

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**“LOS DERECHOS INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES Y EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Andrés Miguel Paredes Velásquez

ASESOR

Dr. Aurelio Eduardo Cueva Vieira

JURADO

Dr. Carlos Alberto Cornejo Vargas

Dr. Christian Guzmán Napurí

LIMA – PERÚ

2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA SECCIÓN	2
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN.....	2
I. La Constitucionalización de los Derechos Fundamentales.....	2
I.I. Eficacia Normativa de las Normas Constitucionales	3
I.II. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales	4
II. Los Derechos Inespecíficos del Trabajador como punto de partida	6
III. Identificación de los Derechos Inespecíficos de los Trabajadores.....	8
IV. Los Derechos Fundamentales Inespecíficos de los trabajadores en la Constitución .	9
V. Los Derechos Inespecíficos como límite a los poderes empresariales.....	11
SEGUNDA SECCION.....	13
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL	13
I. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales	13
II. El principio de Proporcionalidad y el Derecho del Trabajo.....	14
III. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales.....	15
IV. Proporcionalidad y Ponderación	16
V. Fundamentación del Principio de Proporcionalidad	17
VI. Elementos del Principio de Proporcionalidad	19
VII. El Principio de Proporcionalidad y la colisión de derechos fundamentales en la Relación Laboral	26
VIII. Relación entre los Derechos Fundamentales y los deberes y derechos propios de una relación laboral.....	29
IX. Condiciones para la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la relación laboral.....	31
IX.I. La inexistencia de una regulación legal frente a una colisión de derechos fundamentales	31
IX.II. La colisión entre principios constitucionales del trabajador y del empresario .	33

TERCERA SECCION	35
EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA RELACIÓN DE TRABAJO – UN ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	35
I. Los juicios del Principio de Proporcionalidad y su aplicación en la relación de trabajo	35
I.I. El juicio de idoneidad en materia laboral	36
I.II. El juicio de necesidad en materia laboral	40
I.III. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto en materia laboral	42
II. Sentencias representativas del Tribunal Constitucional sobre Derechos Inespecíficos del Trabajador.	43
II.I. Derecho a la Intimidad: Intervención del correo electrónico	43
II.II. Derecho a la Libertad Religiosa: Objeción de conciencia	46
II.III. Derecho al Debido Proceso	49
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	54

INTRODUCCIÓN

Nuestra presente investigación abarca el estudio de los Derechos Inespecíficos de los Trabajadores y la aplicación del Principio de Proporcionalidad como instrumento de solución frente a una posible colisión entre derechos fundamentales. De esta manera, en la primera sección nos ocuparemos de describir, analizar y estudiar los derechos inespecíficos de los trabajadores, y la relación existente entre estos y la Constitución para luego establecer el ámbito de aplicación de los derechos inespecíficos de los trabajadores dentro de una relación de trabajo.

Veremos cómo los derechos fundamentales van siendo constitucionalizados, generándose una eficacia ya no solo vertical, en la que el Estado se erigía como un poder supremo frente a los particulares; sino que ahora hablamos también de una eficacia horizontal, donde son estos mismos particulares quienes ejercen un rol importante en el desarrollo de las diversas actividades que realizan entre sí, y que merecen un tratamiento especial por parte del Estado.

Posteriormente, en nuestra segunda sección buscaremos estudiar el principio de proporcionalidad desde un punto de vista crítico y analítico, en el cual veremos cuando es que dicho principio alcanza su utilidad en su aplicación. Veremos las situaciones en las que la actuación del principio de proporcionalidad es una herramienta justificada frente a la colisión de derechos fundamentales.

Analizaremos en dicho capítulo, la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad frente a una posible colisión de derechos fundamentales. Derechos que por un lado protegen al trabajador como ciudadano dentro de una relación laboral; como derechos que cautelán diversas actividades que realiza el empleador en atención a sus poderes de control, dirección y disciplinario.

