidad” e “indispensabilidad” debe ser explicada. En rigor, lo imprescindible tiene que ser referirse a la relación existente medida restrictiva y el fin inmediato. No en cuanto al fin inmediato y el interés constitucional que se busca proteger. Dicho de otro modo, lo indispensable debe presentarse respecto de la medida y no respecto de la finalidad perseguida por el empresario. Ello, si por indispensable se entiende que dicha finalidad no pueda ser prescindida por el empresario para garantizar su derecho fundamental⁴²².

En ese sentido, es correcto afirmar que la medida empresarial es necesaria “por no existir otra que, consiguiendo los mismo objetivos, es decir, siendo igual de eficaz, sea menos gravosa para el derecho fundamental que se ha de limitar”⁴²³.

La estructura del juicio de necesidad supone, en rigor, la concurrencia de tres elementos fundamentales: a.) la existencia de medidas alternativas a aquella que es objeto del juicio de ponderación; b.) la constatación de que existe una de dichas medidas que es igual o más

⁴²⁰ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit, p 488.

⁴²¹ GOÑI, JL. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Op. Cit., p 83.

⁴²² El empresario podría, en resguardo de su propiedad, disponer la instalación de un sistema de cámaras de vigilancia en el área de atención al público. Al poder operar igualmente sin ella, la medida no es indispensable. De ahí que no existe necesidad del fin inmediato perseguido por la medida. Pero quiere lograr un plus de seguridad. Esa falta de indispensabilidad no la hace indefectiblemente innecesaria: , pues, no existe otro medio más eficaz y menos restrictivo para lograr esa finalidad, la que , no siendo imprescindible, forma parte de un fin legítimo constitucionalmente: el resguardo de la propiedad. En ese caso, lo indispensable se aprecia entre la medida restrictiva y el fin inmediato. No existe otro medio igualmente eficaz y menos restrictivo para el logro de estado valioso de cosas que persigue el empleador (fin inmediato).

⁴²³ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit, p 488.

eficaz para lograr el fin inmediato perseguido por el empresario y; c.) que dicha medida restrinja de menor medida el derecho fundamental del trabajador.

De este modo, el juicio de necesidad señala que si la medida empresarial propuesta tiene medidas alternativas que cumplen con la condición de ser –al menos- igualmente eficaz para el logro de ese fin, y al mismo tiempo restringe en menor medida o no restringe en nada el derecho fundamental del trabajador, entonces, la medida empresarial es innecesaria y desproporcionada.

Revisemos la operación del juicio de necesidad en la determinación de los tres elementos que lo componen:

En primer lugar, es necesario determinar la existencia de medidas empresariales alternativas de aquella que es objeto del enjuiciamiento constitucional de proporcionalidad.

Como la imaginación de opciones puede ser inagotable surge la duda: ¿cómo se determina la existencia de medios alternativos?

La respuesta supone determinar “de acuerdo a los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales, existentes en el momento”⁴²⁴ de adopción de la medida restrictiva, los medios alternativos que podrían haber logrado el mismo fin inmediato perseguido por el empresario.

Por ello, se dice que no se considera la existencia de medios alternativos en “términos absolutos”, y por ello se descartan “alternativas menos gravosas, pero que no se conozcan, o existan dudas por falta de conocimiento suficiente acerca de sus auténticos efectos, o que conlleven considerables dificultades técnicas para su consecución”. Y en el mismo sentido, tampoco deben considerarse aquellas alternativas menos lesivas “cuando su aplicación

⁴²⁴ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Op. Cit., p 736.

conllevaría unos costes exorbitantes” que pudieran poner en peligro el desempeño del Estado o de la empresa según se trate⁴²⁵.

¿Qué ocurre si no existen medidas alternativas para el logro de la finalidad empresarial?

De no existir medidas alternativas a la que es objeto del enjuiciamiento de proporcionalidad, entonces sencillamente no puede aplicarse el criterio de necesidad. Ello porque “el análisis de necesidad es una comparación entre medios, a diferencia del examen de idoneidad, en el que se observa la relación entre el medio legislativo y su finalidad”⁴²⁶.

En un caso de afectación de derechos fundamentales del trabajador donde no existen medidas alternativas, simplemente debe obviarse el segundo juicio de proporcionalidad –el de necesidad-, aplicándose el principio de proporcionalidad en una versión reducida de dos pasos: idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque es difícil imaginar un caso en donde no sea razonable pensar un medio alternativo de acuerdo con el conocimiento disponible, una posibilidad cierta son aquellas hipótesis en que la restricción viene impuesta por especiales razones técnicas y/o científicas, que hacen imposible –por limitaciones de conocimiento- pensar en alternativas idóneas: la exigencia del empresario de utilizar cascos en la construcción de un edificio es una medida restrictiva de la libertad de apariencia que, hasta donde hoy sabemos, no tiene medios alternativos para garantizar la seguridad de esa determinada zona corporal del trabajador⁴²⁷.

1.3.- Juicio de necesidad e intensidad de la eficacia de las medidas alternativas

Una vez supuesta la existencia de medidas alternativas, el juicio de necesidad exige la realización de un doble control: por una parte, sobre su idoneidad para el logro del fin

⁴²⁵ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p 243.

⁴²⁶ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., p 736.

⁴²⁷ Como explica GIL Y GIL “el empresario, responsable de la salud y seguridad en la empresa, tiene la obligación de poner en práctica las disposiciones de prevención, a las que no pueden sustraerse los trabajadores, si se hallan justificadas y resultan proporcionadas. La restricción a la libertad de vestirse se halla justificada, y es a priori proporcionada si el uso se limita al período de trabajo, habida cuenta que sirve para proteger el derecho a la vida y la salud. Así, incurre en un incumplimiento el trabajador de la construcción que se niega a usar casco o unas botas de seguridad en la obra”. GIL Y GIL, JL. “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, Op. Cit., 116.

empresarial perseguido, y, por otro, el grado de afectación que producen en el derecho fundamental del trabajador.

El primer control dice relación con la idoneidad de las medidas alternativas: es necesario determinar si ellas logran con igual o mejor eficacia el fin inmediato perseguido por el empresario.

¿Qué significa que una medida alternativa sea igual o más eficaz que la medida enjuiciada?

Se trata de un análisis hipotético –“de la idoneidad de medidas que no han sido llevadas a la práctica”⁴²⁸- y que “no requiere que los alternativos sean los óptimos entre los posibles. Se trata de una versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija, que se exige como mínimo”⁴²⁹.

Así, si el empresario ha decidido instalar un sistema de control permanente de audio en los puestos de trabajo para mejorar la seguridad de sus activos e instalaciones y esa medida afecta la privacidad de los trabajadores, cabe determinar –para efectuar el test de necesidad- si las medidas alternativas existentes son igualmente idóneas para lograr el mismo resultado: la cautela de los activos del empleador ⁴³⁰.

Como resultado de “la aplicación de la regla, puede comprobarse que el medio alternativo en comparación con lo establecido no es igualitariamente idóneo, es igualmente adecuado o más adecuado”⁴³¹.

⁴²⁸ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 738.

⁴²⁹ CLERICO, L. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p 173.

⁴³⁰ Una fuerte crítica a la aplicación del control de necesidad de las medidas empresariales por los jueces, es la realizada por RIVERO: “Sucede, además, que el enjuiciamiento particular sobre si una medida empresarial restrictiva de un derecho fundamental es imprescindible o no para la gestión de una empresa, de una asociación..etc., supone objetivar conductas en un terreno en el que juegan variables de muy distinta naturaleza, lo que excede del alcance del control que puede realizar el Tribunal Constitucional (STC 161/1997, Fj 11° y 12°). Ciertamente, éste no puede atribuirse –como lo ha reconocido- papeles de legislador o de empresario “imaginarios”, que no le corresponde, y en los que se verá “abocado a realizar consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son constitucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido” (STC 161/1997, Fj 11°)”. RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit., p 512.

⁴³¹ CLERICO, P. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o

De este modo, si el resultado es que la medida alternativa es menos adecuada o idónea que la enjuiciada, esto es, no logra con la misma eficacia el fin empresarial inmediato, entonces la medida empresarial es necesaria⁴³². En cambio, si el resultado del análisis es que al menos existe una medida alternativa que sea igualmente adecuada o más adecuada para lograr el fin empresarial perseguido, entonces, corresponde efectuar el segundo control: determinar si, además, es menos restrictiva con el derecho fundamental de que se trate.

En el caso ya señalado, el empresario cuenta con una medida alternativa como es la operación de un sistema de video que logra –al menos- el mismo resultado que el audio: protege las instalaciones y activos del empresario.

En ese sentido, es obvio que la intensidad del control de la eficacia de las medidas alternativas irá en inversa relación con la intensidad de la protección del derecho fundamental del trabajador afectado: así, mientras más exigente sea el criterio de necesidad –en la intensidad de la eficacia de las medidas alternativas - menor será la intensidad en la protección del derecho fundamental del trabajador, en cuanto será más sencillo –o menos exigente- para el empresario sostener que su medida restrictiva es indispensable para el fin empresarial, por no existir medidas alternativas “igual” o “más” eficaces que las suyas.

De ahí que sea especialmente relevante discutir, en este punto, a qué nivel de eficacia deben ajustarse las medidas alternativas para ser objeto del test de necesidad. Como vimos, buena

defecto”, Op. Cit., p 173.

⁴³² ¿Cómo se mide la eficacia del medio alternativo? Para CLERICO la determinación de la eficacia de medidas alternativas (M1/M2) en relación con el fin perseguido implica la revisión de diversos aspectos: “en un aspecto cuantitativo M1 puede fomentar el fin más que M2 (o menos o igual). En un aspecto cualitativo, M1 puede fomentar el fin mejor que M2 (o peor o tan bien como). En un aspecto probabilístico, M1 puede fomentar el fin con alto grado de seguridad (más probable) que M2 (o con un menor grado de probabilidad, o en el mismo grado)”. CLERICO, L. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Op. Cit., p 153. Una perspectiva similar es la de BERNAL PULIDO: “la igual o la mayor intensidad de la idoneidad que pueden revestir los medios alternativos, se debe evaluar desde la perspectiva de la eficacia –que el medio alternativo sea tan o más eficaz que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato-; desde la perspectiva temporal –que el medio alternativo sea tan o más expedito que la medida legislativa-; desde la perspectiva de la realización del fin –que el medio alternativo contribuya para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin-; y desde el punto de vista de la probabilidad –que el medio alternativo contribuya con tanta o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato-”. BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., p 739

parte de la doctrina exige que la o las medidas empresariales alternativas deben ser “igualmente idóneas” o “más idóneas” que la que es objeto del enjuiciamiento.

El efecto de esa exigencia fuerte en la idoneidad de las medidas alternativas en materia laboral es significativo: las medidas empresariales restrictivas de derechos fundamentales tienen más posibilidades de ser consideradas necesarias, en tanto menos sean las medidas alternativas que cumplan con este criterio.

¿Es necesaria una medida empresarial de instalación de micrófonos en los puestos de trabajo, si el sistema de video, que podría ser considerado una medida alternativa, logra el fin empresarial de manera menos eficaz?

Si se adopta el criterio fuerte de idoneidad para las medidas alternativas, entonces la instalación de micrófonos por parte del empresario es necesaria y hasta este nivel, proporcionada.

El punto es que la exigencia fuerte de la eficacia de las medidas alternativas en el juicio de necesidad –y que aumenta la posibilidad de que la medida restrictiva sea considerada necesaria- tiene una particular justificación que, como veremos, se encuentra ausente en el ámbito del contrato de trabajo: “la exigencia de que la intensidad del medio alternativo sea equivalente o mayor en todas estas perspectivas no es fortuita, sino que se deriva del respeto a la competencia legislativa de configuración, que en principio habilita al Parlamento para adoptar el medio que considere más oportuno para alcanzar sus objetivos”⁴³³.

Lo anterior porque “se ha reconocido que, en principio, la Constitución le dispensa al legislador democráticamente un margen de apreciación bastante extenso para seleccionar los medios de las medidas legislativas, así como los fines perseguidos en tanto no estén expresamente prohibidos por la Constitución”⁴³⁴.

⁴³³ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 738.

⁴³⁴ CLERICO, L. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Op. Cit., p 166.

Lo importante del punto es que la aplicación de esa exigencia fuerte de eficacia de las medidas alternativas podría tener un grave efecto en los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que debería, en general, aceptarse la “no existencia” de medidas alternativas por no tener la misma o mejor eficacia para lograr el fin inmediato perseguido.

Se pierde, por así decirlo, la potencia limitativa del juicio de necesidad para el control de las medidas empresariales, atendido la no poca dificultad que en muchos casos supondrá la exigencia fuerte de que existen medidas mejores para el logro del fin empresarial perseguido.

La doctrina laboral ha destacado expresamente esta cuestión, en relación con una típica medida restrictiva de los derechos fundamentales del trabajador, como es la instalación de cámaras de video: “hay algún otro rasgo del juicio de necesidad que aparece descrito con cierta imprecisión y que puede favorecer de modo significativo el recurso indiscriminado a esta modalidad de control, bien que no esté en la esencia del requisito. Es la referencia a “igual eficacia”; esto es, que el único parámetro para verificar el carácter necesario o indispensable de la instalación de cámaras de video sea la eficacia, de tal manera que, sino no hay otra medida alternativa al menos de igual eficacia, queda validada inicialmente la instalación de la video cámara. Esto puede conducir también a una legitimación ilimitada, ya que valorado en términos de potencialidad o de poder, las cámaras de vídeo son mucho más eficaces que los métodos tradicionales humanos y que los mecanismos de control. Es difícil encontrar un medio técnico alternativo más eficaz”⁴³⁵.

¿Es posible sostener otro estándar de exigencia para la eficacia de las medidas alternativas?

La otra posibilidad es sostener un criterio débil: la o las medidas alternativas deben servir “en algo” – contribuir y no asegurar- el fin empresarial perseguido, aun cuando no lo hagan

⁴³⁵ GOÑI, J. L. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Thomson Civitas, 2007, Madrid, p 47.

del mismo modo (“igualmente idónea”) o de mejor modo (“más idónea”) que la medida empresarial enjuiciada.

Así, la instalación de un sistema de cámaras de video con micrófonos tiene una medida alternativa menos eficaz como es la instalación de un sistema de video sin dicha grabación de audio, pero que puede ser considerada para el juicio de necesidad: es menos agresiva con el derecho fundamental del trabajador que aquella. Entonces, la medida empresarial – de instalación de sistema de video con audio - es innecesaria y, por tanto, desproporcionada.

Ésta parece ser la tesis defendida por parte de la doctrina laboral que señala que “para atribuir algún efecto limitativo a este requisito habrá que poner el acento en otro rasgo menos excluyente, cual podría ser la viabilidad, esto es, admitir el recurso sólo si existe otra alternativa viable para alcanzar el objetivo perseguido. No hay porqué dar legitimidad a un mecanismo de control sólo porque sea más eficaz, si existe la posibilidad de que pueda alcanzarse tal objetivo por otras vías alternativas”⁴³⁶.

En consecuencia “habrá de constatar si la restricción al derecho fundamental es estrictamente indispensable o imprescindible para salvaguardar la facultad que ha legitimado su adopción. Por consiguiente, el saldo del juicio de indispensabilidad resultará negativo cuando la decisión empresarial sea la alternativa más gravosa de entre las posibles”⁴³⁷.

En el mismo sentido, se señala que “una vez determinada preliminarmente la presencia de un interés relevante, debe comprobarse si la medida de recogida u obtención de información del trabajador resulta necesaria por no haber otra alternativa menos restrictiva de los derechos fundamentales, para satisfacer el legítimo interés empresarial. Es, en definitiva, un juicio sobre la selección de la medida de vigilancia aplicable y supone que

⁴³⁶ GOÑI, J.L. Idem.

⁴³⁷ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (I)”, Op. Cit., p 101.

debe adoptarse aquel método de supervisión o indagación que implique una menor intromisión en la vida privada de los trabajadores”⁴³⁸.

Y en la misma perspectiva –enjuiciando la necesidad de los registros personales del trabajador- se señala que “de lo expuesto podemos concluir que el registro debe ser la última medida posible a poner en ejercicio”, existiendo “otras muchas medidas preventivas de control a las que puede recurrir el empleador haciendo innecesario la utilización de los registros. Estamos haciendo referencia a medidas como son el impedir la introducción en la empresa de bolsos/as, mochilas o elementos similares siempre y cuando no sea de imprescindible utilización en el interior de la empresa; establecer la obligación de depositar éstos en los lugares señalados a tal fin”⁴³⁹.

Como es fácil de advertir, en esta posición nada se dice en apoyo que la medida alternativa sea igualmente eficaz que la enjuiciada para el logro del fin empresarial, sólo se exige que ella sea menos restrictiva para el derecho fundamental de que se trata.

De ahí que se enuncie de modo positivo la regla y se concluya que “la restricción del empresario sólo logrará superar el test de imprescindibilidad si la medida adoptada comporta, para la esfera de la libertad protegida, el menor sacrificio”⁴⁴⁰.

Parece ser ésta, a nuestro juicio, la tesis del Tribunal Constitucional en el caso ya antes citado del “despiezador de jamones” (STC 99/1994). En la sentencia se afirma con rotundidad:

“Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados en forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquél

⁴³⁸ GOÑI, JL. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Op. Cit., p 93.

⁴³⁹ DE VICENT PACHES, F. Op. Cit., p 251.

⁴⁴⁰ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (I)”, Op. Cit., p 101.

efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe otro medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y de la organización en que se integra” (F.J. 7)

Como es fácil advertir, la jurisprudencia constitucional rechaza la medida empresarial por innecesaria, sobre la base de la necesidad de acreditar que “no es posible alcanzar de otra forma el legítimo objetivo” empresarial, por no existir otro medio razonable.

El Tribunal Constitucional reprocha a la medida el no ser la única que logra el objetivo empresarial, ya que existirían otras –que el Tribunal no señala ya que correspondería al empresario la carga de la argumentación- que podrían servir razonablemente al mismo objetivo. Y no se exige que dichas medidas alternativas, que existen pero que no se intentaron, sean iguales o más eficaces para el objetivo empresarial –publicidad de los productos cárnicos-, que la que fue objeto del enjuiciamiento –la filmación del trabajador en una demostración de corte de jamón -.

Lleva razón, a nuestro juicio, esta jurisprudencia constitucional: es posible imaginar razonablemente muchos otros medios para lograr el mismo objetivo o fin inmediato empresarial –promoción comercial-: una publicidad sin la presencia de trabajadores, una muestra de degustación en la feria respectiva, etc.

Lo relevante es que todas ellas sirven –o son idóneas en sentido débil- al objetivo empresarial perseguido y parecen menos gravosas para el derecho a la imagen del trabajador. Por ello, la medida empresarial es innecesaria. No se exige – siquiera se lo cuestiona el Tribunal Constitucional- si ellas son, al menos, igualmente eficaces para lograr ese objetivo empresarial.

En fin, a nuestro juicio, esta tesis expresa correctamente la singularidad del conflicto de derechos fundamentales entre particulares en el contrato de trabajo: el margen de acción – “la competencia legislativa de apreciación”- que se le reconoce al legislador en su calidad de órgano institucional democrático, y que justifica la idea del examen exigente de la

eficacia de las medidas alternativas a la legislativa propuesta – igual o mejor para el fin perseguido- no existe en materia laboral. Y ello porque no se está en un conflicto entre un órgano público representante de la soberanía democrática y un particular, sino ante un conflicto entre particulares⁴⁴¹.

El empresario no tiene ese margen de acción cuando restringe derechos fundamentales del trabajador: la medida es innecesaria cuando exista una alternativa que sirva al objetivo empresarial, ya sea lo haga en mayor, en igual o en menor medida que la enjuiciada. Basta que la alternativa sea idónea en el sentido débil aquí ya explicado.

Por ello, se afirma con acierto en la aplicación del juicio de necesidad que “la misma prueba puede ser exigible también en los casos de vigilancia informática, pues si existe una solución que implique una intrusión menor en la vida privada de los trabajadores y que permita lograr el objetivo perseguido, el empleador debería considerar su aplicación. Ni la monitorización, ni la apertura del correo electrónico o de los ficheros del trabajador se justifican, pues, cuando hay otra forma de evidenciar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones contractuales o cuando puede recurrirse a herramientas técnicas para limitar el uso inapropiado del correo personal o de Internet”⁴⁴².

⁴⁴¹ La relación entre un control de necesidad intenso, en cuanto a la eficacia de las medidas alternativas y el carácter de órgano político democrático del legislador, ha sido claramente trazada por el Tribunal Constitucional (STC 55/1996): “No cuestionada la idoneidad de la medida, y no existiendo en efecto elementos para dudar de ella en este caso, debemos analizar la necesidad de la misma. Que la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5.) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981, 332/1994). En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1.; 19/1988, fundamento jurídico 8.; 50/1995, fundamento jurídico 7.), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento” (F.J 8).

⁴⁴² GOÑI, JL. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Op. Cit., p 94.

Por último, cabe referirse al segundo control sobre las medidas alternativas: el referido al grado de afectación que ellas tienen en el derecho fundamental del trabajador en comparación con la medida empresarial enjuiciada. En ese sentido, “el medio alternativo debe implicar una menor restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico”⁴⁴³.

Si la medida alternativa idónea para conseguir el fin empresarial es menos lesiva – o más benigna- con el derecho fundamental del trabajador, entonces la medida empresarial enjuiciada no supera el test de necesidad y debe ser considerada desproporcionada. Si, en cambio, la medida alternativa es idónea pero afecta en mayor medida el derecho fundamental del trabajador, entonces la medida enjuiciada supera el control y debe ser considerada necesaria y proporcionada.

Cabe la pregunta ¿cuándo una medida alternativa afecta en menor medida el derecho fundamental del trabajador?

Una medida empresarial alternativa afecta en menor grado el derecho fundamental del trabajador cuando, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, conduce a un estado de cosas en que la realización de las posiciones y bienes protegidos por el derecho se ve aumentada.

Respecto de cómo se realiza la determinación del grado de afectación de un derecho fundamental del trabajador por parte de una medida empresarial – y de sus alternativas para efectos del juicio de necesidad- lo veremos a continuación a propósito del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En suma, si la medida empresarial es idónea – en cuanto contribuye significativamente a lograr el fin inmediato perseguido por el empresario -, y además es necesaria – en cuanto

⁴⁴³ CLERICO, L. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Op. Cit., p 143.

no existe una medida alternativa menos lesiva para lograr esa finalidad empresarial- será menester, finalmente, determinar su proporcionalidad en sentido estricto.

1.4.- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto en materia laboral

El último componente del principio de proporcionalidad es el denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este criterio “exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican”⁴⁴⁴.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la medida restrictiva de un derecho fundamental es proporcionada en este sentido *“por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto”* (STC 66/1995).

En la doctrina laboral se le ha explicado como la exigencia “de que haya un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen por la protección del derecho, valor o fin que motiva la limitación del derecho fundamental y los perjuicios que derivan para el derecho que se ha visto limitado”⁴⁴⁵.

El contenido del juicio de proporcionalidad gira en torno a la denominada “ley de ponderación”: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁴⁶.

El núcleo de la ponderación en sentido estricto es la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en nuestro caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en nuestro caso del empresario.

⁴⁴⁴ BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 131.

⁴⁴⁵ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 489.

⁴⁴⁶ ALEXYS, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p. 71

La finalidad de esa comparación es el establecimiento de la relación de “precedencia condicionada”: de precedencia porque un derecho desplaza la satisfacción del otro derecho, y condicionada porque sólo vale para esa colisión, en esas circunstancias en concreto. En ese sentido, esta asignación de peso o importancia de los derechos colisionados corresponde a una relación de precedencia condicionada o de jerarquía móvil, que se construye desde el caso concreto, y no tiene el carácter de absoluta o fija, porque nada impide que en otras situaciones se revierta la atribución de pesos utilizada, y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado .

De este modo, la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto supone tres fases consecutivas:

“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”⁴⁴⁷.

La ponderación supondrá, entonces, avanzar el siguiente recorrido argumentativo: primero, el grado de afectación de la intervención o restricción provocada por la medida empresarial en el derecho fundamental del trabajador; segundo, el grado de importancia para la satisfacción del interés iusfundamental del empresario de la medida en cuestión; y tercero, la comparación de ambas intensidades o grados para determinar que derecho fundamental de la colisión entre trabajador y empresario debe prevalecer transitoriamente.

El grado de afectación e importancia de ambos principios constitucionales que establecen derechos fundamentales se valoran sobre la base de “uno de los modos más conocidos de funcionamiento racional del pensamiento humano” como es “la comparación entre magnitudes con fundamento en la escala triádica: leve, intermedio e intenso”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ ALEXY, R. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 66, 2002, p 32.

⁴⁴⁸ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 787. El

De esta manera “las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves”⁴⁴⁹.

1.4.1.- Grado de afectación de un derecho fundamental del trabajador

Primeramente, hay que señalar que la intervención en el derecho fundamental del trabajador es negativa si la medida empresarial “conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida”, en relación con el estado de cosas que existía antes de la conducta empresarial ⁴⁵⁰.

El grado de afectación que produce en un derecho una intervención empresarial dice relación con dos variables: una fáctica y otra normativa. La primera alude a l contenido de la medida restrictiva del derecho fundamental y la segunda, se vincula con la importancia que la posición afectada por esa medida tiene dentro del ámbito protegido del derecho fundamental.

Para establecer cuánto agrede a un derecho fundamental una determinada conducta, es necesario evaluar estas dos dimensiones de la cuestión: por un lado, el grado de intensidad de la restricción que en los hechos soporta la posición resguardada por el derecho, y por otro, qué importancia normativa tiene la posición afectada.

debate acerca de la escala triádica en la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto propuesto por ALEXY es significativo: en su crítica está, por una parte, la falta de criterios generales para efectuar esa graduación y, por otra, el argumento de la incomensurabilidad de los derechos en conflicto –no existe una medida común para efectuar esa comparación entre intensidades -. DE LORA, P. “Tras el rastro de la ponderación”, Revista Española de Derecho Constitucional, N °60, 2000, p 363 y ss. MORESO, J. “Alexy y la aritmética de la ponderación” , Op. Cit. , p 87 y ss. En su defensa, el hecho de que existen muchos casos claros en donde la comparación es en cierto modo evidente, y en los casos difíciles, el hecho de que lo que se compara no es la afectación a un derecho fundamental y la satisfacción del derecho fundamental opuesto, “sino la intensidad entre una y otra variable. Las dos intensidades están formuladas de acuerdo con un mismo rasero: su mayor o menor grado, que está representado por los tres niveles: leve, intermedio e intenso”. BERNAL PULIDO, C. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Op. Cit., p 787.

⁴⁴⁹ MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 84.

⁴⁵⁰ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., p 663.

En primer lugar, es necesario precisar las características fácticas de la restricción que el contenido de la conducta o medida empresarial importa para el derecho fundamental del trabajador. Para ello, el grado de afectación negativa del derecho debe determinarse en relación con la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración que la medida empresarial tiene sobre la posición del trabajador que forma parte de su derecho fundamental⁴⁵¹.

Para efectuar esta determinación de la afectación sobre la base de estas variables, es necesario realizar un análisis fáctico en cuanto a la medida empresarial y su contenido:

En relación con la eficacia, mientras mayor sea la capacidad de interferencia en la posición protegida por el derecho fundamental del trabajador, mayor será el grado de restricción del derecho en cuestión. En ese sentido, la medida empresarial de conocer el contenido de los correos electrónicos del trabajador es más eficaz para afectar la confidencialidad de las comunicaciones, que el registro que efectúa el empresario de los destinatarios de los correos enviados y recibidos por el trabajador.

En relación con la rapidez, cuanto mayor es la velocidad con que la medida empresarial afecta la posición iusfundamental del trabajador, mayor es el grado de restricción del derecho en cuestión. De este modo, la decisión del empresario de instalar un sistema de control y grabación de las conversaciones telefónicas es una intervención más intensa del derecho fundamental del trabajador al secreto de las comunicaciones, que el control de las llamadas efectuadas mediante “la utilización de facturas telefónicas por su titular”⁴⁵².

En relación con la probabilidad, en tanto mayores sean las posibilidades de que la medida empresarial real y efectiva afecte la posición protegida del trabajador, mayor es el grado de afectación de su derecho fundamental. En ese plano, por ejemplo, la implementación de un sistema de control y grabación permanente de las conversaciones telefónicas de los trabajadores aumenta las posibilidades de la afectación del derecho fundamental, en

⁴⁵¹ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., pp 773 y ss.

⁴⁵² ROQUETA, R. “Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa”, Op. Cit., p 78.

comparación con la utilización de “un sistema automático de selección de trabajadores, como es el que escoge, mediante presión de un pulsante electrónico, a saltos y sin determinación previa, a algunos trabajadores”⁴⁵³.

En relación con el alcance, mientras mayores sean las posiciones e intereses protegidos por el derecho fundamental del trabajador que se ven aquejados por la medida empresarial, mayor será el grado de afectación del derecho en cuestión. De este modo, la revisión de las taquillas del trabajador supone una afectación menor que la revisión personal, en cuanto la primera restringe sólo la privacidad referida a los objetos del trabajador, mientras que la segunda añade al control su corporalidad e individualidad física⁴⁵⁴.

En relación con la duración, cuanto más prolongada sea la medida empresarial que afecta la posición protegida del trabajador, mayor será el grado de afectación de la esfera resguardada por el derecho fundamental de que se trate. En ese sentido, el control de la prestación de servicios por parte de la empresa por vía de llamadas al móvil del trabajador, es menos intenso que el “control de movimientos mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa utilizado por el trabajador en sus desplazamientos”⁴⁵⁵. En la misma línea, la medida empresarial de un “test de honestidad” –impregnación de tinte invisible en un billete previamente introducido en un monedero dejado en los vestuarios - agrede levemente el derecho a la privacidad de la trabajadora “en cuanto el examen de manos de la actora tuvo una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar si las tenía manchadas con el referido tinte”⁴⁵⁶.

En segundo lugar, es necesario determinar qué importancia tiene la posición afectada por la medida empresarial en el derecho fundamental del trabajador de que se trata. Si la posición afectada es más relevante para el derecho fundamental –porque se encuentra más cerca del

⁴⁵³ ROQUETA, R. *Ibíd.*, p 58.

⁴⁵⁴ GARCÍA NINET, J. “De los registros del trabajador y del respeto máximo de la dignidad e intimidad de este”, en AAVV *El control empresarial en el ámbito laboral*, CISS, Valencia, 2005, p 195.

⁴⁵⁵ TASCÓN, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Op. Cit.*, p 6.

⁴⁵⁶ MERCADER, J. “El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral”, *El Graduado Digital*, N° 58, Madrid, 2009, p 1.

núcleo del derecho- entonces la medida involucrada es más grave o afecta de mayor medida el derecho fundamental del trabajador.

En este punto, se parte de la idea de que las distintas posiciones e intereses que protege un derecho fundamental no tienen la misma importancia y centralidad para el orden jurídico que lo establece. En efecto, en conformidad con la teoría externa o amplia –ya explicada- del contenido de un derecho fundamental, la mayor cantidad posible de posiciones e intereses deben ser comprendidos dentro de su ámbito protegido *prima facie*, pero no todas esas posiciones tienen igual valor normativo⁴⁵⁷.

La centralidad de una determinada posición corresponde a un análisis normativo-dogmático: “sólo la moral política de cada sociedad, reflejada en la dogmática de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales vigentes en la práctica constitucional, puede determinar en cada momento, si una posición o un fin es más o menos significativo –en términos rawlsianos- para la realización de las capacidades de la persona liberal y de la persona democrática y del individuo del Estado social”⁴⁵⁸.

¿Qué criterios ayudan a determinar la centralidad de la posición afectada del derecho fundamental del trabajador por la medida empresarial?

Son criterios, entre otros, para este análisis normativo:

- a) la fundamentalidad que la posición afectada tiene para el derecho respectivo. Mientras más importante o cercana a su núcleo fundamental es la posición o situación afectada por la restricción, más intensa es la afectación o restricción del mismo;
- b.) la parte o porción del derecho fundamental afectado. Mientras mayor sea la parte o contenido del derecho involucrado, mayor es la intensidad de la afectación;

⁴⁵⁷ Como veremos más adelante, la idea de que los derechos fundamentales tienen un núcleo y una periferia corresponde a la denominada “teoría del contenido esencial”. Y como diremos, esta teoría, al menos en su versión absoluta, es incompatible con la proporcionalidad, en cuanto la ponderación no admite la idea de que existan espacios no reductibles o restringibles de los derechos fundamentales. Sin embargo, una idea valiosa que se rescata es precisamente la afirmación de que hay posiciones e intereses más centrales y otros más periféricos para cada derecho fundamental.

⁴⁵⁸ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 764.

c.) la relevancia que tiene la posición afectada para la función del derecho fundamental – el cumplimiento de la función para la que el derecho fundamental fue establecido - y;

d.) la relevancia de la posición afectada para el ejercicio de otras posiciones jurídicas o de otros principios constitucionales asociados a ese derecho fundamental. Mientras más se comprometa el ejercicio de otras posiciones jurídicas o derechos fundamentales, mayor es la intensidad de la afectación.

Así, por ejemplo, la centralidad en el ámbito protegido del derecho al secreto de las comunicaciones de datos como la duración o la identidad del receptor y/o del emisor, es menor que la del contenido de la conversación misma, de ahí que se afirme que “el acceso y registro de esos datos constituye *“una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones”*, el propio Tribunal Constitucional reconoce que *“no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con lo que materializan las escuchas telefónicas, siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad (STC 123/2002)”*⁴⁵⁹.

Es claro que el resguardo del contenido de la conversación del trabajador está en el núcleo del derecho a la privacidad, que su restricción cubre una porción relevante de las posiciones protegidas por ese derecho y que la confidencialidad de las comunicaciones es clave para la función principal del derecho, esto es, dejar a salvo del conocimiento de terceros aspectos importantes de las comunicaciones personales. Todas esas circunstancias, o no están presentes, o se manifiestan en menor medida cuando lo afectado no es el contenido de la conversación, sino que sólo el receptor del mensaje o la duración de la llamada.

Del mismo modo, la intangibilidad del cuerpo es considerada una posición más central o fundamental en el ámbito protegido por la intimidad que los efectos personales o los objetos sobre los cuales el trabajador proyecta su expectativa de privacidad. Por lo mismo, la revisión física del trabajador es considerada una restricción más intensa de la intimidad

⁴⁵⁹ ROQUETA, R. Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa, Op. Cit., p 25.

que el examen de sus taquillas o efectos personales –bolsos o carteras- pues este último “resulta ser el más inocuo y liviano de todos, pues esta suerte de armario individual que se tiene en la empresa para guardar la ropa o efectos personales está, obvia y plenamente independizado del cuerpo del trabajador”⁴⁶⁰. El primero, en cambio, es “el control más agresivo que se puede hacer sobre el trabajador, donde están más en juego los derechos constitucionales de dignidad e intimidad”⁴⁶¹.

En el mismo sentido, el control de la imagen del trabajador es considerado menos central en el ámbito protegido del derecho a la intimidad, que el contenido de sus conversaciones con terceros. Por ello se señala que “la grabación de la voz, por éste y otros motivos, supone una mayor ingerencia en el ámbito de la privacidad del trabajador que la sola filmación de la figura, porque en las conversaciones que mantienen los trabajadores entre sí y con los clientes pueden deslizarse conceptos o afirmaciones que afecten al ámbito de la privacidad particular del trabajador y aún la de los clientes (STSJ de Cataluña, de 25 de Abril de 1994)”⁴⁶².

En fin, siguiendo la misma línea de reflexión de los casos anteriores, no sería difícil sostener que la medida empresarial que persigue conocer la tendencia sexual del trabajador restringe en mayor medida el derecho fundamental del trabajador, que aquella que busca conocer la situación comercial del mismo, ya que la primera posición o interés –la opción sexual- tiene, atendidas las consideraciones normativas jurídicas dominantes, una centralidad mayor dentro del ámbito protegido del derecho fundamental de privacidad, que el estado comercial del trabajador.

1.4.2.- Grado de importancia de la medida empresarial para el derecho fundamental del empresario

⁴⁶⁰ GARCÍA NINET, J. “De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste” en AAVV El control empresarial en el ámbito laboral, Op. Cit., p 195.

⁴⁶¹ GARCÍA NINET, J. *Ibidem*, p 182.

⁴⁶² ARIAS, A Y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. C it., 155.

Es necesario determinar la importancia que la medida restrictiva tiene para el derecho fundamental del empresario. Y ello dice relación con el nivel de satisfacción que el fin inmediato perseguido por la medida supone para este derecho fundamental.

En efecto, cuanto más significativo sea para el derecho fundamental del empresario que se satisfaga el fin inmediato perseguido por la medida, entonces mayor será su importancia en la determinación de su peso concreto para la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Lo anterior, supone una evaluación, al igual que el grado de afectación del derecho fundamental del trabajador, tanto desde la perspectiva fáctica como de la normativa.

En primer lugar, desde la perspectiva fáctica, la intensidad de la importancia de la medida empresarial para la satisfacción del derecho fundamental del empresario, dependerá de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con que contribuya a lograr el fin inmediato de la medida. De este modo, por ejemplo, la decisión empresarial de instalar un sistema de vigilancia de televisión será más importante cuanto mayor sea la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con la que colabora al fin inmediato perseguido - el resguardo del patrimonio de la empresa- en relación con otras medidas aplicables.

En relación con la eficacia, cuanto mayor sea la capacidad de la medida empresarial de lograr el fin inmediato perseguido, mayor será el grado de importancia de la satisfacción del derecho del empresario en cuestión. En ese sentido, la medida empresarial de utilizar un “sistema de lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los operarios” es más eficaz para lograr el fin inmediato buscado –el control de la jornada de trabajo-, que “el tradicional control de firmas”⁴⁶³.

En relación con la rapidez, cuanto con más velocidad logre la medida empresarial el fin inmediato perseguido, mayor es el grado de importancia de la satisfacción del derecho

⁴⁶³ TASCON, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, Op. Cit., p 6.

fundamental del empresario. De este modo, la instalación secreta de una cámara de televisión sobre la caja registradora de los trabajadores para detectar sustracciones de dinero es más relevante que la medida de iniciar una investigación regular que implique el interrogatorio de los trabajadores o controles contables a la gestión de éstos.

En relación con la probabilidad, mientras mayores sean las posibilidades de que la medida empresarial efectivamente logre el fin perseguido con ella, mayor es la importancia de la satisfacción del derecho fundamental del empresario. En ese plano, por ejemplo, la implementación de un sistema de control y grabación permanente de las conversaciones telefónicas de los trabajadores es de mayor importancia fáctica para el fin inmediato perseguido por el empleador –controlar el cumplimiento del trabajo convenido como, por ejemplo, telemarketing- que un sistema de control aleatorio o de encuestas al cliente.

En relación con el alcance, en tanto mayores sean las posiciones e intereses pertenecientes al derecho fundamental del empresario que se ven protegidos por la medida empresarial, mayor será el grado de importancia de la satisfacción del derecho en cuestión. De este modo, la instalación de un sistema de cámaras de vigilancia en la mayor cantidad de lugares de la empresa tendrá más importancia para el derecho fundamental del empresario, que restringirla al lugar preciso en que se presten los servicios convenidos, como ocurriría si esa instalación alcanza las “zonas de caja, máquina recreativa en la que se sospecha que juega el trabajador que lo tiene prohibido, espacios comunes con el público clientes de la empresa; dependencias comunes de un hotel con el objeto de comprobar si se tienen encendidas las luces del mismo y abierta las puertas al público; puertas de entradas y salida del almacén-despensa que da acceso a la cocina que se sospecha que se sustraen viandas de la empresa, etc”⁴⁶⁴.

En relación con la duración, cuanto más tiempo la medida empresarial logre el fin inmediato y de ese modo, más tiempo cautele la o las posiciones del derecho fundamental del empresario, mayor será el grado de importancia de la satisfacción del derecho de que se trata. En ese sentido, la revisión aleatoria del correo electrónico del trabajador es una

⁴⁶⁴ ARIAS, A Y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 147.

medida menos relevante para la consecución del fin empresarial perseguido, que la instalación de un programa de vigilancia “permanente que permite registrar todo cuanto realiza el trabajador”⁴⁶⁵.

Desde la perspectiva normativa, en segundo lugar, es necesario determinar el grado de importancia que la satisfacción del fin inmediato perseguido por la medida empresarial tiene para el derecho fundamental del empresario.

Y al igual que en el caso del derecho fundamental del trabajador, dicha cuestión –el grado de importancia- dice relación con la centralidad de la posición protegida por la medida empresarial en el derecho fundamental respectivo.

Se repiten, entonces, en este nivel del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, las consideraciones ya efectuadas anteriormente: la determinación del grado de importancia de la finalidad perseguida por la medida empresarial desde las premisas normativas, supone determinar la centralidad de la posición o interés tutelado dentro del ámbito protegido del derecho fundamental de que se trate.

Para ello es necesario realizar un análisis normativo -dogmático, que nos permita determinar la centralidad de la posición o interés perseguido por la medida empresarial en el derecho fundamental del empleador, ya sea que se trate de la propiedad o de la libertad económica, o de cualquier otro derecho fundamental.

En ese punto es necesario tener claridad de que “las disposiciones de derechos fundamentales no determinan por sí mismas, cuál es el significado y cuál la importancia que revisten las posiciones de derechos fundamentales en cada caso”⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ GOÑI, JL. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial”, Op. Cit., p 85.

⁴⁶⁶ BERNAL PULIDO, C. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?, Op. Cit., p 290

Por ello es necesaria la utilización de diversos criterios, ya revisados para el caso del trabajador: la fundamentalidad que la posición protegida con la medida empresarial tiene para el derecho respectivo –cuán cerca está del núcleo del derecho-; la parte o porción del derecho fundamental que se busca satisfacer con la medida empresarial; la relevancia que para la función del derecho fundamental del empresario tiene la posición protegida con la medida; y la importancia de la posición afectada para el ejercicio de otras posiciones jurídicas o de otros principios constitucionales asociados a ese derecho fundamental –mientras más se afecte el ejercicio de otras posiciones jurídicas o derechos fundamentales, mayor será la intensidad de la afectación-.

En ese sentido, por ejemplo, podría sostenerse que la finalidad de protección del patrocinio empresarial –perseguida con la instalación de un sistema de vigilancia al interior de la empresa- dice relación con una posición más central y relevante en el derecho de propiedad, que la protección de la reputación empresarial mediante “la imposición de un determinado código de vestimenta” “uniformando la imagen de sus empleador y permitiendo su rápida identificación”⁴⁶⁷.

1.4.3.- Comparación entre la intensidad de la afectación del derecho fundamental del trabajador y la importancia de la satisfacción del derecho fundamental del empresario

Determinado, por una parte, el grado de afectación que la medida empresarial tendrá en el derecho fundamental del trabajador, y, por otra, el grado de importancia que tiene para la satisfacción del derecho fundamental del empresario, corresponde efectuar la comparación entre ambas magnitudes, esto es, establecer “si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ T, E. “Mercadotecnia y derechos fundamentales de los trabajadores: a propósito de la STC 84/2006, de 27 de marzo”, IUS Laboral, N°3, 2006, p 8.

⁴⁶⁸ MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 84.

Como ya señalamos, los grados en conflicto –intervención *versus* satisfacción - se miden en una escala de tres grados: grave, medio y leve.

Opera, entonces, el núcleo de la ponderación en sentido estricto: la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en este caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en este caso del empresario.

La finalidad de esa comparación, como ya lo dijimos, es el establecimiento de la relación de “precedencia condicionada”: de precedencia, porque un derecho desplaza la satisfacción del otro derecho, y condicionada, porque sólo vale para esa colisión en esas circunstancias en concreto.

Por ello, se suele afirmar que “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro.; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”⁴⁶⁹.

Como ha dicho la jurisprudencia constitucional *“la solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar diciendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala” (STC 320/1994, F.J 2).*

De esta manera, “esta visión correctísima –el conflicto entre estos derechos sin admitir una superioridad axiológica de unos sobre otros - de los derechos fundamentales exige

⁴⁶⁹ GUASTINI, R. Distinguiendo, Op. Cit., p 171,

proceder a una ponderación en cada caso de los derechos en conflictos y la resolución por preeminencia de uno de ellos, esto es, su prevalencia concreta frente al derecho, que en este supuesto, insistimos, debilitadamente cede, pero no desaparece”⁴⁷⁰.

En ese sentido, siguiendo un caso propuesto por ALEXY, la medida legal de obligar a los productores de tabaco de anunciar los daños que sus productos causan en los consumidores, es de intensidad “leve en la libertad de profesión u oficio”, especialmente comparadas con otras –como la prohibición de venta-. A su turno, los riesgos para la salud asociados al tabaquismo son elevados, por la cual las razones de la intervención son de peso. De esta manera, asegurada en primer lugar, la intensidad de la injerencia como leve, y alto el grado de importancia del motivo de ella, así, con el Tribunal Constitucional, se puede denominar, ciertamente, el resultado de la comprobación de la proporcionalidad en sentido estricto como evidente”⁴⁷¹.

En materia laboral, por su parte, existen relevantes casos donde se ha aplicado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Y aunque no se ha utilizado nominalmente la categoría triádica propuesta –leve, media y grave-, no es difícil reconocer en esos casos la clave comparativa propia de la ley de ponderación.

En el denominado caso Casino de La Toja, la empresa ordena la instalación de un sistema de audio que complementa el control de video ya existente, particularmente en la zona de cajas y de la ruleta francesa. La medida empresarial tiene como finalidad inmediata el control de la actividad laboral de los empleados, cuestión directamente conectada con la debida protección del patrimonio objeto del derecho de propiedad del empresario.

En la sentencia STC 98/2000 el Tribunal Constitucional señala que *“no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea*

⁴⁷⁰ PÉREZ LUÑO, A. “Concepto y concepciones de los derechos humanos”, DOXA, N°4, Alicante, 1987, p 55.

⁴⁷¹ ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en AAVV El canon neoconstitucional, Trotta, Madrid, 2010, p 113.

*indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino”*⁴⁷² y que su implementación es desproporcionada –afectando el derecho fundamental de la intimidad de los trabajadores- ya que *“este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial, y por tanto, irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier comentario personal”*.

Y lo anterior, porque la medida empresarial no supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: siendo el grado de importancia de la medida empresarial (*“instalación de sistemas de captación y grabación de sonido”*) leve (*“irrelevantes desde la perspectiva del control de las obligaciones laborales”*), para el logro de la finalidad inmediata buscada (adecuado control de los trabajadores), y siendo el grado de afectación de la posición del trabajador (*“comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores”*) de carácter grave (*“tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier comentario personal”*), la medida debe considerarse desproporcionada. En ese caso, entonces, debe ceder el derecho de propiedad de la empresa, porque su peso en concreto es menor que el derecho a la vida privada de los trabajadores.

En otro caso muy conocido – el del control oculto de cajeros de un supermercado de la STC 186/2000- el Tribunal Constitucional decidió, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que el fin inmediato (control de la actividad de los trabajadores) perseguido por la medida empresarial (*“instalación secreta de cámaras de video sobre zonas de cajas”*) era de carácter grave (detectar *“irregularidades en la actuación profesional del trabajador”* derivadas de persistentes faltantes de caja), lo que es considerado proporcionado en sentido estricto, en cuanto la afectación del derecho intimidad del trabajador es considerada de

⁴⁷² Precisamente porque no se acredita su carácter indispensable esta medida empresarial, antes que desproporcionada, es innecesaria. Y en ese sentido, tal como lo señala la teoría de la ponderación, no era necesario para el Tribunal Constitucional seguir adelante – como efectivamente lo hizo- con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, esta sentencia es usualmente revisada en la doctrina laboral como un caso de juicio de necesidad. Ver, entre otros, ROIG, A. “El uso de Internet en la empresa: aspectos constitucionales”, Op. Cit., p 45 y GOÑI, J. L “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, Op. Cit., p 16.

menor intensidad (“*pues la grabación de video de imágenes se limitó a la zona de caja y a una duración temporal limitada*”).

Por su parte, en un polémico caso revisado por la justicia constitucional, se refleja con nitidez el juicio de proporcionalidad en sentido estricto y la comparación entre grado de afectación del derecho fundamental del trabajador y el grado de interés para la satisfacción del derecho fundamental del empresario⁴⁷³. Se trata de las declaraciones de un trabajador que afectan la imagen de la empresa –una fábrica de explosivos-, caso resuelto por la sentencia 126 de 2003.

En este litigio, la medida empresarial superó el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: siendo el grado de importancia de la medida empresarial intenso (daño a la imagen pública y prestigio de la empresa a través de informaciones “*inevitablemente alarmistas*” difundidas reiterada y notoriamente “*por medios de comunicación nacional y local*”) para el logro de la finalidad inmediata buscada (evitar filtraciones de información sobre “*la seguridad de los procesos de producción*”), y siendo el grado de afectación de la posición del trabajador (libertad para dar a conocer al público problemas de seguridad al interior de la empresa) de menor gravedad (“*ejercicio de la libertad de información motivado por la finalidad de satisfacer intereses personales*”(..)“*sin antes dar ocasión al menos para que los organismos públicos a los que había dirigido sus denuncias pudieran constatar su realidad*”), la medida debe considerarse proporcionada.

En este caso, entonces, debe ceder el derecho de libertad de expresión del trabajador, porque su peso en concreto es menor que el derecho a la libertad de la empresa⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Comentan críticamente esta sentencia, entre otros, GARCÍA - PERROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral” Op. Cit., p 268 y SANCHEZ, E. “El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”, en AAVV Relaciones laborales y nuevas tecnologías, Op. Cit., p 118 y ss.

⁴⁷⁴ Se trata de una ponderación, en todo caso, conflictiva en el propio Tribunal. En el voto de minoría – de Emilia Casas Baamonde- se discrepa de la comparación entre los grados de intensidad entre los derechos fundamentales de las partes: la información es veraz y de interés general, lo que justifica su trascendencia pública, siendo insuficiente el daño causado a la empresa para reputar la conducta del trabajador como ilícita, y, por lo tanto, el despido debe entenderse desproporcionado.

De este modo, como apunta la doctrina, “el tribunal afirma que el trabajador no debía haber utilizado cauces informativos con tan alta repercusión social, dadas las consecuencias que podía implicar para la empresa, tanto más cuanto la misma se encuentra vinculada con una actividad de alto riesgo y elevada peligrosidad. De esta manera, el ejercicio de la libertad de información justifica el daño provocado a la empresa”⁴⁷⁵.

Algunos han planteado como otro caso de comparación de pesos, propio del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el conocido caso al que ya nos referimos del “deshuesador de jamones” (STC 99/1994). Aun cuando esta afirmación sea discutible, ya que este caso se resolvió más bien desde la exigencia del juicio de necesidad, de igual modo sirve para ilustrar el sentido comparativo del juicio de la proporcionalidad: “el grave perjuicio que sufre el derecho del trabajador no está justificado por las exigencias del ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial. En la fase anterior se ha argumentado que el peso de aquél es relevante, mientras que la importancia que cabe atribuir a éste (exigencias de la dirección empresarial) es mínima, dado que el contrato de trabajo no incluía tareas de exhibición de la habilidad del trabajador y no se ha comprobado que otro trabajador no pudiera desempeñar esa función”⁴⁷⁶.

Del mismo modo, fuera ahora de la jurisprudencia constitucional, se ha sostenido como proporcionado en sentido estricto, tanto por los jueces como por la doctrina, la medida empresarial de revisar las manos de un trabajador para determinar presencia de un tin te invisible, previamente impregnado en un billete introducido en un monedero en la zona de vestuarios, cuyo fin inmediato era comprobar sustracciones de dinero en la empresa en resguardo de la propiedad empresarial. Y ello, porque la restricción al derecho de la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 CE es de carácter leve (el examen de las manos de la actora tuvo una duración temporal limitada) y el grado de importancia de la medida para el derecho de propiedad empresarial es intenso (reiteradas sustracciones en el centro de trabajo), especialmente atendido que “la medida no resulta ni arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trata de obtener

⁴⁷⁵ GUAMÁN, A. La libertad de información del trabajador, Op. Cit., p 127.

⁴⁷⁶ GARCÍA- PERROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 267.

un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, p retención justificada por la circunstancia de haberse producido anteriores sustracciones en el centro de trabajo”⁴⁷⁷.

Explicado como opera el núcleo del juicio de proporcionalidad en sentido estricto –la denominada ley de la ponderación–, cabe preguntarse si podría verse afectada esa asignación de peso de los derechos en juego por factores adicionales a ser considerados en la ponderación.

Y la respuesta es afirmativa. Efectivamente el juicio de proporcionalidad se ve completado por dos factores o variables adicionales: por una parte, el peso abstracto de cada derecho y, por otra, la seguridad en las premisas fácticas o empíricas sobre la importancia de los derechos en juego.

Lo anterior se expresa en una figura comprensiva de todos los elementos anteriores y que se denomina “fórmula del peso”. Ésta, como suele explicarse, permite determinar cuál es el peso concreto de un derecho fundamental “x” en relación con un derecho fundamental “y”, a la luz de las circunstancias de un caso concreto.

Esta fórmula “amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas”⁴⁷⁸.

1.4.4.- Pesos abstractos de los derechos fundamentales.

La asignación de pesos atendido al grado de satisfacción o de afectación de los derechos en juego, puede verse alterado por el denominado “peso abstracto” de uno de ellos.

⁴⁷⁷ MERCADER, J. “El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral”, Actas II Congreso de Actualidad Laboral, Colegio de Graduados Sociales, Madrid, 2008, p 2.

⁴⁷⁸ BERNAL PULIDO, C. “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, Op.cit., p 285.

Se supone, así lo hemos señalado, que entre los derechos fundamentales no existen jerarquías *a priori*, ni órdenes de prelación cerrados. Pero nada impide que por tradiciones ideológicas y políticas de una comunidad jurídica concreta, se le atribuya, en abstracto, una importancia mayor que al resto de los derechos fundamentales a uno de ellos en particular. Y ello debe ser considerado al momento de resolver una colisión.

En ese sentido, “frente a un mismo peso abstracto de los principios, la relación de precedencia se decide, por ejemplo, mediante los grados de satisfacción y restricción. En el caso de un peso abstracto variado se necesita en cambio un grado de satisfacción relativamente mayor del principio con peso menor, para justificar una restricción media del principio que más pesa”⁴⁷⁹.

De este modo “por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercerla es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho de intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana”⁴⁸⁰.

La pregunta que cabe formular, entonces, es ¿existen efectivamente esos derechos fundamentales con un mayor peso abstracto?

Se ha señalado que “no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios que pueda formularse en los términos de la escala triádica” y en ese sentido, la determinación del peso abstracto “depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustantiva de la Constitución”⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ SIECKMANN, J. “El modelo de los principios de derecho”, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p 189.

⁴⁸⁰ BERNAL PULIDO, C. “La racionalidad de la ponderación”, Op. Cit., p 63.

⁴⁸¹ BERNAL PULIDO, C. *Ibidem*, p. 71.

En ese sentido, a la falta de una escala predeterminada de pesos abstractos, es posible sostener, como lo hace PRIETO SANCHÍS, que “la mayor parte de los principios o derechos considerados en abstracto, en el nivel constitucional o en el de validez, presentan un mismo peso”⁴⁸².

No obstante esto, en la doctrina se suele entender que tiene un mayor peso abstracto la libertad de expresión, especialmente por tratarse de lo que se denomina una “garantía preferida”. Como se ha explicado, “la principal línea jurisprudencial del TC ha venido a suponer una opción a favor de los derechos a la libre expresión e información, al situarlos en la denominada “posición preferente”⁴⁸³.

Asimismo el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“Según reiterada doctrina constitucional, las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también una condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados en el artículo 18.1 de la Constitución” (STC 172/1990, F.J. 2).

Desde la perspectiva laboral, cabe preguntarse si se puede irradiar esa posición preferente de la libertad de expresión en el marco del contrato trabajo y, por ende, de su mayor peso abstracto en el caso de una colisión con los derechos fundamentales del empresario.

Y la respuesta parece ser negativa. La doctrina de la “posición preferente” – o peso abstracto diferenciado-, no ha tenido un reflejo significativo en materia laboral. Dicho en los términos que nos importan, el supuesto mayor peso abstracto de la libertad de expresión

⁴⁸² PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 202.

⁴⁸³ DE DOMINGO, T. ¿Conflicto entre derechos fundamentales?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p.44.

-por su rol institucional democrático- no ha incidido relevantemente –como elemento del juicio de proporcionalidad en sentido estricto- cuando ésta se ha confrontado con los derechos fundamentales del empresario.

De ahí que la doctrina laboral hable –a propósito de la posición preferente- “de una aplicación matizada de esta doctrina al contrato de trabajo, para analizar el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión o de información y los límites legítimos que supone el compromiso contractual”⁴⁸⁴.

Y ello porque “la jurisprudencia constitucional entremezcla lo que son límites del ejercicio propio del derecho, y que afectan al contenido de la comunicación (por ejemplo la veracidad en la información, no insulto o descalificación en el ejercicio de la libertad de crítica) con criterios propios y específicos de la lógica contractual”⁴⁸⁵. De hecho, la relevancia pública del discurso –base del nexo de esta libertad con el pluralismo y la democracia- no ha sido “un criterio preponderante”⁴⁸⁶ para la decisión de las colisiones entre la libertad de expresión del trabajador y los derechos del empresario.

De hecho, y aunque la doctrina laboral ha denotado el cambio de signo de la jurisprudencia constitucional, pasando de una ruda “contractualización” a una “fundamentalización” de la perspectiva del máximo tribunal, ello no significa en ningún caso que se haya trasladado la citada doctrina de la “posición preferente” desde el ámbito constitucional –especialmente del conflicto entre libertad de expresión con la vida privada y la honra - al ámbito laboral.

En efecto, la evolución de la jurisprudencia constitucional no ha sido ubicar la libertad de expresión con un peso abstracto reforzado en las colisiones con los intereses constitucionales de la empresa, sino que, cosa distinta, se ha pasado de considerar como limitaciones legítimas a dicho derecho las que se deriven de estándares contractuales –

⁴⁸⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 225.

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. *Ibíd.*, p 226.

⁴⁸⁶ GUAMÁN, A. La libertad de información del trabajador, op. Cit., p 161.

especialmente la buena fe-, a la exigencia de que dichas restricciones vengan sustentadas en derechos e intereses constitucionales del empresario.

Por ello, se destacará que en una primera etapa “el juicio de constitucionalidad de la decisión del empresario termina dependiendo así, y en última instancia, del mero ajuste o desajuste de las opiniones vertidas o de las informaciones suministradas por el trabajador al deber de buena fe”.

Dicha doctrina será modificada con la sentencia 6/1995 “la que reconocerá por primera vez y de manera clara la necesidad de recurrir al test de ponderación. Ciertamente es que esta nueva orientación no está por completo exenta de ciertas ambigüedades, la principal de las cuales es la de seguir atribuyendo a la buena fe la condición de límite al ejercicio de este derecho, bien ahora de carácter débil o adicional, pero no es menos cierto que la jurisprudencia constitucional, con esta sentencia, ha llevado a cabo una constitucionalización de las libertades de expresión e información de titularidad del trabajador”⁴⁸⁷.

Sin embargo, ni siquiera esa línea ha sido uniforme. Así, en la sentencia 126/2003, la jurisprudencia pareciera volver sobre sus pasos: la empresa ha despedido por razones disciplinarias a un trabajador en razón de sus declaraciones que alertan sobre fallas de seguridad y que afectan la imagen de la empresa –una fábrica de explosivos-.

El fallo constitucional considera que el trabajador no ha hecho uso legítimo de su derecho fundamental de la libertad de información:

“El hecho de que la información difundida por el recurrente pudiera afectar a la seguridad de los procesos de producción en una fábrica de explosivos situada en las proximidades de una población reviste la suficiente gravedad como para que un mínimo de lealtad por parte de quien durante varios años había sido trabajador de la empresa se cuidara de irrogar a ésta el quebranto derivado de una información inevitablemente alarmista, sin antes dar

⁴⁸⁷ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 146.

ocasión al menos para que los organismos públicos a los que había dirigido sus denuncias pudieran constatar su realidad”.

Como se ha dicho, en este caso el Tribunal Constitucional no “valora si la medida empresarial restrictiva del ejercicio del derecho fundamental y concretada en el despido del recurrente era idónea o adecuada, imprescindible y proporcionada a la satisfacción del legítimo interés empresarial”, sino que por el “contrario, limitó indebidamente el ámbito del derecho fundamental en el que recurrente pretende amparar su conducta”⁴⁸⁸, lo que da como resultado colocar “a la libertad de expresión en un papel secundario, claramente condicionado al de libertad de empresa y al de la propia imagen, en frontal oposición con las tesis anteriores suscritas por el mismo Tribunal”⁴⁸⁹.

En fin, cabe advertir, volviendo al punto central, que el supuesto cambio hacia una “posición preferente” de la libertad de expresión, en el mejor de los casos, sólo ha importado la aplicación del principio de proporcionalidad a las medidas empresariales restrictivas de la libertad de expresión –y su triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto-.

En ningún caso, ha significado una asignación especial o reforzada de peso abstracto a dicho derecho fundamental, en la colisiones de derechos en el marco del contrato de trabajo.

1.4.5.- Seguridad de las premisas empíricas utilizadas en el juicio de proporcionalidad

Como señalamos, también puede ser relevante al momento de ponderar los derechos en juego en el marco del contrato de trabajo, la seguridad en las premisas fácticas sobre la importancia y/o afectación de cada derecho, esto es, el grado de certeza y precisión fáctica acerca del impacto que la conducta que se enjuicia tendrá en dichos principios constitucionales.

⁴⁸⁸ GUAMÁN, A. La libertad de información del trabajador, Op. Cit., p 128.

⁴⁸⁹ SÁNCHEZ, E. “El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”, Op. Cit., p 119.

El asunto es que “no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios en colisión”, siendo las posibilidades “para reconocer la magnitud que corresponda a cada una de las variables de la fórmula del peso, limitadas. Estos límites se proyectan en las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación”⁴⁹⁰.

Esos límites epistémicos afectan al conocimiento de las variables empíricas, ya que no puede saberse con certeza el grado de afectación y/o de importancia que la medida empresarial tendrá para el derecho fundamental del trabajador o del empresario, según corresponda. Ello, porque es incierta la determinación del grado, la rapidez, la eficacia o la duración de la medida empresarial, o porque es difícil evaluar estas variables en su conjunto.

Como se ha explicado “las apreciaciones empíricas pueden tener un mayor o menor grado de certeza que incidan en el mayor o menor peso que se le atribuyan a los principios. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a la vida y la salud de la niña evangélica serán considerada grave o intensa si existe la certeza, apoyada en apreciaciones empíricas seguras, de que la niña, si no es hospitalizada morirá. Si, en cambio, los médicos no pueden determinar con un grado de certeza aceptable qué consecuencias puede irrogar la no hospitalización, ello hará que el grado de afectación sea considerado leve o moderado y en consecuencia se dé más peso al principio de libertad de culto de los padres que justifica que ellos puedan decidir no hospitalizarla”⁴⁹¹.

Precisamente, en la ya citada sentencia 99/1994 del Tribunal Constitucional, el caso del “dehuesador de jamones”, la seguridad de las premisas fácticas juega un rol relevante, como lo ha resalado la doctrina: “el derecho a la imagen del trabajador se encuentra altamente comprometido, dada la naturaleza promocional del acto al que se le obliga a

⁴⁹⁰ BERNAL PULIDO, C. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?, Op. Cit., p 290.

⁴⁹¹ LARIGUET, G. “Conflictos trágicos genuinos y ponderación racional: en torno a algunas ideas de Robert Alexy”, Op. Cit., p 473.

asistir. Con toda seguridad, su imagen podrá ser captada y difundida. Frente a eso, sigue argumentando el Tribunal, la importancia que aquí hay que atribuir al ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial, según las órdenes de quien puede dirigirlas, no es tan relevante (..) en el caso concreto de que se trata no está comprobado que algún otro trabajador de la empresa no pudiera desempeñar esa tarea (todo ello en el FJ 7)”⁴⁹².

En ese sentido, la afectación intensa del derecho fundamental del trabajador se sustenta en premisas fácticas de certeza muy superior (“con toda seguridad” su imagen será afectada), que las premisas de la misma naturaleza sobre el grado de importancia que la medida reviste para el derecho fundamental del empresario (“no está comprobado que algún otro trabajador de la empresa no pudiera desempeñar esa tarea”).

De este modo, en definitiva, en el ámbito laboral es necesario determinar si la seguridad de las premisas fácticas sobre el grado de afectación del derecho fundamental del trabajador es significativamente mayor o menor que la seguridad sobre las premisas fácticas respecto del grado de importancia del derecho fundamental del empresario, ya que en dichos casos esas diferencias resultantes en cuanto a la certeza fáctica podrán modificar el resultado del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

1.4.6.- La “fórmula del peso”: la determinación de los pesos concretos

¿Cómo se relacionan todos estos elementos de la proporcionalidad en sentido estricto – atribución de peso específico, peso abstracto, seguridad de las premisas fácticas - al momento de resolver un caso concreto de ponderación?

La combinación simultánea de todos estos factores permitirá determinar el “peso concreto” de cada derecho fundamental en juego en la colisión, admitiendo optar por aquel cuyo peso concreto sea superior.

⁴⁹² GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 267.

Efectivamente, la citada combinación es lo que ALEXY denomina la “fórmula del peso”: cociente que resulta de la división de la intensidad de la afectación del derecho fundamental, con el grado de importancia del derecho fundamental contrario en las circunstancias del caso concreto, considerando su peso abstracto y la seguridad de las premisas fácticas relativas a su afectación⁴⁹³.

Entonces, las combinaciones posibles en la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto a las colisiones de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo, dicen relación directa con la aplicación de la “fórmula del peso”⁴⁹⁴.

Y en ese caso, la primera y principal posibilidad son las situaciones de colisiones de derechos, con igual peso abstracto y con similar seguridad sobre las premisas fácticas acerca de la afectación y la intervención en cada uno de ellos.

Se trata, en rigor, de la combinación de la fórmula de peso más común en el ámbito de las relaciones laborales. Y ello, porque, como ya se explicó, en general no existen pesos abstractos diferenciados entre los derechos fundamentales del trabajador y del empresario, y porque, asimismo, la seguridad de las premisas fácticas, son generalmente equivalentes respecto de las posiciones fácticas de ambas partes.

⁴⁹³ Como explica ALEXY “en su versión completa, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia. Esto significa que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los principios depende de tres factores, es decir, en total, seis factores. Sin embargo, éstos deben ser utilizados en la fórmula sólo cuando los pares de factores sean desiguales. Si estos pares son iguales, se neutralizan mutuamente”. ALEXY, R. “La fórmula del peso”, AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional, Op. Cit., p 38.

⁴⁹⁴ La “fórmula del peso” es una pieza clave para los defensores de la ponderación, en cuanto se entiende que evita la “arbitrariedad” en la aplicación de la proporcionalidad, pues “excluye la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva”. Ello porque “delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su decisión. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial”. BERNAL PULIDO, C. “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, Op. Cit., p 286.

Y en estos casos, la solución viene dada por la aplicación estricta de la ley de ponderación en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: la preferencia la tendrá el derecho fundamental a cuyo favor resulte la comparación entre la intensidad de la restricción en las posiciones del trabajador, *versus* la intensidad de la importancia de la satisfacción para las posiciones de la empresa.

Como ya vimos, en ciertos casos, sin embargo, la comparación entre el grado de afectación y de importancia debe ser acompañada por criterios adicionales, pudiendo, entonces, agregarse dos hipótesis complementarias.

En primer lugar, aquellos casos de colisiones de derechos con distinto peso abstracto y con similar seguridad de las premisas fácticas. En estos casos, la solución derivará de la combinación del resultado obtenido por la comparación entre el grado de afectación del derecho fundamental del trabajador *versus* el grado de importancia de la satisfacción del derecho fundamental del empresario, junto con la consideración del mayor peso abstracto del derecho que se trate. Si existe en la tradición jurídica, un derecho con mayor peso abstracto, este peso adicional debe ser considerado en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Como ya señalamos, el caso común en el derecho comparado de peso abstracto reforzado es la libertad de expresión.

En segundo lugar, existirán hipótesis de colisiones de derechos con igual peso abstracto y con distinta seguridad de las premisas fácticas. En estos casos, la solución derivará de la combinación del resultado obtenido de la comparación entre el grado de afectación del derecho fundamental del trabajador *versus* el grado de importancia de la satisfacción del derecho fundamental del empresario, junto con la consideración de la mayor o menor seguridad de las premisas fácticas del impacto de la medida empresarial en cada uno de los derechos en conflicto.

Tal como ya señalamos, es posible que la afectación en el derecho fundamental del trabajador sea no sólo intensa, sino también cierta (la instalación de un sistema de vigilancia de video sobre los puestos de trabajo para detener hurtos y sustracciones

detectada por la empresa). Y que a su turno, la importancia de la medida para el derecho de fundamental del empresario sea relevante (como es la protección de la propiedad ante sustracciones), pero que exista poca certeza sobre su éxito (no hay evidencias que justifiquen las sospechas sobre los específicos trabajadores cuyos puestos serán vigilados por las cámaras instaladas).

En casos como estos, la seguridad de las premisas fácticas, según lo explicado, puede alterar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en algunas de las dos direcciones posibles: a favor o en contra de la medida empresarial.

1.4.7.- El resultado de la ponderación: una regla de derecho

Efectuada la aplicación del juicio de proporcionalidad, el resultado de la ponderación es una regla de derecho “en la cual se otorga el triunfo al principio que cuenta con mayor peso relativo en el caso concreto y, por ende, se resuelve el caso aplicando la solución normativa en él prevista, sin que tal solución suponga, por otra parte, que el principio derrotado sea expulsado del ordenamiento o pase a ocupar una jerarquía inferior en la escala de las fuentes del derecho”⁴⁹⁵.

De este modo, cuando se aplica el principio de proporcionalidad a una colisión entre el derecho a la propiedad de la empresa *versus* el derecho de intimidad del trabajador (STC 186/2000), el caso se soluciona en una regla que dice que, en esa situación concreta la instalación secreta de cámaras de video para comprobar los hurtos de un trabajador en la caja de la empresa es proporcionada, por lo tanto, no restringe ilícitamente el derecho fundamental de éste.

Ello no significa, sin embargo, que siempre esa instalación será lícita, ni que siempre deba ceder el derecho de intimidad del trabajador frente a la propiedad empresarial.

⁴⁹⁵ LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 545.

En rigor, dicha regla fija una prioridad entre los derechos fundamentales en colisión (el derecho del trabajador cede ante el derecho del empresario o viceversa), pero de modo condicionado, en cuanto esa prioridad se establece para ese caso concreto, y no importa ningún orden abstracto entre esos derechos.

Así lo ha señalado la propia jurisprudencia constitucional:

“La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, ju stamente aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos, ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada , ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada un os de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dando preeminencia al que se ajuste más al sentido que la Constitución señala” (STC 320/1994, F. J 2).

Aquí se plantea un problema central de la proporcionalidad: ¿puede esa regla de procedencia condicionada ser aplicada para otros casos similares?

En el caso ya revisado del “Casino La Toja” (STC 98/2000), la ponderación efectuada para resolver el caso particular entre el derecho a la propiedad y el derecho de privacidad da como resultado la siguiente regla: el empresario restringe desproporcionadamente el derecho a la intimidad del trabajador, y por ende debe ceder su derecho a la propiedad, cuando instala un sistema de micrófonos en los puestos de trabajo, habiendo previamente habilitado un sistema de cámaras de vigilancia.

La cuestión fundamental en este punto es si esa regla de derecho –está prohibido instalar micrófonos cuando ya existen cámaras de video que vigilan el mismo puesto o lugar de trabajo- debe ser aplicada para otros casos iguales o similares.

La respuesta es afirmativa: “la regla de procedencia condicionada adquiere al mismo tiempo una validez que se proyecta a los casos futuros idénticos y análogos”⁴⁹⁶. Lo anterior, ya que la ponderación daría como resultado “la elaboración de un regla que correlaciona estos aspectos o elementos relevantes con una determinada solución, de modo que todo ulterior supuesto idéntico en sus propiedades relevantes será solucionada del mismo modo, mediante un razonamiento subsuntivo”⁴⁹⁷.

De este modo, entonces, de las diversas ponderaciones efectuadas por la jurisprudencia constitucional es posible reconstruir reglas de derecho aplicables a otros casos laborales sustancialmente iguales: la empresa no debe instalar sistemas de audio en las posiciones de trabajo si existe ya un sistema de vigilancia de video que recae sobre ese puesto y que ya cumple ese objetivo. O la empresa puede instalar cámaras de video en casos de acreditadas sospechas de hurto al patrimonio empresarial sobre un puesto de trabajo.

Lo anterior tiene dos consecuencias fundamentales:

En primer lugar, la ponderación se vincula a la subsunción. Y ello porque “ambos modos de razonamiento no representan alternativas incompatibles, sino más bien operaciones complementarias, ambas necesarias en el íter de aplicación del derecho a casos difíciles”⁴⁹⁸.

De hecho, ambas técnicas aplicativas se complementarían circularmente, pues, de partida, la subsunción precede a la ponderación: para dilucidar si existe una colisión de derechos fundamentales entre las partes del contrato de trabajo, es necesario saber si las posiciones enfrentadas se ubican dentro del contenido protegido de uno o más derechos fundamentales de las partes, cuestión que exige una aplicación subjuntiva de los respectivos principios constitucionales.

Posteriormente, y una vez ubicadas *prima facie* las posiciones enfrentadas de cada una de las partes en el ámbito protegido de uno o más derechos fundamentales, procede la

⁴⁹⁶ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., 793.

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa”, Op. Cit., p 182.

⁴⁹⁸ LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 547.

ponderación por la vía de la aplicación del principio de proporcionalidad para determinar qué posición y qué derecho fundamental triunfará transitoriamente “para ese caso en concreto”. De esa operación se producirá una regla que determinará bajo qué condiciones debe ser preferido un derecho fundamental respecto de otro, para todos los casos sustancialmente iguales.

Por último, y volviendo a la subsunción, las razones que determinaron la regla de derecho que expresa el resultado de la ponderación y que da preferencia a un derecho por sobre otro, se pretende “no se limiten estrictamente a ese caso (por mucho que, naturalmente, los efectos jurídicos de la decisión se circunscriban a él), sino que sirvan asimismo para cualquier otro supuesto que comparta las mismas propiedades relevantes (esto es, que sea instancia del mismo caso genérico)”⁴⁹⁹.

En segundo lugar, se enfrenta de esta manera una de las principales críticas a la ponderación como es el particularismo –esto es, la falta de razones aplicables a casos genéricos y no sólo a casos individuales-, y las posibilidades de aumento de los resultados contradictorios en su aplicación, dado “que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta”⁵⁰⁰.

Crítica especialmente recogida por la doctrina laboral, que ha sostenido que “no ha de perderse de vista que en todo esto adquiere una importancia decisiva la valoración del juez, lo que depara a veces resultados contradictorios con efectos nada positivos para la seguridad jurídica”⁵⁰¹. De ahí que se hable de una jurisprudencia de “carácter polémico” cuyas “discrepancias no radican tanto en las bases dogmáticas o conceptuales del enjuiciamiento, que son firmes, sino en las valoraciones y ponderaciones a que obliga una jurisprudencia acentuadamente casuística”⁵⁰².

⁴⁹⁹ MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa”, Op. Cit., p 180.

⁵⁰⁰ MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 246.

⁵⁰¹ GOÑI, J.L. “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, Op. Cit., p 17.

⁵⁰² MARTIN VALVERDE, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Op. Cit., p 22.

De ahí que se afirme que la ponderación conlleve una valoración que “no pocas veces depara resultados contradictorios, no ya sobre la aplicación en abstracto de los referidos principios a la luz de los singulares intereses en juego, sino sobre la apreciación en concreto de una misma realidad empresarial”⁵⁰³.

Lo anterior se soluciona si el resultado de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad se constituye como una regla aplicable a otros casos iguales o relevantemente similares. Y ello porque “no toda nueva colisión de principios requiere una ponderación. Esto sería redundante si las condiciones de *un resultado de una ponderación* se dieran en el nuevo caso; en tanto se puede subsumir el caso nuevo bajo el antecedente de un *resultado regla de una ponderación*, entonces y en principio, no se pondera en concreto”⁵⁰⁴.

Ello supone, sin embargo, que opere una regla de precedente en el sistema jurídico donde se genere esa regla resultado de la ponderación, ya que el modo de evitar el particularismo (o la ponderación *ad hoc*) es mediante una universalización por esa vía: “la ponderación se configura(..) como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular prima facie un cierto caso y la construcción de un regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados”⁵⁰⁵.

1.4.8.- Casos de empate: las cargas de la argumentación en materia laboral

Como se ha explicado, cuando el peso de ambos principios es diferente es fácil entender la relación de precedencia entre ambos, como ocurre cuando el empresario decide intervenir una cuenta personal de correo (afectación grave) para controlar el uso productivo del ordenador (importancia leve o media).

⁵⁰³ GOÑI, J. L. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Op. Cit., p 48.

⁵⁰⁴ CLERICO, L. El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, Op. Cit., p 181.

⁵⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en AAVV, Op. Cit., p 145.

“El problema surge en los casos de empate, cuando ambos principios tienen el mismo peso”⁵⁰⁶, como cuando el empresario decide realizar la instalación oculta de un sistema de vigilancia (afectación grave), para confirmar las razonables sospechas de hurto por parte de un trabajador (importancia grave).

De hecho, de la aplicación de la teoría de la ponderación estándar “resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empates”⁵⁰⁷.

La solución a esta situación toma el nombre, en la teoría de la ponderación, de la “carga de la argumentación”. Esta carga es un estándar que soluciona el empate producido por la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Ella supone una opción normativa a favor de un estado de cosas que aparece como valioso dentro de una comunidad jurídica y social determinada, como en el caso de juicio sobre constitucionalidad de leyes, el principio *pro libertatis* —debe preferirse la opción que esté de lado de la libertad del ciudadano en vez del legislador—, o, por el contrario, el de deferencia democrática respecto del legislador —debe preferirse la opción que esté de lado del legislador en vez del ciudadano—⁵⁰⁸.

El problema es que la solución anterior, la denominada carga de la argumentación, está diseñada pensando en el conflicto de principios constitucionales a propósito de la revisión de la constitucionalidad de las leyes.

⁵⁰⁶ LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 538.

⁵⁰⁷ MORESO, J. J. “Alexy y la Aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 228.

⁵⁰⁸ Como se ha destacado ampliamente, ambas opciones aparecen sostenidas —contradictoriamente— por ALEXY. En su libro Teoría de los Derechos Fundamentales, sostiene que en caso de empate entre las posiciones afectadas de derechos fundamentales y la posición del legislador, la carga de la argumentación opera en favor de los primeros, exigiendo “razones más fuertes” para hacer primar la protección legal de otros bienes o fines constitucionales, sosteniendo de ese modo un “principio in dubio pro libertate”. ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op.Cit. p 550. En cambio, en su Epílogo, sostiene que “si las razones para la intervención son tan fuertes como las que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada”, de modo que en casos de empate, la ley debe ser considerada proporcionada, lo que constituye una regla de decisión en favor del legislador (principio *in dubio pro-legislatore*) fundada en razones democráticas. ALEXY, R. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Op. Cit., p 45.

En ese ámbito es donde se entiende que las opciones políticas-jurídicas planteadas sean, por una parte, *favor libertatis* que supone hacer primar los intereses de la persona por sobre la opción legislativa, y por otra, la deferencia con el legislador y máximo respeto del juicio constitucional al legislador democrático.

La pregunta que se plantea es la siguiente ¿qué ocurre en el caso de colisiones de derechos fundamentales entre particulares, como es el caso del contrato de trabajo?

La respuesta es obvia: no es pertinente la aplicación de ese tipo de cargas argumentativas sostenidas por la teoría de la ponderación. Tal como señala la doctrina “si se trata de una colisión entre derechos fundamentales, el principio *in dubio pro* derechos fundamentales se anula porque juega de la misma manera a favor de los derechos en conflicto”⁵⁰⁹. Y menos resulta aplicable el principio *pro-legislature* por razones evidentes: no hay ni ley ni legislador a quien preferir.

La cuestión no es de menor relevancia en materia laboral. Existen importantes posibilidades de que en el marco de la relación de trabajo las colisiones entre derechos fundamentales entre trabajadores y empresarios tiendan a empatar, especialmente en el grado de “intenso” o “grave”. Ello, por la fuerte implicación personal que el escenario laboral importa para el trabajador –la inescindibilidad entre la persona y el trabajo- y la inevitable tensión con la lógica económica que constituye el objetivo principal de la actividad empresarial.

De ahí que en el marco del contrato de trabajo no sea difícil imaginar múltiples hipótesis de conflicto entre derechos fundamentales entre trabajador y empresario, cuyo grado de afectación y de importancia, respectivamente, tienda a ser equivalente.

Así, la instalación secreta de una cámara de video sin conocimiento del trabajador es, a primera vista, una afectación grave o intensa del derecho a la vida privada, sin embargo, la ponderación se torna compleja si con esa medida se logra detectar que el trabajador duerme

⁵⁰⁹ BERNAL PULIDO, C. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p 63.

largos momentos durante la jornada de trabajo pactada, o realiza hurtos en la propiedad del empresario⁵¹⁰.

Asimismo, aplicar una sanción disciplinaria a un trabajador por las expresiones efectuadas en público que no tienen un carácter injurioso ni son deliberadamente dañinas (*animus nocendi*), parece ser una restricción de intensidad grave en su derecho a la libertad de expresión. Pero, la comparación ponderativa se torna especialmente compleja si la información develada es sobre operaciones relevantes del tráfico ordinario de la empresa y la revelación perjudica el “interés legítimo de la empresa especialmente cualificado por razón de necesidad, como pudiera ser el mantenimiento de su capacidad competitiva en el marco de una economía de mercado, en el que se reconoce el art. 38 CE libertad de empresa, evitando así, por lo demás, la competencia desleal”⁵¹¹.

Éstos podrían ser casos donde razonablemente se puede hablar de empates, es decir, hipótesis en que el grado de la afectación en el derecho fundamental del trabajador y el grado de satisfacción en el derecho fundamental del empresario reflejan la misma intensidad.

Y entonces, la duda es ¿cómo deberían solucionarse los empates en la colisión entre las intensidades de los derechos fundamentales – de afectación del trabajador y de satisfacción del empresario- que se producen en el marco del contrato de trabajo?

Se trata, en rigor, de un caso de vacío normativo o laguna del derecho. Esto es, una situación de empate técnicamente equivale a un vacío jurídico, en cuanto ambas opciones –hacer primar el derecho fundamental del trabajador o el del empresario - aparecen igualmente justificadas o injustificadas, según se mire. Y surge entonces la discreción judicial “en el sentido que desde un punto de vista axiológico es indiferente (las decisiones estarían igual de in-justificadas) qué precedencia se adopte en las circunstancias C entre los elementos en conflicto. En otras palabras, la regla creada a raíz de la ponderación sería igual de

⁵¹⁰ GOÑI, JL. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Op. Cit., pp 48 -50.

⁵¹¹ NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares: la buena fe. Op. Cit., p 441.

(in)correcta tanto si se resuelve el caso genérico a favor de un elemento como si lo resuelve en favor de otro”⁵¹².

Y en dichas situaciones, la teoría de la argumentación jurídica utiliza los principios del derecho que permitan, a elección del juez, integrar ese vacío. En el caso laboral, las cargas de la argumentación propuestas por ALEXY, como ya dijimos, no son aplicables porque están pensadas para resolver el conflicto entre el derecho fundamental del ciudadano frente a la finalidad legítima perseguida por el legislador, y no la colisión de derechos fundamentales entre ciudadanos, como ocurre en el marco del contrato de trabajo.

De ahí que en este punto se verifique una de las más serias limitaciones a la aplicación de la teoría de la ponderación y del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones laborales: la solución de casos de empate en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Y en ese escenario de vacío normativo y sin la posibilidad de aplicar las “cargas de argumentación” propuestas por la teoría de la ponderación, los casos de empates en las colisiones de derechos fundamentales entre trabajador y empresario se encuentran especialmente huérfanos de reflexiones de la literatura jurídica.

Y ahí, nuevamente, surge la pregunta ¿cómo resolver la ponderación en aquellos casos difíciles donde la afectación intensa o grave del derecho fundamental del trabajador, se encuentra justificada en un igualmente intenso o grave interés para resguardar los derechos fundamentales del empresario?

De ahí la perplejidad de la doctrina laboral en estos casos. Se sostiene que “la ponderación no es tan fácil; aún menos, pese a los intentos del Tribunal Constitucional, tratar una “doctrina general”, sobre la “ponderación adecuada”⁵¹³ del derecho fundamental en juego”,

⁵¹² MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Op. Cit., p 246.

⁵¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit., p 218.

agregándose que dicha jurisprudencia “no ha evitado que siga existiendo un cierto terreno para la confrontación y la inseguridad”⁵¹⁴.

Y el tono crítico respecto de la jurisprudencia al respecto no deja duda: “la jurisprudencia sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente la relativa a los derechos fundamentales no específicamente laborales se distingue por su carácter polémico” y se explica que “la discusión y la discrepancia acompañan desde su origen a muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional en estas materias, como se pone de manifiesto en los votos particulares, y también en los comentarios de la doctrina científica”⁵¹⁵.

En rigor, a nuestro juicio, buena parte de la crítica laboral al modo que los jueces resuelven los casos difíciles de derechos fundamentales inespecíficos en el marco del contrato de trabajo, dicen relación, precisamente, con la limitación de la ponderación –y de la proporcionalidad- en casos que pueden ser calificados de empate.

No existe en esos casos, una respuesta única correcta y como se trata de una situación de vacío normativo, la solución, aunque presentada como argumentativamente necesaria o justificada, importa una opción que escapa del control de la misma proporcionalidad. Dicho de otro modo, en buenas cuentas, en estos casos, aunque se aplique con todo rigor y sofisticación el principio de proporcionalidad, existe el ejercicio de un considerable grado de discrecionalidad por el juez, por las razones ya explicadas.

En ese sentido, un caso paradigmático para ejemplificar esa dificultad son los casos referidos a la instalación de cámaras de videos para controlar la actividad laboral de los trabajadores. Como lo ha destacado la doctrina “la vigilancia con cámaras de seguridad dentro de la empresa vuelve a ser, en realidad, y más que en otras situaciones conflictivas ya analizadas, un problema de equilibrios, en este caso, entre el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores y el poder de dirección empresarial”⁵¹⁶.

⁵¹⁴ GOÑI, J. L La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Op. Cit., p 50.

⁵¹⁵ MARTIN VALVERDE, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Op. Cit., p 22.

⁵¹⁶ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 151.

La cuestión es que no es difícil imaginar, por una parte, intensas o graves restricciones al derecho a la intimidad del trabajador, en cuanto “estos dispositivos permiten un control especialmente incisivo”⁵¹⁷ de los trabajadores, y por otra parte, la existencia de una “poderosa razón empresarial (la seguridad general, la atención a servicios ineludibles, etc.) para proceder a tal control”⁵¹⁸.

De ahí, que no sea complejo encontrar diversos casos difíciles o de empa te que involucren la instalación de sistemas de videovigilancia o cámaras, y que ellos sean solucionados por medio de decisiones judiciales que, aplicando el principio de proporcionalidad, deparen “resultados contradictorios, no ya sobre la aplicación en a bstracto de los referidos principios a la luz de los singulares intereses en juego, sino sobre la apreciación en concreto de una misma realidad empresarial”⁵¹⁹.

De hecho, no le cuesta a la misma doctrina encontrar esas aplicaciones contradictorias: la instalación clandestina de cámaras de televisión que graban al trabajador que ejerce de guardia de un museo y que permite sorprenderlo “durmiendo en horas de trabajo” y “masturbándose”, es considerada una medida desproporcionada, “apreciando vulneración al derecho de intimidad del trabajador, y declarando la nulidad del despido disciplinario. Sin embargo en otro caso similar de trabajador vigilante despedido por realizar incumplimientos parecidos (realizar prácticas onanísticas en las que se estimula el órgano sexual hasta culminar las mismas eyaculando sobre el “vade” de la mesa”, dormir, etc.) constatados igualmente a través de cámaras instaladas por una Agencia Privada de Investigación, ha deducido que la medida de control era justificada toda vez que la empleadora no cuenta con otro medio más racional y proporcionado de control, alcanzando la conclusión de que no existió vulneración del derecho a intimidad”⁵²⁰.

⁵¹⁷ THIBAUT, J. Control multimedia de la actividad laboral, Tirant lo Blanch, Valen cia, 2006, Op. Cit., p 31.

⁵¹⁸ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 151.

⁵¹⁹ GOÑI, JL. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Op. Cit., p 48.

⁵²⁰ GOÑI, J. L. Ibídem, p 49. Cabe señalar que se trata del mismo Tribunal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia –STS de Galicia del 30.11.2001 y STS de Galicia del 20.03.2002 respectivamente -.

Un caso paradigmático de intensas razones en ambos sentidos (grave afectación del derecho fundamental del trabajador e intensa necesidad de la medida para la satisfacción del derecho fundamental del empresario), es el resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 186/2000.

En esa situación, la empresa instaló de modo completamente secreto un sistema de cámaras de televisión apuntando a la zona de cajas registradoras, atendido un “descuadre llamativo en la sección textil”. Este control permitió detectar que uno de los cajeros efectuaba cobros irregulares, otro sustraía calcetines del supermercado y por último, un tercer trabajador manipulaba ropa interior femenina.

La sentencia constitucional considera proporcionada la medida –dándole prioridad condicionada al derecho patrimonial de la empresa por sobre el derecho a la intimidad del trabajador- fundándose en el siguiente razonamiento:

“La intimidad del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos” (F. J N°7).

Fácilmente se advierte que en este caso se está al límite de una situación de empate de las que estamos describiendo. Esto porque no es difícil entender que existe un grado de afectación grave de la intimidad de los trabajadores, atendido el carácter secreto de la vigilancia, que, de hecho, permitió no sólo conocer el incumplimiento laboral sino, además,

descubrir conductas fetichistas en el lugar de trabajo de uno de ellos. Y al mismo tiempo, conceder que existía una poderosa e intensa importancia de la medida para la satisfacción del derecho fundamental del empresario -detectar severas irregularidades en el zona de cajas con perjuicio patrimonial para la empresa-.

Y en la propia doctrina laboral se refleja esa situación de vacío normativo, ya que los autores encuentran razones tanto para justificar la de cisión, como para rechazarla.

Para algunos, el grado de importancia de la medida es de tal entidad que la justifica jurídicamente y la torna proporcionada: “la circunstancia de que el empresario no haya informado a los trabajadores de que están siendo filmados no invalida la monitorización cuando se trata de verificar una sospecha cierta acerca de los incumplimientos graves con ocasión del desarrollo de la prestación del trabajador vigilado, de modo tal, que debe aceptarse los controles ocultos –sin conocimiento por parte de los trabajadores- cuando con los mismos se pretende poner de manifiesto la conducta ilícita de un concreto trabajador sobre el que se tienen razonables y fundadas sospechas”⁵²¹.

Para otros, en cambio, el grado de afectación es intenso, ya que el control empresarial ha descubierto conductas que se “realizan en conciencia de no ser observado”, que causarán un “grave deterioro *ad futurum* de la imagen” y ha supuesto un “secretismo” que ha ido más allá de detectar el incumplimiento laboral, y que no se compensa con la importancia que la medida tiene para el derecho de la empresa⁵²².

Cuestiones complejas como éstas –qué hacer en los empates difíciles- llevan a la doctrina a cuestionar en cierto punto la aplicación del principio de proporcionalidad en materia laboral: “sin desconocer el mérito que tiene esta base doctrinal, que de algún modo salva la ausencia de disposiciones legales o suficientes, no puede negarse que faltan soluciones

⁵²¹ THIBAUT, J. Control multimedia de la actividad laboral, Op. Cit., p 40.

⁵²² GUTIÉRREZ, E. “El derecho de la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, RL, T. I, Madrid, 2010, p 929.

rotundas y diáfanas” obligando a “valorar y ponderar casuísticamente, aplicando criterios de racionalidad”⁵²³.

Ahora, la imposibilidad de encontrar una respuesta satisfactoria –“rotunda y diáfana”- para todos en este caso y otros de empate, no debería ser especialmente apremiante para el laboralismo.

La teoría de la ponderación y la proporcionalidad, parece estar perfectamente consciente de esta posibilidad de no encontrar una única respuesta razonable y evidente para solucionar la colisión de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo, especialmente por no parecer obvio el resultado de la comparación de grados de intensidad en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto –los empates de los que venimos hablando-. De hecho, se trata de una “cuestión en la que se pone a prueba la racionalidad del principio de proporcionalidad como un criterio metodológico para orientar la argumentación sobre el contenido de los derechos fundamentales”⁵²⁴.

Como explica ALEXY “la teoría radical señala que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos. La teoría de los principios no ha defendido nunca esa tesis y, por el contrario, siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado”. Lo que ocurre es que “ciertamente no en todos los casos, pero si en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que el conjunto de estos casos es suficientemente interesante, como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada”⁵²⁵.

En ese plano, una posibilidad meramente especulativa en este difícil panorama doctrinal, es enfrentar los vacíos normativos en casos difíciles de empates, mediante la elaboración de un principio que permita justificar de mejor modo la decisión.

⁵²³ SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, Op. Cit., p 280.

⁵²⁴ LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 544.

⁵²⁵ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 530.

Una posibilidad es recurrir al principio *pro-debilis*. En efecto, en la argumentación jurídica laboral una solución posible en estos casos de empate sería aplicar el principio *favor debilis*, principio que supone, como explica BIDART, que “en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones, o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con otra”⁵²⁶.

La justificación de un principio como éste no derivaría del tipo de derechos involucrados en la colisión (ambos son de la misma naturaleza: fundamentales), sino de la diversa situación en que se encuentran los titulares de esos derechos y el contexto en que ellos se ejercen.

Como ha destacado la doctrina laboral, ese contexto “evidencia la asimetría en la que se encuentran los derechos constitucionales que trabajador y empresario aportan al contrato de trabajo. Los derechos que asisten al empresario como ciudadano rara vez van a ser amenazados o inquietados. Y las facultades derivadas de su libertad de empresa, reconducidas al contrato de trabajo, van a gozar de una legitimidad presunta ante la ausencia de limitaciones legales directamente vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador”⁵²⁷.

Lo mismo ha señalado la jurisprudencia constitucional: “*la desigual distribución de poder social entre el trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de derechos fundamentales del trabajador*” (STC 129/89).

Para el trabajador “la referencia próxima y más inmediata de los derechos que le reconocen las normas iusfundamentales es la organización de empresa en la que ha de prestar el

⁵²⁶ BIDART CAMPOS, G. “Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine”, en AAVV, El derecho constitucional del siglo XXI, Argentina, Editor S. A., 2000.

⁵²⁷ VALDÉS DA-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 98.

trabajo convenido; organización ésta que le es ajena y que cuenta con un marco específico que impone sus propias condiciones”⁵²⁸.

El empresario, en cambio, “organiza un ámbito, una *polis*, donde señorea día tras día sobre la libertad de otros ciudadanos; es por ello un poder político privado que no debería tener paridad de tratamiento cuando colisionara con los derechos fundamentales de los trabajadores”⁵²⁹.

De ahí que “lo único seguro es que toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores en virtud de los poderes empresariales ha de observarse restrictivamente”⁵³⁰.

Y a nuestro juicio, la posible utilización de este principio en los casos difíciles como los señalados, tiene una doble fortaleza: primero, se trataría de un principio propio de la interpretación de los derechos fundamentales, que no es sino manifestación directa e inmediata del principio *pro-homine*, pero, además, tiene una faceta laboral innegable ya que atiende al mismo fundamento del principio más elemental del derecho del trabajo, como es el principio *pro-operario* o tutelar.

¿Qué relación existe entre este principio y el *pro operario*⁵³¹?

Es evidente que ambos tienen un grado de cercanía relevante, en cuanto suponen atender a la situación de debilidad del trabajador en la relación laboral, pero no son idénticos.

El ámbito de operación es diverso: el *pro-debilis* operaría en el plano de derechos fundamentales –reconocidos en normas constitucionales–, mientras que el principio *pro-operario* interviene en el plano legal como norma interpretativa de reglas laborales.

⁵²⁸ VALDÉS DAL-RE, F. *Ibidem*, p 99.

⁵²⁹ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Op. Cit.*, p 20.

⁵³⁰ SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, *Op. Cit.*, p 280.

⁵³¹ Corresponde a un “principio aplicativo, de construcción jurisprudencial, tiene su campo de actuación en la interpretación de las normas legales, para cuando éstas permitan distintos sentidos atribuyendo a las mismas el resultado más favorable a los intereses del trabajador”. PALOMEQUE, M. C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, *Op. Cit.*, p 373.

Y su función también es diversa. El principio *pro-debilis* busca resolver un conflicto entre derechos fundamentales y no es, por tanto, un principio interpretativo del derecho, sino un medio de integración de un vacío normativo.

Ahora bien, más allá de las razones político - laborales que lo avalarían y que son evidentes –el desequilibrio en la posiciones de las partes del contrato de trabajo - el fundamento jurídico de un principio como el *pro-debilis* debe ser, en todo caso, constitucional. Ya sea por disposición expresa de las normas constitucionales del ordenamiento jurídico que corresponda, o por su inferencia a partir de otras normas constitucionales del sistema que le otorguen el carácter de principio implícito.

En fin, en rigor, hasta hoy es obvio que no existen normas constitucionales que contengan dicho principio, ni tampoco existe un acuerdo de la comunidad jurídica que lo infiera de otros principios o bienes constitucionalmente protegidos, por lo que se mantiene como una formulación teórica propia de la reflexión jurídica laboral.

2.- El principio de proporcionalidad y otros principios de derechos fundamentales

Finalmente, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en la colisión de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo, cabe revisar su relación con otros principios que son considerados relevantes en la materia, por parte de la doctrina jurídica.

Por ello, en adelante nos referiremos a la relación entre el principio de proporcionalidad y dos construcciones centrales de la protección de los derechos fundamentales: el principio de concordancia práctica y el del respeto del contenido esencial de los derechos.

2.1.- Principio de concordancia práctica en el marco de los conflictos entre derecho fundamentales de trabajador y empresario

Una pregunta interesante de cara a la ponderación es ¿existe la posibilidad de que la ponderación se mire como un empate entre principios, tratando de ponerlos de acuerdo en un punto intermedio o de compromiso, en lugar de afirmar la derrota transitoria de uno de los derechos fundamentales involucrados en la colisión?

Dicho de otro modo, ¿es posible que ante el escenario de optar por una solución, resulte un empate entre los derechos fundamentales del trabajador y del empresario, al momento de aplicar el juicio de proporcionalidad? Y de ser el caso, ¿es posible que en vez de buscar la “precedencia condicionada” de un derecho respecto del otro, se postule la opción de intentar efectuar un arreglo que permita a ambos ser aplicados simultáneamente?

Para algunos esa posibilidad existe. De hecho, la doctrina constitucional habla del “principio de concordancia práctica”, esto es, la necesidad de acordar, en la medida de lo posible, arreglos que hagan aplicables simultáneamente los principios constitucionales, dándoles su máxima efectividad. Y hacia ella debería ir dirigida, precisamente como objetivo prioritario, la solución de colisiones entre derechos fundamentales.

Según dicho principio “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación de valores”, sacrificar uno por el otro, sino que hay que buscar su adecuada coordinación, no debiendo ir “más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos”⁵³².

De ahí que la concordancia práctica suponga “que los preceptos constitucionales, y los bienes e intereses por ellos protegidos, sean, todos ellos, salvaguardados en la solución del caso, sin dar lugar, por lo tanto, a lo que llama HESSE una “apresurada ponderación” entre

⁵³² HESSE, K. “Interpretación constitucional”, Escritos de Derecho Constitucional, CEC, Madrid, 1992, p 45.

unos y otros que concluya en la excluyente afirmación de un precepto y en el consiguiente relegamiento de otro u otros”⁵³³

Dicho principio, incluso, ha sido recepcionado explícitamente por la jurisprudencia constitucional: *“cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (STC 154/2002, F.J 12)”*⁵³⁴. O en el mismo sentido, cuando se afirma que: *“llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos -libertad de información y libertad de empresa- no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que ine vitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del supuesto concreto” (STC 126/2003).*

En este plano, la denominada “concordancia práctica” “exige que la relación de rango o prioridad esté equilibrada. Es decir, debe tratarse que ambos principios logren algún grado de realización: no deben seleccionarse aquellas relaciones de prioridad justificadas en las que un principio logra un muy alto nivel de realización y el colisionante ninguno”⁵³⁵.

Esa misma idea se ha planteado en ocasiones desde la perspectiva laboral señalando que no es posible encontrar “una solución única y clara a dicho conflicto, sino que es preciso avanzar por la vía del equilibrio, siempre difícil, entre intereses constitucionales contrapuestos”⁵³⁶. Asimismo, se señala que este criterio “es el que mejor puede resolver los conflictos entre derechos fundamentales en la empresa pues intenta encontrar un punto de equilibrio en concreto, el que permita en lo posible el más amplio disfrute de los derechos

⁵³³ JIMÉNEZ CAMPO, J. “Interpretación de la Constitución”, Voz de la Enciclopedia jurídica básica, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p 3689.

⁵³⁴ Entre otras STC 199/1987, STC 124/1989, STC 74/1991, STC 12/1992.

⁵³⁵ CLERICO, L. El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, EUDEBA, Buenos Aires, 2009, p 268.

⁵³⁶ PEDRAJAS, A. Despido y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 1992, p 44.

contrapuestos de manera que el sacrificio de uno de ellos sea el mínimo para que el otro pueda disfrutarse de modo razonable”⁵³⁷.

Ante tal escenario se insiste en la necesidad de que “en caso de conflicto entre derechos fundamentales ha de abrogarse por encontrar una fórmula relacional de ambos que garantice el ejercicio de todos ellos”⁵³⁸, lo cual significa que este principio de “concordancia práctica” “supera esta exigencia, lo que supone un plus con respecto al juicio de ponderación” ya que “postula la óptima efectividad posible de los principios o bienes en conflicto”⁵³⁹.

¿Se ajusta esta idea de la “concordancia práctica” al principio de proporcionalidad?

La respuesta no es pacífica. Para algunos ella debe ser negativa. Se dice que la proporcionalidad no supone ni empate ni acuerdo: “la ponderación, por tanto, no es una conciliación. No consiste en poner de acuerdo los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de equilibrio entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los principios es aplicado, el otro ciertamente acantonado”⁵⁴⁰.

Por ello, se ha dicho que la ponderación y el principio de proporcionalidad no exigen una solución intermedia entre los derechos fundamentales en colisión, sino que requiere la preponderancia justificada de uno por sobre el otro, de modo tal que no se exige que ambos principios o derechos tengan algún grado de satisfacción o realización jurídica.

La exigencia de la concordancia práctica, en cambio, como ya dijimos, supone que “debe tratarse que ambos principios logren algún grado de realización; no deben seleccionarse

⁵³⁷ ARAMENDI, P. “Con falda ¿se trabaja mejor?”, *Aranzadi Social*, N° 18, Pamplona, 2008, p 8.

⁵³⁸ ARIAS, A y RUBIO, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Op. Cit., p 41.

⁵³⁹ GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 270.

⁵⁴⁰ GUASTINI, R. “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, Op. Cit., p 637.

aquellas relaciones de prioridad justificadas en las que un principio logra un muy alto nivel de realización y el colisionante ninguno”⁵⁴¹.

De este modo, por ejemplo, en el caso del “despiezador de j amones” (STC 99/1994), la solución exigida por la ponderación se ve satisfecha con la realización de un principio jurídico en forma íntegra –con el derecho a la imagen del trabajador- y con la nula satisfacción del otro principio o derecho en colisión –la libertad de empresa del empleador-. Ese mismo caso, sometido a las exigencias de la concordancia práctica, habría supuesto algo distinto a lo que efectivamente se hizo: la búsqueda de una solución intermedia que no dejara a un derecho –como ocurrió con la libertad de empresa- sin ningún nivel de realización.

Esta incompatibilidad entre proporcionalidad y concordancia práctica también ha sido sostenida por parte de la doctrina laboral: “el equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empleador no está en el punto medio entre ambos” ya que “cuando se exige que toda limitación a los derechos fundamentales supere el triple test de proporcionalidad y que, además, esté estrictamente justificada, se está afirmando su carácter excepcional; sólo en tales casos cabrá limitar los derechos de los trabajadores. Por el contrario, si falla alguno de estos requisitos o condicionamientos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate queda blindado frente al poder de dirección empresarial, y cualquier negación o restricción del mismo ha de considerarse como una vulneración”⁵⁴².

Para otros, no obstante, existe plena compatibilidad entre el principio de proporcionalidad y la concordancia práctica. De hecho subrayan que “el resultado óptimo del ejercicio de una ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución

⁵⁴¹ CLERICO, L. El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, EUDEBA, Argentina, 2009, p 268.

⁵⁴² SEMPERE, A y SAN MARTÍN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, en AAVV El modelo social de la Constitución de 1978, Op. Cit., p 280.

intermedia que en puridad no diera satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”⁵⁴³.

El problema es que esa solución de “arreglo medio” es más bien excepcional, como reconoce la propia doctrina: “ciertamente en el mundo del Derecho una solución conciliadora no siempre será viable”⁵⁴⁴.

En ese sentido, aunque en la mayor parte de las veces la ponderación no tendrá como resultado un arreglo de compromiso entre derechos fundamentales en conflicto, sino el desplazamiento de uno en favor del otro, se reconoce la posibilidad de que existan casos excepcionales de concordancia práctica, como posible arreglo intermedio entre los derechos en conflicto⁵⁴⁵.

Especialmente en aquellos casos en que superadas las limitaciones procesales respectivas⁵⁴⁶, y donde la naturaleza de los derechos fundamentales enfrentados lo permita - particularmente cuando la medida empresarial admita graduaciones - la “concordancia práctica” podría ser el modo de resolver algunos casos difíciles a los que nos referíamos antes.

En ese sentido, una situación paradigmática corresponde a la denominada doctrina del “acomodo razonable” (*reasonable accommodation*) y su aplicación -principalmente en el derecho de Estados Unidos- a un caso laboral tradicional: los trabajadores sabatistas (*sabbatarian cases*). Se trata de aquellos casos cuya pretensión consiste en “la negativa de un sujeto a realizar cualquier actividad laboral en sábado, por considerarlo un día de descanso de acuerdo a sus creencias religiosas”⁵⁴⁷.

⁵⁴³ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 192.

⁵⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, L. Idem.

⁵⁴⁵ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit, p 554 y ss.

⁵⁴⁶ Las estructuras procesales en litigios entre particulares no suelen admitir soluciones intermedias entre las partes, sino que suponen resolver el asunto en favor de uno u otro de los contrincantes, bajo el riesgo de que el juez y la sentencia que emita, incurra en vicios de validez comúnmente conocidos como “extrapetita”, ya que no existiría coincidencia entre el objeto pedido por las partes y lo decidido por el juez.

⁵⁴⁷ GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER, J. “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, Op. Cit., p 271.

En estos casos, se contraponen la libertad religiosa del trabajador –que le exige no prestar servicios en días de descanso religioso- con la libertad de empresa –que le permite organizar la jornada de sus trabajadores del modo más conveniente a los intereses empresariales-. Y la solución del derecho norteamericano supone, en ciertas condiciones, algo similar a la concordancia práctica: el empresario debe efectuar los ajustes necesarios (grado de cumplimiento del derecho a la libertad religiosa), siempre que dichos ajustes no sean excesivos (grado de satisfacción del derecho a la libre empresa).

Se trata, en todo caso, de una situación expresamente prevista por la ley que obliga al empleador a efectuar los ajustes necesarios para permitir el ejercicio de la libertad religiosa de sus trabajadores. El Título VII de la Civil Rights Act (1967) y su enmienda Randpolh, establecen como “práctica ilegal” la negativa del empleador de aceptar los ajustes necesarios (“*reasonable accomodation*”) para lograr una solución que permita a sus trabajadores ejercer su derecho a la libertad religiosa. Pero, como se trata de una solución intermedia, dicha exigencia de adecuación tiene un límite y es que esa adecuación empresarial no provoque un gravamen excesivo (“*undue hardship*”)⁵⁴⁸.

2.2.- El principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales

Un principio especialmente significativo en el tema de los derechos fundamentales es el de respeto a su “contenido esencial”. Se trata de un principio jurídico expresamente previsto por el texto constitucional, que en su artículo 53.1 establece “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio” de los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II.

⁵⁴⁸ Para la revisión del tema ver GLEASON, I. “Religious Discrimination in Employment: Title VII and the Constitution”, J. Church & St., Vol. 29, 1987 y PLAYER, M. Employment discrimination law, West Publishing, Co., Minnesota, 1988. En España ver PALOMINO, P. “Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 51, Madrid, 1991, p 908 y ss.

Primeramente, cabe señalar que esta cláusula del “contenido esencial”, como límite a los límites de los derechos fundamentales presenta uno de los desacuerdos entre juristas más relevantes del constitucionalismo de postguerra⁵⁴⁹. Salvo un aspecto referido a su función – todos parecen aceptar que se trata de un “límite de límites”-, todos sus costados generan debate y disputa a los que nos referiremos en adelante.

El Tribunal Constitucional, en la STC 11/1981, a propósito del contenido esencial del derecho de huelga, intentó fijar el modo de dotar de contenido a esta exigenci a:

“Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decir así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”

Y agregó que:

“Se puede (...) hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo se rebasa se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan mas allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ La literatura jurídica en este punto es abundante. Ver entre otros DE OTTO Y PARDO, I. “La garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española” en AAVV Derechos Fundamentales y Constitución, Madrid, Civitas, 1988; PAREJO, L. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia de 8 de abril de 1981”, Revista española de Derecho Constitucional, N °3, Madrid, 1981, p 183 y ss.; MARTÍNEZ -PUJALTE, A. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 1997.

⁵⁵⁰ La doctrina suele entender que en la sentencia 11/1981, el TC fijó dos modos de dar con el contenido esencial de un derecho fundamental: primero, recurriendo a la denominada “naturaleza” del derecho de que se trata, que dice relación con el modo de concebir el derecho en cuestión. Para ello, ser ía necesario establecer un vínculo entre las palabras utilizadas por las normas jurídicas que consagran el derecho con un conjunto de posiciones que se entenderían, por convicciones generales de los juristas, como parte de ese derecho. En el segundo caso, se entienden por “contenido esencial” a los intereses jurídicamente protegidos por la norma que

La principal de esas disputas, más allá de su definición o de su concreto contenido, es cómo debe entenderse la extensión del ámbito cubierto por ese contenido esencial.

Para algunos –que sostienen la denominada teoría absoluta- el contenido esencial de un derecho fundamental es una zona de protección de determinados intereses y posiciones que conforman su núcleo o centro y que no admite restricciones de ninguna naturaleza. Postulada “por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia: en todo derecho –viene a decir- existe un “núcleo duro” indisponible que no puede ser restringido en ningún caso, ni siquiera aunque hubiesen buenas razones para hacerlo”⁵⁵¹.

Como es fácil advertir, esta teoría supone distinguir entre dos ámbitos o zonas de un mismo derecho fundamental: la zona periférica –o contenido adicional- y la zona central o nuclear –el contenido esencial-. Y hecha esa distinción, las limitaciones o restricciones “sólo son admisibles en la zona accidental o “no esencial”, pero nunca en el núcleo de un derecho”⁵⁵².

Dicho de otro modo, “las restricciones que caen bajo ese núcleo duro, están prohibidas definitivamente desde el punto de vista constitucional”⁵⁵³.

El contenido esencial se alza, de esta manera, como “un límite definitorio de sustancia nuclear que en ningún caso puede ser traspasado”, siendo ese núcleo constituido por aquellas “características determinantes del derecho cuya desaparición determina *per se* una transmutación de éste, que dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto”⁵⁵⁴.

establece el derecho fundamental. Se trataría de aquellos intereses que preceden a la norma jurídica que establece el derecho y que protegen posiciones iusfundamentales para el titular del derecho. Ver MARTÍNEZ- PUJALTE, A. y DOMINGO, T. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Palestra, Lima, 2010, p 52 y ss.

⁵⁵¹ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 232.

⁵⁵² BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 404.

⁵⁵³ CLERICO, L. El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, Op. Cit., p 88.

⁵⁵⁴ PAREJO, L. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia de 8 de abril de 1981”, Op. Cit., p 187.

La principal crítica a esta teoría es evidente: no existe ni remotamente un criterio objetivo, y que tenga aceptabilidad generalizada, que permita determinar qué es lo esencial en un derecho, de lo que no lo es –el contenido adicional-. Como se señala “no se trata ya de un concepto indeterminado, sino impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que es esencial en un derecho fundamental”⁵⁵⁵.

La teoría relativa, en cambio, sostiene que “el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación. Las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”⁵⁵⁶.

Según esta teoría “la garantía de contenido esencial se limitaría a exigir que cualquier restricción que se efectúe sobre un derecho fundamental esté suficientemente justificada, siendo el test que se aplica para examinar esta justificación el principio de proporcionalidad”⁵⁵⁷.

¿Qué relación existe entre este principio de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y el de proporcionalidad?

De partida ambos tienen algo en común: son límites a los límites de los derechos fundamentales., es decir, ambos sirven a la misma función, determinar en qué condiciones serán aceptables jurídicamente las restricciones a los derechos fundamentales.

La cuestión es si son compatibles. Y en este punto la distinción que ya efectuamos es clave: todo depende de la tesis que se sostenga respecto del contenido esencial -absoluta o relativa-.

⁵⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit. p 234.

⁵⁵⁶ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 259.

⁵⁵⁷ MARTINEZ- PUJALTE, A. Y DOMINGO, T. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Op. Cit., p 48.

De la tesis del contenido relativo no corresponde hacer mayor análisis. Entendido, en palabras de ALEXY, como aquello que queda después de la ponderación, entonces no cabe sino concluir en la plena compatibilidad entre esta teoría y el principio de proporcionalidad.

No es difícil entender que en este caso, la exigencia del contenido esencial deviene en irrelevante e innecesaria. Si el contenido esencial de un derecho fundamental es lo que queda de él después de la aplicación del principio de proporcionalidad, entonces, dicho principio no juega ningún rol autónomo respecto de la ponderación.

De ahí que se diga, por el propio ALEXY, que la garantía del contenido esencial “no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de las restringibilidad de los derechos fundamentales”⁵⁵⁸.

La teoría del contenido esencial absoluta, en cambio, es incompatible con el principio de proporcionalidad. Ello, porque supone un ámbito irreductible *a priori* y de protección definitiva de un derecho fundamental, sin considerar ni permitir su eventual restricción por la existencia de exigencias derivadas de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, que es lo que constituye precisamente la ponderación.

Este difícil ajuste entre contenido esencial absoluto y principio de proporcionalidad puede que “explique la tendencia relativizadora que se observa en la jurisprudencia constitucional española: tan sólo cabe argumentar sobre las razones que justifican la limitación de un derecho, de manera que, al final, el contenido esencial viene a ser aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o sin justificación suficiente”⁵⁵⁹.

En efecto, “la visión absoluta, de un núcleo duro intangible y de contenidos adicionales que podrían en cambio limitarse, ha quedado arrinconada y apenas merece alguna alusión episódica en las sentencias del TC”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 291.

⁵⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 236.

⁵⁶⁰ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 26.

Ahora, no siempre parece haber claridad en este punto por parte de la doctrina laboral. Así, se afirma en una opinión que no tendría el sustento de la teoría de la proporcionalidad, que “el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se supera si la medida restrictiva es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La proporcionalidad así entendida exige en cualquier caso el respeto al contenido esencial del derecho fundamental”⁵⁶¹.

En rigor, lo anteriormente señalado –“el respeto en cualquier caso al contenido esencial” - no es compatible con el principio de proporcionalidad. Y ello, porque la frontera entre las restricciones empresariales permitidas y prohibidas, o dicho de otro modo, justificadas o injustificadas, no esta dada por un supuesto límite o frontera entre un contenido no esencial y otro esencial, sino por la existencia de una justificación proporcionada en sentido amplio –razones idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto -.

Las consecuencias del abandono de la tesis del contenido esencial absoluto en materia laboral son significativas, especialmente si éstas se miran desde el punto de vista de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. Ya no existe un mínimo no traspasable por el ejercicio de los poderes del empresario, quien más que sujeto a una prohibición –la de no traspasar ese núcleo básico-, queda sujeto a un deber de fundamentación: deberá acreditar que tiene razones proporcionadas para restringir el derecho fundamental de que se trate.

Puesto en términos de casos reales, cabe señalar que el principio de proporcionalidad no prohíbe que el empleador instale micrófonos que graben las conversaciones de los trabajadores en los puestos de trabajo (STC 98/2000), porque esta medida afecte alguna parte relevante del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores, sino que cosa

⁵⁶¹ SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva, Op. Cit., p 279.

distinta, porque las razones justificatorias del empresario son débiles desde el punto de vista de su escrutinio a la luz del principio de proporcionalidad.

En ese contexto, lo ilícito de la conducta del empresario no es que se traspase una barrera infranqueable del contenido del derecho –como lo sostendría la teoría del contenido esencial absoluto-, sino que el empresario no ha cumplido con su deber de justificación de la medida o conducta como lo exige el principio de proporcionalidad.

El dato definitivo no es que el empresario encuentre como límite a sus facultades directivas y de mando el núcleo esencial de un derecho fundamental del trabajador, de modo tal que las ejerce conforme a derecho si respeta tal contenido, sino que dicha conformidad viene dada por el respeto a las exigencias derivadas de la proporcionalidad en sentido amplio – idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto -.

Y si esto es así, entonces el eventual adelgazamiento de los derechos fundamentales del trabajador, como resultado de un principio de proporcionalidad que no asegura ningún espacio irreductible – que era, precisamente, lo garantizado por el contenido esencial - despierta evidente rechazo:

“Llegado a este punto, ya no nos parece que la postura sea tan garantista, es más, nos parece un tanto peligrosa desde el momento en que admite que determinados individuos puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales, tanto en el contenido esencial, como en el más amplio, contenido constitucional, siempre que se observen unos determinados requisitos: que dicha limitación esté justificada por la protección de otro bien o valor constitucional y que respete el principio de proporcionalidad”⁵⁶².

Por lo mismo, se crítica desde la doctrina laboral el “relativismo” de la proporcionalidad – al sostener un contenido esencial relativo y no absoluto-: “se trata de una deficiencia estructural del principio aludido, conectada con el predominio de la visión relativa, antes que absoluta, del derecho fundamental”, lo que se traduce en que “todo queda reducido a

⁵⁶² CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 503.

una ponderación de intereses en la coyuntura concreta y el resultado puede variar en función de las circunstancias, de los sacrificios recíprocos, incluso de las actitudes formales de los actores”⁵⁶³.

De ahí que parte de la doctrina laboral sostenga que la importancia del principio de proporcionalidad debe ser atenuada “porque adolece de una cierta debilidad para garantizar posiciones subjetivas del trabajador”⁵⁶⁴.

De este modo, posiciones del trabajador que podrían haberse considerado parte de ese núcleo que comprende el contenido esencial de sus derechos fundamentales, se ven ahora bajo la aplicación de la ponderación y de la relativización de la “garantía del contenido esencial”, sujetas a restricciones proporcionadas:

“Aplicando esta doctrina, el Tribunal Supremo ha admitido que no produce violación del derecho al honor la vigilancia de un trabajador a cargo de un detective contratado por la empresa a fin de obtener pruebas de un incumplimiento contractual”, así “se ha admitido por la doctrina judicial que es proporcional y admisible la instalación de cámaras de video para el control de la actividad laboral en una clínica odontológica, a fin de comprobar el horario de un trabajador” y en fin, “junto a estos supuestos también se ha admitido que no vulnera el derecho a la intimidad la contratación de detectives en supuestos de incapacidad temporal, para comprobar por las cintas de video que no se está desempeñando ninguna otra actividad laboral durante el tiempo que dura la incapacidad”⁵⁶⁵.

O en la misma perspectiva “también se ha considerado ajustado a la doctrina constitucional la actuación de la empleadora de encargar a una empresa especializada la instalación de un programa espía, a objeto de registrar, mediante copia del disco duro, las entradas efectuadas

⁵⁶³ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 27.

⁵⁶⁴ GOÑI, J. L. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Op. Cit., p 84.

⁵⁶⁵ RODRIGUEZ, M. J. “Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva”, Actualidad Jurídica Aranzadi, N ° 712, Pamplona, 2006, p 4.

por el trabajador en Internet y las páginas visitadas, haciendo un seguimiento de la terminal usada por el trabajador, sin conocimiento del mismo”⁵⁶⁶.

¿Cómo enfrentar, entonces, esta crítica de la relativización extrema de los derechos fundamentales que supone la proporcionalidad en los casos límites donde es posible, en términos del propio ALEXY, que “en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”?

La pregunta tiene pleno sentido, aun cuando la teoría de la proporcionalidad pudiera tener una respuesta: en aquellos casos donde la afectación del derecho es tan intensa y tan grave, simplemente no existen posibilidades de justificar o compensar esa pérdida con la necesidad de satisfacer otro derecho fundamental. En términos laborales, la cuestión sería la siguiente: la instalación de cámaras de video en las puertas del baño o del comedor de la empresa no parece tener compensación alguna para servir de justificación en términos del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Como señala su teórico principal “existen condiciones en las cuales puede decirse con muy alta seguridad que no tiene precedencia ningún principio opuesto”⁵⁶⁷. En ese sentido, “la cláusula del contenido esencial no es aquí una exigencia autónoma o suplementaria, sino una razón más en favor de la ponderación que, en condiciones normales, permite ahorrar una parte de la argumentación cuando nos hallamos ante intervenciones patente y especialmente lesivas”⁵⁶⁸.

Ahora, cabe explorar, de igual modo, una respuesta desde fuera del principio de proporcionalidad, con el fin de intentar salvar la idea de contenido esencial del derecho fundamental en relación con el principio de proporcionalidad.

⁵⁶⁶ GOÑI, J.L. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial; debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Op. Cit., p 85.

⁵⁶⁷ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 261.

⁵⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 236.

Y esa posibilidad existe, limitando o morigerando los resultados de la ponderación y la proporcionalidad, por la vía de sostener que existe compatibilidad entre la cláusula del contenido esencial y la proporcionalidad, las que operarían como principios complementarios.

De este modo, las restricciones a los derechos fundamentales tendrían una doble limitación: primero, superar las exigencias del principio de proporcionalidad –idoneidad, necesidad y proporcionalidad–, y segundo, no afectar el contenido esencial del derecho fundamental.

Para ello, es necesario sostener una tesis mixta del contenido esencial. La idea central de esta posición es reconocer un contenido esencial como núcleo del derecho que no puede ser objeto de restricción alguna, y un contenido “no esencial” o “accidental” que podría ser motivo de limitaciones bajo las exigencias del principio de proporcionalidad. Así, las restricciones a los derechos fundamentales deben superar “los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto; y finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial”⁵⁶⁹.

Se hace así compatible la exigencia del “contenido esencial” y el “principio de proporcionalidad”: “el núcleo esencial es irreductible, nunca puede ser afectado. La periferia, en cambio, sí puede sufrir restricciones, siempre y cuando observen el principio de proporcionalidad”⁵⁷⁰.

De esta perspectiva, la medida empresarial de incorporar un sistema de vigilancia en el puesto de trabajo supondría una restricción al contenido disponible del derecho, restricción que debería ser enjuiciada con el criterio de la proporcionalidad; mientras que la medida de instalar cámaras en los lugares de entrada y salida de los baños sería una restricción al

⁵⁶⁹ MEDINA G, M. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, p 170.

⁵⁷⁰ BERNAL PULIDO, C. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, Op. Cit., p 422.

núcleo esencial del derecho del trabajador de intimidad, de modo tal que siempre debería ser considerada injustificada, con prescindencia de su proporcionalidad.

Dicho de otro modo, en una parte del contenido del derecho fundamental del trabajador operaría el juego de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad, y en la otra –la esencial propiamente tal- no cabría ponderación alguna por existir una protección definitiva derivada del contenido esencial del derecho fundamental.

Esta opción ha sido expresamente propuesta en materia laboral, ya que implica “la valoración implícita de que hay ciertos contenidos absolutamente intangibles mientras que otros podrán perderse ocasionalmente en el juego de las ponderaciones”⁵⁷¹.

Por lo tanto, “habrá que llamar la atención sobre que, mientras que el contenido esencial, por antonomasia, se traduce en una zona intocable de derechos, impenetrable para el legislador, éstos se harían también acreedores de otra zona, externa, de “carácter claudicante”, que podría ser sacrificada por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales, siempre que el límite sea proporcionado. Si no lo es, esto es, si una medida incidiera en un derecho fundamental mas cuanto fuese proporcionado representaría una violación del citado contenido”⁵⁷².

Se trata, que duda cabe, de una atractiva solución intermedia para los casos laborales, “que deja a salvo los dos lemas fundamentales del sistema de derechos fundamentales: siempre se garantizará una protección mínima del derecho y nunca se permitirá una limitación innecesaria o no justificada del mismo”⁵⁷³.

El problema de esta tesis –que intenta conciliar el contenido esencial con la proporcionalidad-, en todo caso, es evidente: permanece intacta la dificultad de fijar con qué criterios se hará la distinción entre el contenido esencial y el contenido adicional y, por tanto, que parte del derecho queda exento o sujeto a la ponderación.

⁵⁷¹ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., p 29.

⁵⁷² TERRADILLO, E. Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo, Op. Cit., p 87.

⁵⁷³ PRIETO SANCHÍS, L. Ley, principios y derechos, Dyckinson, Madrid, 1998, p 71.

3.- La aplicación del principio de proporcionalidad y la teoría externa de los derechos fundamentales en la empresa

Una vez explicado el contenido y la estructura del principio de proporcionalidad en materia laboral, cabe revisar, por último, las consecuencias que su utilización tiene para las relaciones de trabajo, particularmente sus fortalezas y debilidades en relación con la protección de los trabajadores y sus derechos fundamentales.

3.1.- Las teorías externa/interna y los derechos fundamentales del trabajador

La utilización del principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo en los términos en esta tesis expuestos, supone no sólo la introducción de un mecanismo jurídico para resolver conflictos de normas o posiciones constitucionales entre trabajadores y empresarios como es la ponderación, sino que la incorporación de un conjunto teórico de mayor calado y que aquí hemos expuesto, en el Capítulo II, como la denominada teoría externa de derechos fundamentales.

Dicha teoría supone la afirmación simultánea y coherente de diversos presupuestos conceptuales acerca de la estructura de los derechos fundamentales, y que giran en torno a la idea central de entenderlos como derechos restringibles.

Dichos presupuestos, como antes señalamos, dicen relación con:

a.) las normas que establecen derechos fundamentales son principios y éstos corresponden a mandatos de optimización que ordenan maximizar, en la mayor medida posible, lo prescrito por la norma que establece el derecho fundamental.

b.) dichos derechos fundamentales deben ser entendidos, primero, de acuerdo con una concepción amplia o extensiva del ámbito de protección, y segundo, los límites de esos derechos han de corresponder a restricciones provenientes de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionales.

c.) los mecanismos que deben ser utilizados para resolver las disputas entre derechos fundamentales, como la ponderación, y las reglas que deben gobernar la restricción justificada de esos derechos, específicamente la aplicación del principio de proporcionalidad

De este modo, entender los principios –a diferencia de las reglas- como normas jurídicas optimizables, con condiciones abiertas y derrotables, tiene relevantes consecuencias sobre la concepción de los derechos fundamentales: “la visión de los derechos fundamentales como estructuras normativas complejas, en las que se conjugan normas dotadas de validez *prima facie* (principios) y validez definitiva (reglas); una teoría amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales; una teoría externa acerca de sus límites; la determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de un ponderación entre principios”⁵⁷⁴.

La base de esta teoría es distinguir entre dos momentos sucesivos en la delimitación del ámbito protegido de un derecho fundamental: primero, una esfera inicial o *prima facie* cuyo contenido está protegido de modo inicial y provisional, y segundo, una zona definitiva de protección. Entre ambos momentos media la ponderación.

La razón conceptual es sencilla: los derechos fundamentales que se ponderan son considerados restringibles y, por ende, su contenido nunca es definitivo o inderrotable, cuestión que supone que se les delimite ampliamente, a sabiendas de que podrán ser restringidos más tarde en un eventual conflicto con otro derecho fundamental⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 135.

⁵⁷⁵ La tesis amplia de contenido de los derechos fundamentales, es sostenida por autores como NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe. Op. Cit. p 95 y ss; MEDINA GUERRERO, M. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, Op. Cit., p 95; y BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 458 y ss.

En otras palabras “este amplio contenido prima facie del derecho fundamental no puede garantizarse de modo definitivo en toda su extensión” y esto ocurre porque las normas o posiciones protegidas inicialmente “se contradicen y entran en conflicto con normas protegidas por otras disposiciones constitucionales”(…)“una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva”⁵⁷⁶.

Esta perspectiva de la teoría externa –la de la restringibilidad de los derechos fundamentales- se encuentra fuertemente presente en la doctrina laboral la que suele sostener en una frase de estilo, luego de afirmar la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, que esos derechos no son absolutos y que se encuentran afectos a restricciones en razón de otros derechos o bienes jurídicos:

“Los derechos fundamentales de la persona del trabajador no se sustraen, desde luego, a esta regla general. No son éstos en modo alguno derechos absolutos; son derechos cuyo contenido se encuentra limitado. Pero como cualquier otro derecho fundamental, los de titularidad del trabajador/ciudadano sólo pueden experimentar restricciones por otros derechos, bienes y valores de rango equivalente”⁵⁷⁷.

Estas restricciones o recortes a los derechos fundamentales del trabajador en relación con la actividad empresarial son calificadas, como ya se expuso latamente en el capítulo anterior, “como un problema de colisión con otros derechos fundamentales en el marco de la organización empresarial, mencionándose de forma constante como fuente de estas limitaciones los relativos a la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE), entre otros”⁵⁷⁸.

Ahora, a diferencia de lo anterior, la denominada teoría interna de los derechos fundamentales supone que tienen un contenido definitivo que, siendo reducido o estrecho,

⁵⁷⁶ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 585.

⁵⁷⁷ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., 96.

⁵⁷⁸ RIVERO L, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit., p 508

viene fijado de antemano o preformado, contando desde el inicio con unas determinadas limitaciones –límites internos o inmanentes según se llame-.

Así se dirá que “la Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y determina todos sus alcances. El contenido de todo derecho ya viene limitado, por así decirlo, de antemano y desde dentro, por la propia Constitución”⁵⁷⁹. En dicha tesis, “todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental, tienen una validez definitiva no sólo una validez *prima facie*. Sin embargo, el conjunto de normas y posiciones que conforman el contenido de cada derecho, tienen un volumen reducido”⁵⁸⁰.

Por lo anterior, “entre los derechos y sus “límites” existiría algo así como una frontera infranqueable, de manera que operarían como reglas a las que en su caso sería de aplicación el criterio de especialidad: o mi conducta queda tutelada por un derecho y entonces no puede ser restringida o, por el contrario, me muevo en los márgenes externos del derecho fundamental y entonces cualquier norma legal podría imponer sanciones”⁵⁸¹

En esta tesis se postula que “entre el derecho y su límite no existiría propiamente antinomia porque sus respectivos supuestos de hecho estarían comunicados”, ya que “aquellas conductas o ámbitos de inmunidad tutelados por el derecho no serían en ningún caso limitables, mientras que aquellos otros que quedasen fuera de la definición podrían ser libremente configurados por el legislador”⁵⁸².

De esta forma, dentro del ámbito o contenido de un derecho fundamental del trabajador existiría una protección absoluta y definitiva, de modo tal que cualquier injerencia o restricción derivada de las medidas adoptadas por el empresario, debería ser considerada como una lesión de dicho derecho fundamental y no le correspondería recibir el amparo o protección del sistema jurídico.

⁵⁷⁹ DE OTTO Y PARDO, I. “La Garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución española” en AAVV Derechos Fundamentales y Constitución, Madrid, Civitas, 1988, p 106.

⁵⁸⁰ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 442.

⁵⁸¹ PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Op. Cit., p 218.

⁵⁸² PRIETO SANCHÍS, L. *Ibidem*, Op. Cit., p 219.

Para ejemplificar esta posición en un caso específico, podemos señalar que si el contenido del correo electrónico de un trabajador es considerado como parte de su derecho a la intimidad o de cualquier otro (como el de secreto de las comunicaciones), entonces, cualquier medida empresarial que afectara dicho contenido debería ser entendida como una lesión de dicho derecho fundamental, prescindiendo de la cuestión de si existían o no razones justificatorias de la misma.

Asimismo, si la posición afectada del trabajador se considera que se encuentra fuera del ámbito protegido de un derecho fundamental, el empresario quedaría autorizado para adoptar cualquier medida que la afecte, en cuanto se trataría de una zona de intereses del trabajador no protegida por el derecho fundamental de que se trata.

3.2.- Impacto de la utilización de la teoría externa y la proporcionalidad en el modelo de relaciones laborales

La utilización de una teoría externa y del principio de proporcionalidad en las relaciones laborales tendrá impacto, entonces, desde la configuración material de esas relaciones y el ejercicio de los derechos fundamentales de las partes, que aquí denominaremos un “modelo argumentativo”.

Utilizando términos gráficos, se trata de un modelo en que los derechos fundamentales de las partes “representan conjuntos secantes, de modo que existe un espacio de intersección entre ellos, que es justamente el espacio en que se producen los conflictos”⁵⁸³.

En ese modelo, los derechos no garantizan un espacio irreductible para ejercer sus facultades a cada titular del derecho, sino que se yuxtaponen unos con otros en un punto de intersección que explican lo que aquí hemos denominado colisiones de derechos fundamentales entre las parte del contrato de trabajo.,

⁵⁸³ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 1997, p 133.

En otras palabras, cada derecho fundamental, tanto del trabajador como del empresario, se irradia y expande al ámbito espacial que es la empresa, existiendo múltiples roces e intersecciones en zonas comunes, que deberán ser resueltas en favor de aquel que, según la ponderación efectuada, debe transitoriamente primar por sobre el otro derecho presente en la colisión.

Los derechos fundamentales de ambas partes son restringibles, la cuestión es determinar en cada caso qué derecho será el que soportará en definitiva la restricción, y ello se hace utilizando el estándar argumentativo propio del principio de proporcionalidad: “el juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela”⁵⁸⁴.

Se abandona así el “modelo geográfico” propio de la teoría interna de los derechos fundamentales, que dividía el espacio empresarial en zonas propias y excluyentes para cada derecho fundamental de las partes. Situación en que los ámbitos protegidos por los derechos fundamentales representaban un conjunto tangente de circunferencias, que no tiene zonas de intersección que provoquen colisiones entre los derechos de las partes.

Cada derecho tiene, en este modelo, un ámbito protegido o contenido fijo y definitivo, y entre ellos existe una suerte de armonía simétrica dada por la correcta delimitación de uno respecto del resto de los derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que “los supuestos usualmente planteados como colisión entre derechos o entre derechos y bienes constitucionales, son en realidad seudo colisiones, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho que se trate”⁵⁸⁵.

De este modo, por ejemplo, la intimidad o privacidad del trabajador “encaja” perfecta y simétricamente con la propiedad del empleador, de forma tal que, habiendo un problema

⁵⁸⁴ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Op. Cit., p 101.

⁵⁸⁵ SERNA, P y TOLLER, F. La interpretación constitucional de los derechos. Una alternativa a los conflictos de derechos, Op. Cit., p. 65.

sobre el punto, sólo corresponde aplicar el adecuado método jurídico interpretativo para saber de qué lado está la situación o porción de la realidad que ha dado lugar al litigio: de la vereda de la intimidad o de la vereda de la propiedad del trabajador, nunca de ambas al mismo tiempo.

En un interesante caso, un fallo judicial –la STSJ de Galicia, de 25 enero de 1996- “se pronunció sobre la instalación por parte de la empresa propietaria de un casino de juegos de micrófonos disimulados, aunque no ocultos, en la mesa de juego o de la ruleta y en la caja de cambios”, descartándose una posible vulneración al derecho de la intimidad, ya que “el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el referido derecho por parte de los trabajadores”, ya que ese “derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en la empresa hay que limitarlo a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral”⁵⁸⁶.

Leída en clave de teoría constitucional, lo que ese órgano judicial está sosteniendo es algo así como lo siguiente: las conversaciones entre el trabajador y un cliente llevadas a cabo dentro del lugar destinado a prestar los servicios, no pueden dar lugar a ninguna colisión entre la propiedad y la privacidad, porque esa situación fáctica no corresponde a ninguna zona común entre esos derechos fundamentales de las partes, sino que a un espacio reservado, de modo excluyente, al derecho de propiedad.

El carácter geográfico del razonamiento es obvio: las conversaciones “en los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos” son parte del espacio reservado para la intimidad del trabajador, los “lugares en que se desarrolla la actividad laboral”, en cambio, son parte de la zona reservada para el derecho de propiedad.

Mirado desde la perspectiva de la proporcionalidad y su modelo “argumentativo” la cuestión es distinta: cualquier espacio empresarial puede ser una zona para el ejercicio de la privacidad de los trabajadores y, al mismo tiempo, de las facultades propias del derecho de

⁵⁸⁶ ARIAS, A. y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 156.

propiedad. Por ello, la instalación de micrófonos que graben las conversaciones en los lugares de trabajo, sea que se trate de los baños o del mismo puesto de trabajo, supone un punto de intersección en los espacios protegidos de ambos derechos que debe ser resuelto en favor de la parte que exhiba las mejores razones y/o argumento desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Por ello, ante la misma situación fáctica – instalación de micrófonos en el lugar que presta los servicios el trabajador- el razonamiento judicial es diverso, considerándose, ahora por el Tribunal Constitucional, que la medida efectivamente vulnera el derecho de intimidad de los trabajadores (STC 98/2000):

“La implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino).

Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes”.

La vulneración al derecho a la intimidad no se produce, en la argumentación constitucional del fallo, porque la instalación de los micrófonos se realiza en algún lugar específico de la empresa, sino porque la misma no se justificó proporcionadamente, en términos de la finalidad perseguida por la empresa.

La referencia al “modelo argumentativo” es obvia: la intromisión es ilegítima, dice el fallo, porque “*no existe argumento definitivo*” que justifique a la “*empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes*”.

En el mismo sentido, la medida empresarial de interceptar las comunicaciones por teléfonos al interior de la empresa tiene una solución distinta, según se le trate al interior del modelo “geográfico” o del modelo “argumentativo” ya descritos.

En el primero, la cuestión reviste cierta sencillez aparente: el punto es saber si la utilización del aparato de teléfono de la empresa –en una línea pagada por el empresario- se encuentra dentro del ámbito protegido por la propiedad o, cosa distinta, por el ámbito protegido por el secreto de las comunicaciones o la privacidad del trabajador, según se trate.

En esta línea puede sostenerse que los sistemas de comunicación telefónicos tienen la “condición de herramientas de trabajo” y por tanto, “debe considerarse legítimas las facultades del empresario de interceptar las comunicaciones de sus trabajadores sin requerir su consentimiento ni recabar autorización judicial. En efecto, en tales casos las comunicaciones realizadas por el trabajador se pueden considerar también como propias de la empresa y, además, como la interceptación no es clandestina, se respeta el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 de la CE”,⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ ROQUETA, R. Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa, Op. Cit., p 55.

En el modelo argumentativo propio de la ponderación y la proporcionalidad la cuestión se resuelve de modo distinto: en la utilización de los sistemas de comunicaciones telefónicas de la empresa se produce una zona de intersección entre los derechos fundamentales de las partes, siendo un espacio donde concurren, al mismo tiempo, el derecho de propiedad del empresario –que justifica el control de la conversación- con el derecho al secreto de las comunicaciones o la intimidad del trabajador –que protege la confidencialidad de la misma-

De ahí, en fin, que la doctrina señale al respecto que: “no se impide a los empresarios escuchar y grabar las conversaciones que mantienen sus trabajadores, pues suponen vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa, pero sí que esta injerencia puede realizarse sin cumplir con los límites establecidos por el Tribunal Constitucional al no contar con el consentimiento del trabajador. El contenido material de la conversación debe quedar lo más preservado posible del conocimiento empresarial, recurriendo a las técnicas alternativas menos intrusivas si las hubiere y fueren suficientes para satisfacer la legítima pretensión del empresario. Así, para determinar la naturaleza laboral o extralaboral de las llamadas realizadas bastará con discriminar en las facturas de la compañía telefónica según los números marcados desde dicho teléfono. Del mismo modo que se ha de rechazar por absolutamente desmedido, y por tanto muy alejado del principio de proporcionalidad, la grabación y escucha de los trabajadores para verificar si cumplen con sus obligaciones laborales cuando las llamadas telefónicas constituyen un aspecto secundario – por ejemplo en funciones administrativas o de secretariado- o, incluso, marginal de la prestación laboral”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ THIBAUT, J. El control multimedia de la actividad laboral, Op. Cit., p 49.

CONCLUSIONES

1.- La conexión Derecho del Trabajo y Constitución puede entenderse en dos direcciones distintas. Se habla así, en primer lugar, de constitucionalización del Derecho del Trabajo para aquellos casos en que derechos de carácter laboral son reconocidos por las normas constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico, proceso conocido como el “constitucionalismo social”; pero también, en segundo lugar, para aquellos casos en que las normas constitucionales que estipulan derechos fundamentales no laborales son recepcionadas por la regulación laboral de un ordenamiento jurídico, proceso conocido como “ciudadanía en la empresa”.

En primer término, se verificó el constitucionalismo social. En efecto, en los inicios del siglo veinte el recién nacido Derecho del Trabajo y el viejo orden constitucional no tenían punto de contacto. Eran de algún modo dos desconocidos. En la cultura jurídica de la época era completamente normal el divorcio absoluto entre el principal instrumento dogmático del nuevo derecho –el contrato de trabajo- y la principal técnica de protección de los individuos del derecho constitucional –las libertades personales-.

Las garantías constitucionales como una versión jurídica positiva de los derechos fundamentales eran, antes que todo, prerrogativas que en Estado liberal se acordaban para proteger al comerciante y propietario burgués de la invasión del poder público estatal. Se trataba, en ese sentido, de “derechos del hombre individual, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”⁵⁸⁹.

En ese sentido, “desde una perspectiva histórica, el derecho del trabajo se fue construyendo alrededor de instituciones y relaciones jurídicas que, en principio, poco o nada tienen que ver con los derechos fundamentales públicos subjetivos exigibles por los trabajadores en su

⁵⁸⁹ SCHMITT, C. Teoría de la Constitución, Ob.cit., p 170.

condición de ciudadanos. El derecho del trabajo era entonces: salario, jornada, descanso, conflicto colectivo”⁵⁹⁰.

Ahora, el cierre de ese divorcio se producirá de la mano de la constitucionalización del derecho en las primeras décadas del siglo pasado. Efectivamente, el cruce del derecho constitucional y del derecho del trabajo se registrará en el comienzo del siglo veinte, debido al inédito éxito que conseguirá esta última rama en “laboralizar” el orden constitucional de la tradición jurídico-continental.

2.- Las constituciones decimonónicas que simplemente ignoraban el fenómeno laboral darán paso, con el inaugural artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917, al denominado constitucionalismo social, esto es, la incorporación progresiva de derechos laborales en las normas superiores del sistema legal.

En tales textos constitucionales tendieron a quedar consagrados los derechos del trabajador y las exigencias sobre las condiciones laborales; protecciones en materia de seguridad social, cláusulas sobre los derechos de las organizaciones sindicales, el derecho de huelga y los convenios colectivos de trabajo.

Aparecerá así, por primera vez, en las letras constitucionales de la tradición jurídica continental la figura del trabajador asalariado y la de sus organizaciones de defensa de intereses, anteriormente proscritas y reprimidas jurídicamente. En España, la Constitución de la II República de 1931 “por primera vez en nuestra historia constitucional, se ocupa de un modo expreso y circunstanciado del trabajo asalariado”⁵⁹¹.

Además, el constitucionalismo social revitalizará los “compromisos igualitarios” que el liberalismo había logrado desterrar de los textos constitucionales en desmedro de la libertad. Se dirá entonces que, “el cambio más significativo del tránsito del Estado de

⁵⁹⁰ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit., p 17.

⁵⁹¹ MONTOYA M, A. Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873 -1878) Madrid, p 216.

derecho al Estado social de derecho lo constituye la sustitución de una concepción formal por una material de igualdad; la realización de la igualdad ya no queda librada únicamente a las fuerzas del mercado sino que; depende de la continua y deliberada intervención de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos” ⁵⁹².

En el centro de ese constitucionalismo social estará, entonces, la libertad sindical y la negociación colectiva. En efecto, “el valor constitucional de la libertad tiene una cualificada expresión laboral, de dimensión tanto individual como colectiva, en la libertad sindical: un derecho éste reivindicado por el movimiento obrero desde sus orígenes. Reconocida en las Constituciones de Querétaro y Weimar y, a partir de ellas en todo el moderno constitucionalismo, la libertad sindical supone un avance trascendental a partir del simple derecho de asociación y reunión contemplado en las viejas constituciones del siglo XIX” ⁵⁹³.

3.- En segundo término ocurrirá la denominada “ciudadanía en la empresa”. Se trata del otro proceso de constitucionalización y que dice relación con la irradiación de las normas constitucionales al resto del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho del Trabajo.

Entre los rasgos fundamentales de este proceso de constitucionalización del derecho está el denominado discurso de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se convertirán en el centro neurálgico del Estado Constitucional de Derecho.

Para ello, se necesitará una potente rearticulación de la idea de los derechos subjetivos y ella vendrá de la mano con la de constitucionalización: primero, los derechos fundamentales están estructurados en normas con valor jurídico propio que no necesitan, en consecuencia, desarrollo infraconstitucional o legal (eficacia normativa) y segundo, los derechos fundamentales operan en todas las direcciones, especialmente, entre privados (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

⁵⁹² ARANGO, R. Derechos, constitucionalismo y democracia, Op. Cit., p 68.

⁵⁹³ MONTOYA, A. “El trabajo en la constitución” en AAVV El trabajo y la Constitución, Op. Cit., p 474.

Una idea extremadamente relevante del constitucionalismo de posguerra será considerar que las normas constitucionales tienen todas -sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas las que estipulan los derechos fundamentales de las personas y que, por tanto, son susceptible de producir efectos jurídicos vinculantes sin necesidad de desarrollo infraconstitucional y especialmente, sin necesidad de desarrollo legal.

Se trata de la eficacia normativa de la Constitución. Y los textos constitucionales harán constar esa eficacia normativa de los derechos fundamentales. En el caso español, el artículo 9.1 y el artículo 53.1 CE señalan respectivamente que: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

La otra idea central de esta revolución constitucional corresponderá a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, a “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”⁵⁹⁴.

La doctrina mayoritariamente sostendrá la recepción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, cuyo fundamento “tiene su origen, en primer término, en el mandato contenido en el artículo 9.1 CE que hace destinatarios sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, a los ciudadanos y a los poderes públicos”⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ PEÑA, C. Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Op. Cit., p 668.

⁵⁹⁵ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op, Cit., p 504.

4.- El debate será qué tipo de eficacia horizontal debe entenderse reconocida por el derecho. En efecto, esta idea ha girado en torno a dos versiones: la de la eficacia mediata o indirecta y la de la eficacia directa o inmediata.

En el primer caso, los derechos fundamentales vinculan “sólo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez: no son los actos de los sujetos privados, sino las normas de Derecho privado las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales”⁵⁹⁶.

Por su parte, la teoría de la eficacia directa o inmediata los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrollen dichos derechos. Dicho de otro modo implica “afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras, de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a violaciones procedentes de sujetos privados”⁵⁹⁷.

El debate ha sido extenso y la literatura amplísima. El tema, sin embargo, parece tener un área clausurada: la doctrina laboral. Predomina la tesis de la eficacia inmediata y directa de los derechos fundamentales entre particulares: “el disfrute, por tanto, de este tipo de derecho por parte del trabajador en la relación laboral se encuentra garantizado por la propia CE, en la medida en que ella misma reconoce que los derechos que establecen adquieren eficacia general inmediata, sin necesidad, por tanto, de un ulterior desarrollo legislativo”⁵⁹⁸.

Lo anterior, se produce porque el sector del ordenamiento jurídico donde este debate se difumina es, precisamente, el Derecho Laboral. Aquí la lógica de la autonomía privada y de la igualdad de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del derecho -y de

⁵⁹⁶ VENEGAS, M. Derechos fundamentales y derecho privado, Op. Cit., p 115.

⁵⁹⁷ BILBAO UBILLOS, J. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Op. Cit., p 238.

⁵⁹⁸ ARIAS, A y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Op. Cit, p 15.

la eficacia horizontal de los derechos fundamentales -, pues esta rama del derecho ha intentado, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador. Esa relación de poder, que duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano, que a la del vendedor y comprador del Código Civil.

Ello permite entender por qué la doctrina laboral se ha decantado por la tesis de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales del trabajador: “en apoyo a esta posición se manifiesta mayoritariamente la doctrina iuslaboralista y una parte de la doctrina constitucionalista española” según apunta un autor⁵⁹⁹.

5.- De este modo, los procesos de constitucionalización señalados han dejado para el Derecho del Trabajo la implantación en el centro de las relaciones laborales de una de sus técnicas principales de protección como son los derechos fundamentales. Ya sea “que hayan sido concebidos y recogidos para desplegar sus efectos principales en el marco de las relaciones de trabajo o que, aunque puedan tener una proyección en el ámbito laboral, correspondan a todo ciudadano con independencia de su condición de trabajador. En cualquier caso, ambos tipos de cláusulas se integran en lo que se viene denominando Derecho Constitucional del Trabajo”⁶⁰⁰.

De ahí que por tratarse de dos fases de constitucionalización diferentes haya hecho fortuna en la doctrina laboral una distinción respecto de los derechos fundamentales sobre la que han girado ambos fenómenos: para el caso del constitucionalismo social se ha hablado de derechos fundamentales específicos, y para el caso de la ciudadanía en la empresa se ha hablado de los derechos fundamentales inespecíficos.

⁵⁹⁹ RIVERO, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, Op. Cit. p 527.

⁶⁰⁰ SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, Op. Cit, p 274.

Y entre ambos median relevantes diferencias. Los derechos fundamentales propiamente laborales del trabajador serán tempranamente reconocidos por el Estado dentro del marco de la constitución de las sociedades democráticas industriales de inicios del siglo veinte, pero sometidos, al mismo tiempo, a una profusa y sistémica regulación legal que abarcará las tres puntas más relevantes de esos derechos: la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga.

La recepción de los derechos fundamentales inespecíficos, en cambio, se producirá recién en la segunda mitad del mismo siglo. De forma progresiva y bajo el alero de la doctrina judicial alemana de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales: “la teoría de la *Drittwirkung*, en sus dos modalidades, se construye dogmáticamente por la potente escuela constitucionalista alemana durante la década de años cincuenta; y es ahí, igualmente, donde se conocen sus primeras aplicaciones”⁶⁰¹.

Esa “cronología variable” dice relación, salvo contadas excepciones, con la nula recepción por la normativa legal de la citada eficacia horizontal en el contrato de trabajo, la que dependerá de su implementación progresiva por decisiones judiciales, especialmente de las provenientes de la justicia constitucional de los distintos países.

Y esa asimetría temporal en el reconocimiento de ambos costados de los derechos fundamentales del trabajador –los propiamente laborales o colectivos y los constitucionales generales- daría lugar a un curioso cuadro histórico durante buena parte del siglo veinte: trabajadores que simultáneamente dotados de la capacidad de organizarse colectivamente y actuar de manera concertada para el logro de sus fines profesionales, mediante el ejercicio de los derechos laborales colectivos ya reconocidos en el texto constitucional, desprovistos de la garantías propias de un ciudadano apenas traspasaban el umbral de la fábrica, la que, como se ha destacado, operaba con énfasis feudales.

⁶⁰¹ VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”, Op. Cit., p 505.

Otra diferencia relevante entre ambos procesos de constitucionalización será una asimetría normativa. En general, el constitucionalismo social no se hará en el vacío, sino que vendrá acompañado por regulaciones normativas infraconstitucionales –especialmente legales- que junto con reconocer, regularán el ejercicio de los derechos fundamentales específicos o laborales.

El legislador laboral prestará significativa atención a la incorporación y al ejercicio de este derecho dentro de la relación laboral. Por sus evidentes implicancias distributivas, el sistema político junto con reconocer constitucionalmente estos derechos, se preocupará por controlar los fenómenos colectivos del trabajo. De ahí la existencia en el derecho laboral comparado de regulaciones sistémicas del fenómeno colectivo del trabajo y los derechos fundamentales asociados a ella.

En cambio, los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador no serán objeto de atención de la regulación legal. Tal como ha destacado ampliamente la doctrina existe “una anomia generalizada en la que han de desenvolverse estos derechos. Salvando las excepciones de rigor, las normas típicamente laborales de los distintos ordenamientos laborales rara vez contienen disposiciones que, de manera expresa y directa, reconozcan a los trabajadores la titularidad de los derechos que, como ciudadanos, las normas supremas le confieren”⁶⁰².

De esta manera, como se ha apuntado, “la criticable imprecisión legislativa obliga a una creadora, cuasi legislativa, de los tribunales”⁶⁰³. Y no de cualquier tribunal. En ese sentido, la falta de regulación legal de este tipo de derechos empujará la solución judicial de naturaleza constitucional “ante la desidia del legislador laboral”(..)“en la protección de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo llevaron al Tribunal Constitucional, en

⁶⁰² VALDÉS DAL-RE, F. Presentación Número Monográfico Nuevas Tecnologías y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 4.

⁶⁰³ SALA FRANCO, T. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral” Op. Cit, p 205.

una auténtica labor de suplencia a establecer las bases y los instrumentos para asegurar la operatividad de los derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo”⁶⁰⁴.

El menor peso político laboral de los derechos fundamentales inespecíficos o dicho de otro modo, su menor ofensividad político- económica, en todo caso, no dice relación con su carácter de límite del poder empresarial, cuestión que comparte con los derechos fundamentales propiamente laborales, sino con el tipo de titularidad que supone -de carácter individual- y la pretensión que protegen que es una posición de defensa cuyo correlato por regla general es un deber negativo para el empresa – un no hacer: no invadir el espacio protegido por el derecho fundamental de que se trata -.

6.- Uno de los problemas más significativos en materia de derechos fundamentales inespecíficos es la existencia de dos normas constitucionales que estipulan dichos derechos para ser ejercidos en una misma situación fáctica y en sentido contradictorio, produciéndose una regulación inconsistente entre ambas. Esta tesis –que se denomina conflictivista- supone la asunción de que los derechos fundamentales corresponden a principios y no a reglas, y que, por tanto, se trata de un conflicto que debe ser solucionado con una técnica propia para principios como es la ponderación y la proporcionalidad.

En efecto, la mentada incorporación de los derechos fundamentales a la fábrica, en la ya clásica expresión en la doctrina laboral, exige necesariamente tomar partido en un debate ajeno cómo está compuesto el derecho – sólo reglas vs. reglas y principios- para saber cómo se aplica. Esta tesis ha tenido constantes reconstrucciones, pero lo esencial es la división en clave ontológica el mundo de las normas del derecho: o una norma es una regla o es un principio, nunca ambas al mismo tiempo.

Los criterios ensayados para sostener esta distinción son: a.) la distinción en base a la estructura disyuntiva de las reglas (la aplicación de “todo o nada”); b.) la distinción según

⁶⁰⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Op. Cit. p 208.

las condiciones de aplicación abiertas o cerradas; c.) la distinción en razón de cómo ordenan lo debido: mandatos de optimización. d.) la distinción según la d errotabilidad de las normas; y f.) la distinción según el modo de aplicación: la ponderación y/o la subsunción

Los principios sólo establecen un deber *prima facie* o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría. Como se ha explicado, “cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume”⁶⁰⁵.

La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho, de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable”⁶⁰⁶.

Sin embargo, esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales o de principios constitucionales, no es permanente, sino móvil: “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”⁶⁰⁷.

La literatura jurídica laboral y la propia jurisprudencia constitucional han asumido lo que aquí denominamos una tesis fuerte en materia de derechos fundamentales del trabajador: estos derechos son considerados principios, y no reglas, y, por lo mismo, se aplican mediante la técnica de la ponderación.

⁶⁰⁵ BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p. 49.

⁶⁰⁶ MORESO, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, Op. Cit., p 103.

⁶⁰⁷ GUASTINI, R. Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría d el derecho, Op. Cit., 34.

7.- Para la aplicación de la ponderación en las colisiones de derechos fundamentales, no basta con sostener la distinción entre reglas y principios en sentido fuerte ya explicado. Es imprescindible además sostener, precisamente como consecuencia de lo anterior, que los derechos fundamentales son restringibles. Y ello corresponde a la denominada teoría externa de derechos fundamentales.

Dicha teoría se compone de dos ideas fundamentales: primero, una concepción amplia o extensiva del ámbito protegido de los derechos fundamentales, y segundo, los límites de esos derechos corresponden a restricciones provenientes de otros derechos.

La base de esta teoría radica en distinguir entre dos momentos sucesivos en la delimitación del ámbito protegido de un derecho fundamental: primero, un ámbito *prima facie* cuyo contenido está protegido de modo inicial y provisional, y segundo, un ámbito definitivo de protección. Entre ambos momentos media la ponderación.

En este principio opera la concepción amplia o extensa del ámbito protegido. La razón conceptual es sencilla: los derechos fundamentales que se ponderan son considerados restringibles y, por ende, su contenido nunca es definitivo e inderrotable, cuestión que supone que se les delimite ampliamente, a sabiendas de que podrán ser restringidos más tarde en un eventual conflicto con otro derecho fundamental.

En la doctrina laboral se asume esta perspectiva sobre los derechos fundamentales del trabajador – la del contenido amplio-, en lo que se ha calificado como un esfuerzo “por tratar de extender los derechos fundamentales hasta donde sea razonablemente posible en el marco del contrato de trabajo”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ TASCÓN, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, Op. Cit., p 10.

El segundo elemento fundamental de la teoría externa es el hecho de que el ámbito protegido amplio o contenido extenso del derecho fundamental, está sujeto a restricciones, las que deberán provenir de otros derechos o bienes de equivalente rango jerárquico.

La idea de la restringibilidad de los derechos fundamentales ha sido explicada de este modo “la teoría externa presupone la existencia de dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo es la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado. En el primero se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte del contenido del derecho *prima facie*. Si estos es así, en un segundo paso se examina si el derecho *prima facie* ha sido limitado legítimamente en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo”⁶⁰⁹.

Esta perspectiva de la teoría externa –la de la restringibilidad de los derechos fundamentales- se encuentra fuertemente presente en la doctrina laboral, la que suele sostener en una frase de estilo, luego de afirmar la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, que esos derechos no son absolutos y que se encuentran afectos a “recortes o reducciones”, en razón de otros derechos o bienes jurídicos: “los derechos fundamentales de la persona del trabajador no se sustraen, desde luego, a esta regla general. No son éstos en modo alguno derechos absolutos; son derechos cuyo contenido se encuentra limitado. Pero como cualquier otro derecho fundamental, los de titularidad del trabajador/ciudadano sólo pueden experimentar restricciones por otros derechos, bienes y valores de rango equivalente”⁶¹⁰.

8.- La jurisprudencia constitucional ha entendido, precisamente, que el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos por parte del trabajador al interior de la empresa desembocará en diversas hipótesis de colisiones entre derechos fundamentales o, dicho de otro modo, de conflicto entre principios constitucionales.

⁶⁰⁹ BOROSWKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 67,

⁶¹⁰ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., 96.

Y ante dichos conflictos, el modo de solución corresponde a la ponderación: “la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales en ejecución del contrato de trabajo efectúa juicios de ponderación sobre los derechos constitucionales en colisión o conflicto, esto es, sobre el ámbito de su ejercicio legítimo constitucionalmente protegido y sobre la transgresión o no de sus límites por la incidencia o afectación de otros derechos fundamentales: del trabajador (prohibición de discriminaciones, intimidad, libre expresión, información, propia imagen, honor, libertad informática, libertad sindical, huelga) y del empresario (propiedad privada y libre empresa)”⁶¹¹.

En la literatura jurídica la ponderación reenvía usualmente al denominado principio de proporcionalidad. En efecto, frente al debate sobre si la ponderación no es más que la actividad irracional y arbitraria del juez, que sopesa y balancea a su antojo los principios en conflicto, la respuesta de la teoría constitucional que la sostiene, como ya dijimos, será la construcción del principio de proporcionalidad.

El núcleo de este principio, como señala ALEXY, puede ser explicado en la simple fórmula de la denominada ley de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el principio de proporcionalidad “aunque no está escrito, está reconocido al máximo nivel”⁶¹². El Tribunal Constitucional ha sostenido que el principio de proporcionalidad está fundado en la cláusula del Estado de derecho de la Constitución (STC 85/1992, STC 111/1993) y en el valor de la justicia del artículo 1.1 CE (STC 50/1995).

⁶¹¹ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, Op. Cit., p 1.

⁶¹² BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, Op. Cit., p 19.

9.- El principio de proporcionalidad, en su versión más sofisticada y más extendida –el denominado “test alemán”- implica la realización de tres juicios o sub-principios: el juicio de la idoneidad, el juicio de la necesidad y el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto.

Esto es, para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental, impuesta por el ejercicio de otro derecho fundamental, es necesario preguntarse, en orden transitivo, si dicha restricción es idónea, necesaria y proporcional.

El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendiendo por tal un interés de naturaleza constitucional. De esta forma, la conducta del empleador que, en el ejercicio de sus facultades, restringe el derecho fundamental del trabajador, debe permitir alcanzar o satisfacer efectivamente una finalidad amparada constitucionalmente, no debiendo considerar, a riesgo de trastocar la supremacía constitucional, intereses o bienes sin dicho respaldo.

El juicio de necesidad, por su parte, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna respecto del derecho fundamental en cuestión.

Por último, se utiliza el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde revisar si ella, además, es proporcional en sentido estricto. Cuando para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

10.- La doctrina laboral ha sostenido ampliamente a la ponderación y el principio de proporcionalidad como modo de solución de dichas colisiones: “en la relación laboral,

pueden entrar en conflicto los derechos fundamentales de ambas partes” y “en caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador y los intereses organizativos del empresario, el Tribunal Constitucional vela para que los derechos de una y otra parte no sufran una restricción injustificada o desproporcionada”⁶¹³.

El principio de proporcionalidad en materia laboral “se traerá a colación por primera vez” este principio en la sentencia 99/1994 del Tribunal Constitucional, dando lugar a una “novedosa doctrina” que, como se destacará, constituirá el “inicio de un nuevo rumbo en la jurisprudencia constitucional respecto de una materia de tanta trascendencia social como es la de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito social”⁶¹⁴.

¿Qué derechos fundamentales son los que pueden entrar en colisión en el marco del contrato de trabajo? De un lado, “el empresario es titular de un derecho que, en la mayor parte de los ordenamientos positivos, con una u otra denominación (libertad de empresa, libertad económica o libertad de organización económica, por ejemplo) y de manera expresa o implícita (deducida del derecho de propiedad), tiene anclaje constitucional”⁶¹⁵.

En el otro lado, se encuentra el trabajador y sus derechos fundamentales. Se trata de aquellos derechos que son reconocidos como tales en las normas constitucionales, cuya titularidad corresponde al trabajador, ya sea en calidad de tal, ya sea en calidad de ciudadano. En particular, aquellos derechos que al trabajador le “están reconocidos, al máximo nivel, en el Capítulo II, del Título I de la Constitución”⁶¹⁶.

¿Cuándo existe esa genuina colisión entre derechos fundamentales en el marco de un contrato de trabajo?

⁶¹³ SAGARDOY, J. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Op. Cit., p 38.

⁶¹⁴ PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, Op. Cit., p 299.

⁶¹⁵ VALDÉS DAL-RE, F. Derechos fundamentales de la persona del trabajador y Derecho del Trabajo, Op. Cit., p 97.

⁶¹⁶ PEDRAJAS, A. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio”, Op. Cit., p 53.

Esto ocurre cuando la medida adoptada por el empleador, que restringe el o los derechos fundamentales del trabajador, tiene por objeto asegurar una finalidad constitucionalmente relevante, específicamente, algún derecho fundamental del empresario, tal como la libertad de empresa o el derecho de propiedad.

El ejercicio de un derecho fundamental del trabajador sólo debe verse limitado, en forma estrictamente proporcional y razonable, por la satisfacción de intereses, fines o posiciones que puedan ser comprendidas dentro del ámbito de los derechos fundamentales del empresario, como es el ejercicio del poder de mando o de dirección, adscritos al derecho de propiedad o a la libertad de empresa del empleador.

La justificación de esa paridad jerárquica entre derecho fundamental y límite es bastante consistente: “el principio de supremacía de la Constitución impide que los derechos fundamentales se contrapongan en el análisis de proporcionalidad –y sobre todo, en la ponderación-, a principios o a bienes que tengan una jerarquía inferior en el orden jurídico”⁶¹⁷.

La no concurrencia de esa paridad, “supone abandonar el fundamento constitucional y bajar a una norma de rango inferior para explicar la necesidad del límite constitucional, lo cual parece inaceptable, pues supondría que en la ponderación entre un derecho fundamental y una obligación contractual, ha de sacrificarse el primero en beneficio de la segunda”⁶¹⁸.

Además, para la aplicación del principio de proporcionalidad, junto con la condición previa señalada –la existencia de un genuino conflicto entre derechos fundamentales-, corresponde verificar si esa colisión no tiene una solución prevista por el propio sistema jurídico mediante una norma legal que lo resuelva.

⁶¹⁷ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 691.

⁶¹⁸ GORELLI, J y IGARTÚA, M. “Libertad de información y contrato de trabajo, el problema de sus límites”, Op. Cit., p 15.

“La ley, en efecto, puede establecer que en la circunstancia X debe triunfar un principio sobre otro, cerrando así el supuesto de hecho o, si se prefiere, convirtiendo en condicional lo que era un deber incondicional o categórico, y en tal caso cabe decir que la ponderación ha sido ya realizada por el legislador, de modo que al juez no le queda más tarea que la de subsumir el caso dentro del precepto legal, sin ulterior deliberación”⁶¹⁹.

En esos casos, entonces, no corresponde la aplicación del principio de proporcionalidad al interior del contrato de trabajo, a la eventual colisión entre derechos fundamentales de las partes, sino que debe someterse a la solución legal establecida en conformidad al sistema de fuentes formales del derecho.

Como se ha sostenido “la ponderación de derechos y bienes constitucionales se encuentra limitada por el principio de legalidad. O en otras palabras, cuando la ley ha realizado la función de delimitación de los derechos y de integración y ajuste entre los derechos en liza, estas tareas, las de delimitación o la de limitación, habrán de ser su medida por el Juez”⁶²⁰.

En general, en todo caso, no existen normas legales que resuelvan y regulen las potenciales colisiones de derechos al interior del contrato de trabajo. Existe, como se ha destacado insistentemente, una notable indiferencia del legislador laboral para tratar el tema del ejercicio de ese tipo de derechos fundamentales del trabajador.

Por ello, la “instrumentalización del principio de proporcionalidad por el juez constitucional tiene lugar, en la mayoría de los supuestos, sin que el legislador haya intervenido previamente para establecer las concretas restricciones de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”⁶²¹.

⁶¹⁹ PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit. p 147.

⁶²⁰ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 99.

⁶²¹ RIVERO, L. J. Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional, Op. Cit., p 511.

Lo relevante es que la falta de regulación legal para un caso particular de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores abre las puertas para la aplicación del principio de proporcionalidad. En ese sentido, la solución a la tensión provocada por la irrupción y ejercicio en él de los derechos fundamentales del trabajador en un escenario potencialmente lesivo –como es la relación jurídica laboral-, se traslada desde el espacio legislativo al espacio judicial.

11.- La doctrina laboral ha aceptado la utilización del principio de proporcionalidad en su versión del triple juicio, de modo que toda medida empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador deberá superar el correspondiente juicio de proporcionalidad.

Para lo anterior, será imprescindible “comprobar si cumple tres requisitos o condiciones: 1) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, 3) si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁶²².

El juicio de idoneidad aplicado a la colisión de derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo, supone determinar si la medida o conducta empresarial es adecuada para la consecución de un interés o fin respaldado constitucionalmente.

En este caso, lo que se mide es la relación de medio -fin entre la conducta del empleador que restringe un derecho fundamental del trabajador y la finalidad, respaldada constitucionalmente, perseguida por el empleador, que comúnmente será proteger algunos de sus derechos fundamentales, como la propiedad o la libertad de empresa, o el derecho de un tercero como la seguridad e integridad del resto de los trabajadores o de sus clientes.

⁶²² PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, Op. Cit., p 230.

El objeto del juicio de idoneidad es, en rigor, doble. Primero, se debe medir la relación entre la medida o conducta empresarial con el estado de cosas concreto que persigue –fin inmediato-, y segundo, se debe evaluar la relación de este último con el interés constitucional pretendido por la medida –fin mediato-.

En cualquier caso, la medida empresarial es desproporcionada por falta de idoneidad o adecuación, ya sea tanto porque no sirva para su fin inmediato –no logra asegurar el fin concreto- como porque no sirve para el fin mediato –no hay conexión entre esa finalidad concreta y el derecho o interés constitucional alegado -.

En el primer supuesto, la medida o conducta es idónea si contribuye, en algún sentido, al logro del estado de cosas fáctico perseguido por el empresario que acabamos de denominar fin inmediato o concreto. En el segundo caso, la medida o conducta empresarial es idónea si el logro de ese estado de cosas – o fin inmediato- ayuda a proteger algún interés o derecho respaldado constitucionalmente del empresario.

Un problema fundamental es el del “cuántum de la idoneidad”, esto es, a intentar resolver la pregunta de cuanto debe servir la medida para el fin perseguido. Este es un problema central de la idoneidad y la respuesta que se dé a esta pregunta determinará la intensidad con que debe evaluarse la medida empresarial objeto del enjuiciamiento de proporcionalidad.

Por un lado, se encuentra la tesis débil de la idoneidad. Se exige, en este punto, que la medida objeto del juicio de idoneidad “sirva” para cumplir el fin perseguido y, en ese sentido, que ella ayude o contribuya al logro del objetivo inmediato aunque no asegure efectivamente su consecución. Y que ayude o contribuya a su realización significa nada más que facilite su realización de algún modo.

La tesis fuerte, en cambio, supone que la medida o la conducta que se enjuicia es capaz de lograr efectivamente el fin inmediato perseguido. Así, una medida o conducta “deberá ser

considerada idónea sólo si es aquella que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin, y aquella que más lo realiza”⁶²³.

Como es fácil advertir, quienes sostienen la tesis débil de la idoneidad están haciendo referencia a las medidas adoptadas por el legislador para lograr un interés constitucionalmente protegido. Y ello es muy relevante. Ya que en este caso, se sostiene que existen potentes razones democráticas para afirmar que la idoneidad requerida al legislador de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, corresponde a una exigencia de intensidad moderada o débil, entendida como juicio negativo acerca de que la medida no sirve en absoluto para lograr el fin perseguido.

A nuestro juicio, en el Derecho del Trabajo debería sostenerse la tesis fuerte, ya que el agente no es el legislador ni opera en su favor el principio de distribución de competencias constitucionales. Se trata de un particular –el empresario- que no tiene ningún ámbito formal de competencia y que no intenta lograr un objetivo público vinculado a la democracia. En ese sentido, no corresponde en absoluto equiparar aquí, como la tesis débil supondría, al empresario con el legislador.

12.- El criterio de la necesidad, por su parte, dice relación con que la medida que restringe un derecho fundamental no “puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor”⁶²⁴.

En el ámbito laboral ha sido descrito del siguiente modo: “el órgano judicial habrá de constatar si la constricción al derecho fundamental es estrictamente indispensable o imprescindible para salvaguardar la facultad que ha legitimado su adopción. Por consiguiente, el saldo del juicio de indispensabilidad resultará negativo cuando la decisión empresarial sea la alternativa más gravosa entre las posibles”⁶²⁵.

⁶²³ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit, p 719.

⁶²⁴ BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 130.

⁶²⁵ VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del

De este modo, el juicio de necesidad señala que si la medida empresarial propuesta tiene medidas alternativas que cumplen con la condición de ser –al menos- igualmente eficaz para el logro de ese fin, y al mismo tiempo restringe en menor medida o no restringe en nada el derecho fundamental del trabajador, entonces, la medida empresarial es innecesaria y desproporcionada.

Supuesta la existencia de medidas alternativas, el juicio de necesidad exige la realización de un doble control: por una parte, sobre su idoneidad para el logro del fin empresarial perseguido, y, por otro, el grado de afectación que producen en el derecho fundamental del trabajador.

El primer control dice relación con la idoneidad de las medidas alternativas: es necesario determinar si ellas logran con igual o mejor eficacia el fin inmediato perseguido por el empresario.

Si el resultado es que la medida alternativa es menos adecuada o idónea que la enjuiciada, esto es, no logra con la misma eficacia el fin empresarial inmediato, entonces la medida empresarial es necesaria. En cambio, si el resultado del análisis es que al menos existe una medida alternativa que sea igualmente adecuada o más adecuada para lograr el fin empresarial perseguido, entonces, corresponde efectuar el segundo control: determinar si, además, es menos restrictiva con el derecho fundamental de que se trate.

En ese sentido, es obvio que la intensidad del control de la eficacia de las medidas alternativas irá en inversa relación con la intensidad de la protección del derecho fundamental del trabajador afectado: así, mientras más exigente sea el criterio de necesidad –en la intensidad de la eficacia de las medidas alternativas - menor será la intensidad en la protección del derecho fundamental del trabajador, en cuanto será más sencillo –o menos exigente- para el empresario sostener que su medida restrictiva es indispensable para el fin empresarial, por no existir medidas alternativas “igual” o “más” eficaces que las suyas.

Trabajo”, Op. Cit., p 100.

El efecto de esa exigencia fuerte en la idoneidad de las medidas alternativas en materia laboral es significativo: las medidas empresariales restrictivas de derechos fundamentales tienen más posibilidades de ser consideradas necesarias, en tanto menos sean las medidas alternativas que cumplan con este criterio.

El punto es que la exigencia fuerte de la eficacia de las medidas alternativas en el juicio de necesidad –y que aumenta la posibilidad de que la medida restrictiva sea considerada necesaria- tiene una particular justificación que se encuentra ausente en el ámbito del contrato de trabajo: “la exigencia de que la intensidad del medio alternativo sea equivalente o mayor en todas estas perspectivas no es fortuita, sino que se deriva del respeto a la competencia legislativa de configuración, que en principio habilita al Parlamento para adoptar el medio que considere más oportuno para alcanzar sus objetivos”⁶²⁶.

La otra posibilidad es sostener un criterio débil: la o las medidas alternativas deben servir “en algo” – contribuir y no asegurar- el fin empresarial perseguido, aun cuando no lo hagan del mismo modo (“igualmente idónea”) o de mejor modo (“más idónea”) que la medida empresarial enjuiciada.

Esta parece ser la tesis defendida por parte de la doctrina laboral que señala que “para atribuir algún efecto limitativo a este requisito habrá que poner el acento en otro rasgo menos excluyente, cual podría ser la viabilidad, esto es, admitir el recurso sólo si existe otra alternativa viable para alcanzar el objetivo perseguido. No hay porqué dar legitimidad a un mecanismo de control sólo porque sea más eficaz, si existe la posibilidad de que pueda alcanzarse tal objetivo por otras vías alternativas”⁶²⁷.

A nuestro juicio, esta tesis expresa correctamente la singularidad del conflicto de derechos fundamentales entre particulares en el contrato de trabajo: el margen de acción – “la competencia legislativa de apreciación” - que se le reconoce al legislador en su calidad de

⁶²⁶ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., p 738.

⁶²⁷ GOÑI, J.L. La videovigilancia empresarial la protección de los datos personales, Op. Cit., p. 47.

órgano institucional democrático, y que justifica la idea del examen exigente de la eficacia de las medidas alternativas a la legislativa propuesta – igual o mejor para el fin perseguido- no existe en materia laboral. Y ello porque no se esta en un conflicto entre un órgano público representante de la soberanía democrática y un particular, sino ante un conflicto entre particulares.

El empresario no tiene ese margen de acción cuando restringe derechos fundamentales del trabajador: la medida es innecesaria cuando exista una alternativa que sirva al objetivo empresarial, ya sea lo haga en mayor, en igual o en menor medida que la enjuiciada. Basta que la alternativa sea idónea en el sentido débil aquí ya explicado.

Asimismo, cabe referirse al segundo control sobre las medidas alternativas: el referido al grado de afectación que ellas tienen en el derecho fundamental del trabajador en comparación con la medida empresarial enjuiciada. Si la medida alternativa idónea para conseguir el fin empresarial es menos lesiva – o más benigna- con el derecho fundamental del trabajador, entonces la medida empresarial enjuiciada no supera el test de necesidad y debe ser considerada desproporcionada. Si, en cambio, la medida alternativa es idónea pero afecta de mayor medida el derecho fundamental del trabajador, entonces la medida enjuiciada supera el control y debe ser considerada necesaria y proporcionada.

13.-El último componente del principio de proporcionalidad es el denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este criterio “exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican”⁶²⁸.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la medida restrictiva de un derecho fundamental es proporcionada en este sentido “*por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto*” (STC 66/1995).

⁶²⁸ BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 131.

En la doctrina laboral se le ha explicado como la exigencia “de que haya un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen por la protección del derecho, valor o fin que motiva la limitación del derecho fundamental y los perjuicios que derivan para el derecho que se ha visto limitado”⁶²⁹.

El núcleo de la ponderación en sentido estricto es la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en nuestro caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en nuestro caso del empresario.

La ponderación supondrá, entonces, avanzar el siguiente recorrido argumentativo : primero, determinar el grado de afectación de la intervención o restricción provocada por la medida empresarial en el derecho fundamental del trabajador; segundo, determinar el grado de importancia para la satisfacción del interés iusfundamental del empresario de la medida en cuestión: y tercero, la comparación de ambas intensidades o grados para determinar que derecho fundamental de la colisión entre trabajador y empresario debe prevalecer.

De esta manera “las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves”⁶³⁰.

Por una parte, el grado de afectación que produce en un derecho una intervención empresarial dice relación con dos variables: una fáctica y otra normativa. La primera alude al contenido de la medida restrictiva del derecho fundamental y la segunda, se vincula con la importancia que la posición afectada por esa medida tiene dentro del ámbito protegido del derecho fundamental.

Para establecer cuánto agrede a un derecho fundamental una determinada conducta, es necesario evaluar estas dos dimensiones de la cuestión: por un lado, el grado de intensidad

⁶²⁹ CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Op. Cit., p 489.

⁶³⁰ MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 84.

de la restricción que en los hechos soporta la posición resguardada por el derecho, y por otro, qué importancia normativa tiene la posición afectada.

Por otra, es necesario determinar la importancia que la medida restrictiva tiene para el derecho fundamental del empresario. Y ello dice relación con la relevancia que la satisfacción del fin inmediato perseguido por la medida supone para este derecho fundamental.

En efecto, cuanto más significativo sea para el derecho fundamental del empresario que se satisfaga el fin inmediato perseguido por la medida, entonces mayor será su importancia en la determinación de su peso concreto para la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior, supone una evaluación, al igual que el grado de afectación del derecho fundamental del trabajador, tanto desde la perspectiva fáctica como de la normativa.

Determinado, por una parte, el grado de afectación que la medida empresarial tendrá en el derecho fundamental del trabajador, y, por otra, el grado de importancia que tiene para la satisfacción del derecho fundamental del empresario, corresponde efectuar la comparación entre ambas magnitudes. Esto es, establecer “si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero”⁶³¹.

Opera, entonces, el núcleo de la ponderación en sentido estricto: la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en este caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en este caso del empresario.

Como ha dicho la jurisprudencia constitucional *“la solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin*

⁶³¹ MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 84.

embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar diciendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala” (STC 320/1994, F.J 2).

14.- Efectuada la aplicación del juicio de proporcionalidad, el resultado de la ponderación es una regla de derecho “en la cual se otorga el triunfo al principio que cuenta con mayor peso relativo en el caso concreto y, por ende, se resuelve el caso aplicando la solución normativa en él prevista, sin que tal solución suponga, por otra parte, que el principio derrotado sea expulsado del ordenamiento o pase a ocupar una jerarquía inferior en la escala de las fuentes del derecho”⁶³².

De este modo, cuando se aplica el principio de proporcionalidad a una colisión entre el derecho a la propiedad de la empresa *versus* el derecho de intimidad del trabajador (STC 186/2000), el caso se soluciona en una regla que dice que, en esa situación concreta la instalación secreta de cámaras de video para comprobar los hurtos de un trabajador en la caja de la empresa es proporcionada, por lo tanto, no restringe ilícitamente el derecho fundamental de éste.

Ello no significa, sin embargo, que siempre esa instalación será lícita, ni que siempre deba ceder el derecho de intimidad del trabajador frente a la propiedad empresarial.

En rigor, dicha regla fija una prioridad entre los derechos fundamentales en colisión (el derecho del trabajador cede ante el derecho del empresario o viceversa), pero de modo condicionado, en cuanto esa prioridad se establece para ese caso concreto, y no importa ningún orden abstracto entre esos derechos.

Así lo ha señalado la propia jurisprudencia constitucional:

⁶³² LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, Op. Cit., p 545.

“La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos, ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dando preeminencia al que se ajuste más al sentido que la Constitución señala” (STC 320/1994, F. J 2).

Aquí se plantea un problema central de la proporcionalidad: ¿puede esa regla de procedencia condicionada ser aplicada para otros casos similares?. La respuesta es afirmativa: “la regla de procedencia condicionada adquiere al mismo tiempo una validez que se proyecta a los casos futuros idénticos y análogos”⁶³³. Lo anterior, ya que la ponderación daría como resultado “la elaboración de una regla que correlaciona estos aspectos o elementos relevantes con una determinada solución, de modo que todo ulterior supuesto idéntico en sus propiedades relevantes será solucionado del mismo modo, mediante un razonamiento susbuntivo”⁶³⁴.

De este modo, se enfrenta de esta manera una de las principales críticas a la ponderación como es el particularismo –esto es, la falta de razones aplicables a casos genéricos y no sólo a casos individuales-, y las posibilidades de aumento de los resultados contradictorios en su aplicación, dado “que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta”⁶³⁵.

Lo anterior se soluciona si el resultado de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad se constituye como una regla aplicable a otros casos iguales o relevantemente similares. Y ello porque “no toda nueva colisión de principios requiere una ponderación. Esto sería redundante si las condiciones de *un resultado de una ponderación* se dieran en el nuevo caso; en tanto se puede subsumir el caso nuevo bajo el antecedente de

⁶³³ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit., 793.

⁶³⁴ MARTINEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa”, Op. Cit., p 182.

⁶³⁵ MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, Op. Cit., p 246.

un resultado regla de una ponderación, entonces y en principio, no se pondera en concreto”⁶³⁶.

Ello supone, en fin, que opere una regla de precedente en el sistema jurídico donde se genere esa regla resultado de la ponderación, ya que el modo de evitar el particularismo (o la ponderación *ad hoc*) es mediante una universalización por esa vía: “la ponderación se configura(..) como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de un regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en lo casos centrales o reiterados”⁶³⁷.

15.- La utilización de una teoría externa y del principio de proporcionalidad en las relaciones laborales tendrá impacto desde la configuración material de esas relaciones y el ejercicio de los derechos fundamentales de las partes, que en esta tesis denominamos un “modelo argumentativo”.

Utilizando términos gráficos, se trata de un modelo en que los derechos fundamentales de las partes “representan conjuntos secantes, de modo que existe un espacio de intersección entre ellos, que es justamente el espacio en que se producen los conflictos”⁶³⁸.

En ese modelo, los derechos no garantizan un espacio irreductible para ejercer sus facultades a cada titular del derecho, sino que se yuxtaponen unos con otros en un punto de intersección que explican lo que aquí hemos denominado colisiones de derechos fundamentales entre las parte del contrato de trabajo.

⁶³⁶ CLERICO, L. El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, Op. Cit., p 181.

⁶³⁷ PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Op. Cit., p 1 45.

⁶³⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Op. Cit., p 133.

En otras palabras, cada derecho fundamental, tanto del trabajador como del empresario, se irradia y expande al ámbito espacial que es la empresa, existiendo múltiples roces e intersecciones en zonas comunes, que deberán ser resueltas en favor de aquel que, según la ponderación efectuada, debe transitoriamente primar por sobre el otro derecho presente en la colisión.

Los derechos fundamentales de ambas partes son restringibles, la cuestión es determinar en cada caso qué derecho será el que soportará en definitiva la restricción, y ello se hace utilizando el estándar argumentativo propio del principio de proporcionalidad: “el juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela”⁶³⁹.

Se abandona así el “modelo geográfico” de los derechos fundamentales al interior de la empresa, que dividía el espacio empresarial en zonas propias y excluyentes para cada derecho fundamental de las partes. Situación en que los ámbitos protegidos por los derechos fundamentales representaban un conjunto tangente de circunferencias, que no tiene zonas de intersección que provoquen colisiones entre los derechos de las partes.

Cada derecho tiene, en este modelo, un ámbito protegido o contenido fijo y definitivo, y entre ellos existe una suerte de armonía simétrica dada por la correcta delimitación de uno respecto del resto de los derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que “los supuestos usualmente planteados como colisión entre derechos o entre derechos y bienes constitucionales, son en realidad seudo colisiones, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho que se trate”⁶⁴⁰.

⁶³⁹ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Op. Cit., p 101.

⁶⁴⁰ SERNA, P y TOLLER, F. La interpretación constitucional de los derechos. Una alternativa a los conflictos de derechos, Op. Cit., p. 65.

16. – En fin, uno de los problemas más relevantes que debe enfrentar la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito laboral es su compatibilidad con la aplicación de límites a los derechos fundamentales provenientes de la buena fe. La existencia de derechos fundamentales cruzados y potencialmente conflictivos entre las partes del contrato de trabajo, genera la cuestión acerca de como se incorporan dichos derechos en la relación jurídico laboral y, particularmente si su ejercicio es compatible con las exigencias propias de ese tipo de relaciones privadas, como lo son, entre otras, las de la buena fe.

Se trata, efectivamente, de una afirmación de honda aceptación en la literatura laboral. Por ello se dirá que “determinadas manifestaciones de las libertades públicas de las que gozan los ciudadanos no son legítimas en la relación laboral, y precisamente en virtud de obligaciones asumidas en el contrato”⁶⁴¹.

Esta “modulación” de los derechos fundamentales del trabajador, vendría dada, según suele apuntar la doctrina, por la aplicación de un conjunto de categorías jurídicas que derivan de la inserción del trabajador en el marco de una relación contractual de especial naturaleza como es la laboral. Y la principal de esas categorías es la buena fe.

La buena fe puede ser entendida como un límite interno de los derechos fundamentales del trabajador. Esto es, uno de aquellos límites que “provendrían de la conceptualización del contenido de los derechos, es decir, de su interior”⁶⁴². No se trata, por ello, de límites que reduzcan el espacio original de un derecho, sino de “fronteras de delimitan su mismo contenido, de suerte que fuera de ellas ni hay ni nunca hubo derecho”⁶⁴³.

Los problemas de esta tesis son variados y corresponden a los siguientes: a) no hay norma constitucional que dé soporte a la consideración de la buena fe como límite intrínseco para los derechos fundamentales del trabajador; b) no es aceptable conceptualmente hablando que la buena fe sea un límite de carácter intrínseco para los derechos fundamentales sólo cuando son ejercidos por el trabajador en el marco de un contrato de trabajo y; c) por

⁶⁴¹ DE VICENT PACHES, F. El Derecho del Trabajador al respeto a su intimidad, Op. Cit., p 48.

⁶⁴² CIANCIARDO, J. El ejercicio regular de los derechos, Op. Cit., p 234.

⁶⁴³ RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. La razón de los derechos, Op. Cit., p 69.

último, la consideración de la buena fe como límite intrínseco de los derechos fundamentales es incompatible con la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

Cabe señalar que la tesis de la buena fe como límite interno es incompatible con la teoría externa y la aplicación del principio de proporcionalidad, en cuanto las únicas restricciones admisibles a un derecho fundamental no provienen de limitaciones internas o inherentes, como las derivadas de la buena fe, sino de límites externos que tengan recepción constitucional.

17.- La buena fe, ante las críticas anteriores, puede ser mirada de otro modo. No ya como un límite intrínseco al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, sino como una restricción externa proveniente de su calidad de principio jurídico

Lo relevante de esta forma de entender la buena fe es que, al considerarla un límite que opera desde fuera para restringir al derecho fundamental de que se trate, permite encuadrarla dentro de la teoría externa, y de este modo, al menos, en principio, podría hacerla compatible con la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad.

El problema es que, como lo ha sostenido “la generalidad de la doctrina”⁶⁴⁴ dicho principio no tiene reconocimiento constitucional. Se ha sostenido que “la buena fe así entendida, por lo demás como ha sido siempre, no es más que una técnica que tutela el principio de cumplimiento contractual tomada del terreno de la legalidad ordinaria (art. 1258 CC)”⁶⁴⁵.

De este modo, la única forma que el “principio de buena fe” supere la exigencia formal de paridad jerárquica con los derechos fundamentales que busca limitar o restringir, y así poder participar de la ponderación y de la aplicación del principio de proporcionalidad, es mediante su “constitucionalización”.

⁶⁴⁴ GIL Y GIL, J.L. “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, Op. Cit., p 14.

⁶⁴⁵ CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿y proporcionalidad?) y principio de buena fe”, Op. Cit., p 8.

Un modo de “constitucionalizar” la buena fe y poder hacerla participar así de la ponderación y la proporcionalidad es sostener que, a través de ella, operan principios constitucionales expresamente reconocidos, tales como la propiedad y la libertad de empresa.

La buena fe no sería en sí mismo ni explícita ni implícitamente un principio constitucional, sino una cosa distinta: operaría en esta perspectiva como un vehículo legal para canalizar o transmitir bienes constitucionales. Estos cristalizarían en el marco de la relación laboral, precisamente, a través de las exigencias del principio de buena fe.

El problema con este intento de reposicionar la buena fe de modo derivado, como vehículo de transmisión de bienes constitucionales en la relación laboral, es un tanto obvio: se disfraza que el verdadero límite son esos otros bienes constitucionales.

Por lo anterior, es posible, entonces, sostener que no existe, en estricto rigor, una “modulación” o “interiorización” de los derechos fundamentales del trabajador, que opere como consecuencia necesaria e indefectible de su ejercicio dentro del marco de una relación laboral, especialmente si con ello se quiere decir que dichos derechos deben soportar restricciones adicionales a las que derivarían, como en el resto de los casos, de su colisión con otros derechos fundamentales.

Dichas restricciones, asumida la perspectiva de la proporcionalidad, son las mismas tanto fuera como dentro de la relación laboral: las derivadas de las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para la satisfacción de un bien o derecho constitucional. Una vez producido el encuentro en el marco de un contrato de trabajo, los derechos fundamentales de ambos ciudadanos de la relación laboral –empresario y trabajador-, y las eventuales colisiones que se produzcan entre sus derechos, deben ser resueltas, si se quiere ser coherente con el principio de proporcionalidad, exclusivamente en base a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad entre derechos y bienes de equivalente rango jerárquico – constitucional-.

Su rol queda reducido, en consecuencia, a hacer visible la consideración a los intereses y posiciones que corresponden a los derechos fundamentales del empresario, y que se oponen y colisionan con las demandas de protección de los respectivos derechos del trabajador, pero siempre bajo la consideración de que esa cuestión será resuelta, en cualquier caso, por el principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, A. “Las reglas en serio”, en AAVV La normatividad del derecho, Gedisa, Barcelona, 1997.

AGUIAR, F. “¿Un Adam Smith republicano?”, en AAVV Republicanismo y Democracia, Editorial Mino y Davila, Madrid, 2005.

AGUILERA, A. “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1, 2009.

ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Buenos Aires, 1987.

ALEXY, R. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.

ALEXY, R. “La formula de peso”, en AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, U. Externado de Colombia, Bogota, 2007.

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALEXY, R. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ALONSO, L.E. Trabajo y ciudadanía, Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial, Trotta, Madrid, 1999.

ARANGO, R. Derechos, constitucionalismo y democracia, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

ARANGO, R. El concepto de derechos sociales fundamentales, Legis, Bogotá, 2005.

ARIAS, A Y RUBIO, F. El derecho de los trabajadores a la intimidad, Cuadernos Aranzadi Social, N° 26, Pamplona, 2006.

ARAMENDI, P. “Con falda ¿se trabaja mejor?”, Aranzadi Social, N° 18, Pamplona, 2008.

ATIENZA, M Y RUIZ MANERO, J. “Sobre reglas y principios”, DOXA, N° 10, Alicante, 1991.

ATIENZA, M Y RUIZ MANERO, J. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Ariel, Madrid, 1994.

BALLARIN I., J. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, CEPC, N°24, Madrid, 1988.

BARNES, J. “El principio de proporcionalidad . Estudio Preliminar”, Cuaderno de Derecho Público, N° 5, 1998.

BALAGUER, M.L. El derecho fundamental al honor, Tecnos, Madrid, 1992.

BAYON, J.C. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, DOXA, N° 24, Alicante, 2001.

BAYLOS, A. El derecho del trabajo: un modelo para armar, Trotta, Madrid, 1997.

BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Op. Cit.

BERNAL PULIDO, C. “Estructura y límites de la ponderación” DOXA, Alicante, N°26, 2003.

BERNAL PULIDO., C. “La racionalidad de la ponderación”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 77, Agosto, Madrid, 2006.

BERNAL PULIDO, C. “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?”, DOXA, N 30, Alicante, 2007.

BIDART CAMPOS, G. “Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine”, en AAVV, El derecho constitucional del siglo XXI, Editor S.A., Argentina, 2000.

BILBAO UBILLOS, J. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, CEC, Madrid, 1997.

BILBAO UBILLOS, J. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BROWN, W. “Lo que se pierden con los derechos”, en AAVV La crítica de los derechos, Siglo del Hombre Editores, Bogota, 2003.

CARRIZOSA, E. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 123, Madrid, 2004.

CASAL, J. “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del

derecho fundamental en Alemania, REDC, N° 82, Madrid, 2008.

CASAS BAAMONDE, M. E. “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe”, Relaciones Laborales, N°12, La Ley, Madrid, 2004.

CEA, JL. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica, Universidad Austral, Valdivia, 1999.

CIANCIARDO, J. El conflictivismo en los derechos fundamentales, Ediciones U. Navarra, Pamplona, 2000.

CIANCIARDO, J. “Los límites de los derechos fundamentales”, DIKAION, año 15, N° 10, Bogotá, 2001.

CIANCIARDO, J. El ejercicio regular de los derechos, Ad -Hoc, Buenos Aires, 2007

CONDE MARIN, E. La buena fe en el contrato de trabajo, La Ley, Madrid, 2007.

COMANDUCCI, P. “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico” en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.

COURTIS, C. “Los derechos sociales en perspectiva”, en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta, 2007.

CLERICO, L. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007

CRUZ, P. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 25, Enero - Abril, Madrid, 1989

CRUZ, P. La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución, CEC, Madrid, 2007.

DE LORA, P. “Tras el rastro de la ponderación”, Revista Española de Derecho Constitucional, N°60, 2000.

DE LUCAS, J. El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural, Temas de hoy, Madrid, 1994.

DE OTTO Y PARDO, I. “La garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española” en Derechos Fundamentales y Constitución. Martín Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio, Madrid, Civitas, 1988.

DEL REY GUANTER, S. “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, Relaciones Laborales, 1995, Volumen I, .

- DEL VALLE, J. “Los límites a los poderes del empresario en el Estado de Derecho”, en AAVV La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales, Actualidad Jurídica, Madrid, 1993.
- DIEZ-PICAZO, L. La doctrina de los actos propios, Bosch, Barcelona, 1963.
- DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Civitas, Madrid, 1993.
- DWORKIN, R. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1994.
- ESTRADA, A. “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales” en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.
- ERMIDA, O y OJEDA, A (editores), La negociación colectiva en América Latina, Trotta, Madrid, 1993.
- FASSBENDER, B. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derechos Público, N°5, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ F, G. El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la LOCT, Marcial Pons, Madrid, 1994
- FERNÁNDEZ, S. “Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra”, en AAVV El poder de dirección d el empresario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ N., J Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común europeo, N° 95, Dickyson, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, L. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, Isonomía, ITAM, Mexico, N° 16, 2002.
- FERRERES COMELLA, V. “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares” en AAVV Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Vol. 2, Cortes Generales, 2009.
- FERRER i RIBA, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Civitas, Madrid, 1997.
- FERRI, L. La autonomía privada, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1969.
- FORSTHOFF, E. El Estado en la sociedad industrial, IEP, Madrid, 1975.
- GALIANA, J y CAMARA, A. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”,

en AAVV El modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid,

GRAMSCI, A. Antología, Siglo XX, México, 1978.

GARCÍA AMADO, J. “La interpretación constitucional”, Revista Jurídica de Castilla - León, N°2, 2004.

GARCÍA ENTERRÍA, E. “La Constitución como norma jurídica” en AAVV La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, Civitas, Madrid, 1981.

GARCIA, J y JIMÉNEZ-BLANCO, A. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Civitas, Madrid, 1986.

GARCÍA NINET, J. “De los registros del trabajador y del respeto máximo de la dignidad e intimidad de este”, en AAVV El control empresarial en el ámbito laboral, CISS, Valencia, 2005.

GARCIA-PERROTE, I. y MERCADER, J. “Conflictos y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio”, en AAVV El Modelo Social de la Constitución de 1978.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, Derechos Humanos, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, N° 61, 2003.

GARGARELLA, R. “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”, en AAVV Derecho y Cultura, SELA, Colombia, 2007.

GARGARELLA, R. Izquierda y Derecho, Materiales de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, inédito, en www.seminariogargarella.blogspot.com.

GIL y GIL, J.L. “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, Relaciones Laborales, N°2, La Ley, Madrid, 2005.

GIL Y GIL, J. L. Principio de la buena fe y poderes del empresario, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.

GIL y GIL, J.L. “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, Aranzadi Social, N°13, Pamplona, 2003.

GOERLICH, J.M. “Despido por relación con el tráfico de cocaína, transgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador”, Poder Judicial, N° 9, Madrid, 1988.

GONZALEZ BIELFUSS, M. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social”, Cuadernos de Derecho Público, N 7, Madrid, 1999.

GOÑI, J.L. “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación, y archivo de datos”, Justicia Laboral, N° 17, Lex Nova, Madrid, 2004.

GOÑI, J.L. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Revista Derecho Social, N° 32, Bomarzo, Albacete, 2005.

GOÑI, J. L. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales , Thomson Civitas, Madrid, 2007.

GOÑI, J.L. “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, Justicia Laboral, N° 39, Madrid, 2009.

GORELLI, J Y IGARTUA, M. T. “Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites”, Aranzadi Social, Vol. V, Pamplona, 1999.

GLEASON, I. “Religious Discrimination in Employment: Title VII and the Constitution”, J. Church & St., Vol. 29, 1987.

GRIMM, D. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2006.

GUAMAN, A. La libertad de información del trabajador, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

GUASTINI, R. Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho, Gedisa, Barcelona, 1999.

GUASTINI, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.

GUTIÉRREZ, E. “El derecho de la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, RL, T. I, Madrid, 2010.

HART, H. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en AAVV El ámbito de lo jurídico, Crítica, Barcelona, 1994.

HESSE, K. “Interpretación constitucional”, Escritos de Derecho Constitucional, CEPC, Madrid, 1992.

HESSE, K. Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1995.

HIERRO, L. “Los derechos económico -sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy” en AAVV Alexy Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

- HOPENHAYN, M. Repensar el trabajo, Editorial Norma, Santiago 2001.
- HURLEY, S. Natural Reasons, Oxford University Press, New York , 1989.
- JANA, A. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>, 2001.
- JESTAEDT, M. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, en AAVV La ponderación en el Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008 .
- JIMÉNEZ CAMPO, J. “Interpretación de la Constitución”, Voz de la Enciclopedia jurídica básica, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- LACRUZ, J. L. Manual de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1984.
- LARIGUET, G. “Conflictos trágicos genuinos y ponderación racional: en torno a algunas ideas de Robert Alexy”, Revista Estudios Sociales, N° 49 -50, Valparaíso, 2004.
- LARIGUET, G. Dilemas y Conflictos Trágicos, Temis, Bogotá, 2008.
- LOPERA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal, CEPC, Madrid, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, D. Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Legis, Bogotá, 2003.
- LÓPEZ MEDINA, Teoría impura del derecho, Legis, Bogotá, 2004.
- LOY, G. “El dominio ejercido sobre el trabajador” en AAVV El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005.
- MARSHALL, G. Teoría Constitucional, Espasa Calpe, Madrid, 1982.
- MARTIN VALDERDE, A. “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Política Social, N° 137, Madrid, 1983.
- MARTINEZ, D. “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 86, Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- MARTINEZ F., D “Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de Noviembre”, Iuslabor, N°2, Barcelona, 2005.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. La garantía del contenido esencial de los derechos

fundamentales, CEPC, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ- PUJALTE, A. Y DOMINGO, T. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Palestra, Lima, 2010.

MEDINA G, M. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MEDINA G, M. “El principio de proporcionalidad y el legislador de derechos fundamentales”, Cuadernos de Derecho Público, N° 5, Madrid, 1998.

MERCADER, J. “Derechos fundamentales y nuevas tecnologías: ¿hacia la empresa panóptica?”, Relaciones Laborales, N° 10, Madrid, 2001.

MERCADER, J. “El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral”, Actas II Congreso de Actualidad Laboral, Colegio de Graduados Sociales, Madrid, 2008.

MERCADER, J. “El derecho a la intimidad del trabajador en el ámbito laboral”, El Graduado Digital, N° 58, Madrid, 2009.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. Los derechos fundamentales entre particulares, Porrúa, México, 2007.

MIÑARRO, M. “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, en AAVV El control empresarial en el ámbito laboral, CISS, Valencia, 2005.

MONTOYA M, A. “Dirección de la actividad laboral (artículo 20 ET)” en AAVV Comentarios a las leyes laborales (Director E. Borrajo), Edersa, Madrid, 1990.

MONTOYA, A. Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873 -1878), Civitas, Madrid, 1992.

MONTOYA, A. La buena fe en el Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 1991.

MONTOYA, A. “El trabajo en la Constitución” en AAVV El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

MONTOYA, A. “Principios y valores en el Derecho del Trabajo”, en AAVV En torno a los principios del Derecho del Trabajo, Porrúa, México, 2005.

MONTOYA, A. “Nuevas tecnologías y buena fe contractual”, Relaciones Laborales, N° 5 - 6, Madrid, 2009.

MORENO GARCIA, A. “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista Española Derecho Constitucional, N°38, mayo, Madrid, 1993.

- MORESO, J.J. “El encaje de las piezas del Derecho”, Isonomía, N° 14, Alicante, 2001.
- MORESO, J.J. “Conflicto entre principios constitucionales”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.
- MORESO, J. La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, Madrid.
- NIETO, A. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, Revista de Administración Pública, N° 100-102, CEPC, Madrid, 1983.
- OJEDA, A y IGARTUA, M. T “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 73, Madrid, 2008.
- OJEDA AVILES, A. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Revista Derecho Social, N 6, Bomarzo, Albacete, 1999.
- OJEDA AVILÉS, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Revista Derecho Social, N° 35, Albacete, 2006.
- ORTIZ, C. “Derechos fundamentales y relación laboral”, RMTYAS, N°13, Madrid, 1998.
- PALOMEQUE, M. C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AAVV El modelo social de la Constitución española de 1978, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- PALOMEQUE, M.C y ALVAREZ DE LA ROSA, M. Derecho del Trabajo, Editorial Ramon Aceres, Madrid, 1998.
- PALOMEQUE, M.C. “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”, en Derecho del Trabajo y razón crítica, Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque, Salamanca, 2004.
- PALOMINO, P. “Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 51, Madrid, 1991.
- PARDO FALCON, J. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, Revista Española de Derecho Constitucional”, N° 49, Madrid, 1997.
- PAREJO, L. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia de 8 de abril de 1981”, Revista Española de Derecho Constitucional, N °3, Madrid, 1981.

PAZ ARES, C y ALFARO AGUILA-REAL, J. “Un ensayo sobre la libertad de empresa” en AAVV Estudios en homenaje a Luis Díez -Picazo, Thomson Civitas, Tomo IV, Madrid, 2003

PECES BARBA, G. Curso de Derechos Fundamentales, U niversidad Carlos III, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, G. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto”, Derechos y libertades, N ° 6, Madrid, 1998.

PECES-BARBA, G. “Reflexiones sobre los derechos sociales” en AAVV Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

PEDRAJAS, A. Despido y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 1992.

PEDRAJAS, A. “Los derechos fundamentales de las persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, Actualidad Laboral, N°4, 2000.

PEÑA, C. Sistema Jurídico y Derechos Humanos, U. Diego Portales, Santiago, 1996.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. Descentralización productiva y libertad de empresa, Separata Libertad de empresa y relaciones laborales en España, IEC, Madrid, 2005.

PÉREZ LUÑO, A. “Concepto y concepciones de los derechos humanos”, DOXA, N°4, Alicante, 1987.

PEREZ LUÑO, A. Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1998.

PLAYER, M. Employment discrimination la w, West Publishing, Co., Minnesota, 1988.

PRIETO SANCHÍS, L. Estudios sobre Derechos Fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.

PRIETO SANCHÍS, L. Ley, principios y derechos, Dyckinson, Madrid, 1998.

PRIETO SANCHÍS, L. “Constitucionalismo y garantismo”, en AAVV Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2005.

PRIETO SANCHÍS, L. “Replica a Juan Antonio García Amado” en AAVV Teorías del Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.

PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los derechos”, en AAVV Teoría del neoconstitucionalismo, Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007.

PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.

QUADRA-SALCEDO, T. El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Civitas, Madrid, 1981.

RAY, J.E. La huelga hoy en el derecho social comparado, Esade, Madrid, 2007.

RIVERO LLAMAS, J. Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial, U. de Zaragoza, 1986.

RIVERO LLAMAS, J. “Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de huelga)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 98, Madrid, 1999.

RIVERO, J y DE VAL TENA, A. “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, en AAVV Modelo social en la Constitución, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

RIVERO LAMAS, J. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional” en AAVV El trabajo y la Constitución, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M. "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo", Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 1996.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Poder de dirección y derecho contractual”, en AAVV El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. M. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en AAVV Los Principios del Derecho del Trabajo, DE LA VILLA GIL (Director), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, en AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

RODRIGUEZ-PIÑERO R, M y LAZARO, JL. “Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional” en AAVV Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías, La Ley, Madrid, 2005.

RODRIGUEZ, M. J. “Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva”, Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 712, Pamplona, 2006.

RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos, Tecnos, Madrid, 1995.

ROQUETA, R. Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

ROIG, A. “El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales”, en AAVV El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

RUBIO LLORENTE, F. “La Constitución como fuente de Derecho” en AAVV Constitución española y fuentes del Derecho”, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

RUIZ RUIZ, R. “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006.

SAGARDOY, J. “Los derechos constitucionales del empresario” en AAVV El modelo social en la Constitución española de 1978, MTYAS, Madrid, 2003.

SAGARDOY, J. A. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Civitas, Madrid, 2005.

SAGÜES, N. “Constitucionalismo social” en AAVV Tratado de Derecho del Trabajo, VÁSQUEZ (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1982.

SALA FRANCO, T. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral” en AAVV., Trabajo y libertades públicas, Madrid, 1999.

SANCHEZ T, E. “Mercadotecnia y derechos fundamentales de los trabajadores: a propósito de la STC 84/2006, de 27 de Marzo”, IUS La boral, N°3, 2006.

SASTRE, S. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, 2003.

SCHMITT, C. Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

SEMPERE, A y SAN MARTIN, C. “Los derechos fundamentale s (inespecíficos) en la negociación colectiva” en AAVV El modelo social en la Constitución, MTYAS, Madrid, 2003.

SERNA, P y TOLLER, F. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

SIECKMANN, J. “El modelo de los principios de derecho”, U, Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

TASCON, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, Aranzadi Social, N °17, 2007.

TERRADILLOS, E. Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

THOMPSON, P y ACKROYD, S. “¿Reina la calma en el frente de trabajo?: una crítica de las recientes tendencias en la sociología de trabajo en el Reino Unido” en AAVV Vigilar y Organizar, Una introducción a los Critical Management Studies, Siglo XXI, Madrid, 2007.

TOLLER, F. “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en AAVV La interpretación en la era del neoconstitucionalismo, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2006.

TOLONEN, H. “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, AAVV La normatividad del derecho, Gedisa, Barcelona, 1997.

TRIBE, L. American Constitution Law, Mineola. New York, 2 ed., 1988.

VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Relaciones Laborales, N° 22, Madrid, 2003

VALDÉS DAL-RE, F. Presentación, Número Monográfico Nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales, N° 5-6, Editorial La Ley, Madrid, 2009.

VALDÉS DAL-RE, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado”, Derecho Privado y Constitución, N° 17, Enero-Diciembre, Madrid, 2003.

VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo” en Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Montevideo, 2003.

VALVERDE, A. M. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Derecho Social, N° 6, Bomarzo, Albacete, 1999.

VASQUEZ VIALARD, A. “Fundamentos constitucionales del Derecho del Trabajo Argentino” en AAVV El trabajo y la Constitución, MTYAS, Madrid, 2004.

VENEGAS, M. Derechos fundamentales y derecho privado, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VIGNEAU, C. “El control judicial de la utilización del correo electrónico y del acceso a internet en las empresas en Francia”, RL, N° 5-6, La Ley, Madrid, 2009.

WARDE, I. “Estados Unidos y la religión del trabajo”, en AAVV El Trabajo, Le Monde Diplomatique, Santiago, 2007.

WILLMOTT, H. “La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas”, en AAVV Vigilar y Organizar, Siglo XXI, Madrid, 2007.

ZAGREBLESKY, G. El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 2009,

ZARZALEJO, M. “El acoso moral en la experiencias comparada, internacional y comunitaria: concepto y responsabilidad jurídica” en AAVV Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo, Comares, Granada, 2007.