Finalmente, la tercera sección tocará el punto medular de nuestra investigación, pues en ella se estudiarán los derechos inespecíficos del trabajador desde una óptica del principio de proporcionalidad. Estudiaremos las sentencias que el Tribunal Constitucional ha resuelto en materia de derechos inespecíficos de los trabajadores, concluyendo con afirmar y comprobar que frente a una colisión entre los derechos fundamentales del empleador y aquellos inespecíficos del trabajador, el principio de proporcionalidad es una herramienta válida, capaz de solucionar conflictos entre Derechos Fundamentales.

LOS DERECHOS INESPECIFICOS DE LOS TRABAJADORES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

PRIMERA SECCIÓN:

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN

I. La Constitucionalización de los Derechos Fundamentales

Hablar del término constitucionalización de los derechos implicará un proceso de cambio de una etapa a otra. Será entonces, “un proceso al término del cual el Derecho es impregnado, saturado o embebido por la Constitución”¹.

Al respecto, no podremos establecer con total convicción una definición de este proceso. Aunque estamos seguros que la constitucionalización presupondrá un cambio de modelo del estado legal del derecho. De esta manera, “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condiciones tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”².

Existió un tiempo donde la ley ostentaba el nivel de jerarquía máximo frente a todos los demás ordenamientos jurídicos, sin embargo con la llegada de la constitucionalización, esta cedió su lugar a la Constitución, convirtiéndose esta en el escalafón más alto dentro de un ordenamiento jurídico.

No será fácil entonces, definir de manera expresa este fenómeno jurídico, el cual posee además, múltiples manifestaciones. Podremos afirmar que dicho fenómeno se efectivizará dentro de un sistema jurídico. Como ya señalamos, la constitucionalización será un proceso, el cual se irá afianzando de manera gradual, no existiendo forma de que esta sea realizada o no de forma exclusiva. En el transcurrir de este proceso, los sistemas jurídicos se irán constitucionalizando si cumplen con requisitos tales como: “Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, la

¹ COMANDUCCI, Paolo., *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, pág. 81.

² GUASTINI, Ricardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, pág. 49.

sobre interpretación de la Constitución, interpretación conforme de las leyes a la Constitución, e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”³.

Nace de esta manera el Estado Constitucional de Derecho, embebido de la Constitución e introduciendo en la sociedad uno de sus productos por excelencia, “los derechos fundamentales”. Para Alexy, dentro del proceso de constitucionalización existirán 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”⁴. Este discurso de los derechos fundamentales, irá asociado al “garantismo jurídico” que será aquel conjunto de medidas que garanticen el máximo respeto por los derechos reconocidos en la Constitución.

Sin embargo, surge la pregunta de cómo es que los derechos fundamentales logran ser el punto central del Estado Constitucional de Derecho. Para lograrlo, se necesitará de una nueva forma de estructurar los derechos subjetivos del ser humano, y ello solo vendrá acompañado de la constitucionalización. Entenderemos en primer término que los derechos fundamentales poseerán una estructura normativa con un valor jurídico propio, no necesitando un desarrollo infraconstitucional que los reconozca (eficacia normativa). En segundo lugar, los derechos fundamentales tienen un rango de operación en todas las direcciones, y de forma especial, entre privados (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

I.I. Eficacia Normativa de las Normas Constitucionales

El sistema jurídico europeo del siglo XIX se encontraba estructurada bajo una “concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, las cartas de derecho eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerirían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal”. Era una época donde los derechos fundamentales “calificaban, 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 solo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en que ocasiones eran violados, en que ocasiones se imponía su protección o que remedios se imponían para su protección”⁵.

³ Loc. cit., ídem.

⁴ ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, pág. 32.

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá, 2004, pág. 446.

Una idea clave del constitucionalismo post segunda guerra mundial declaró que a partir de ese momento las normas constitucionales gozarían de plena eficacia vinculante, aun aquellas que establecían los derechos fundamentales de las personas, las cuales podrían generar efectos jurídicos no importando la existencia de un sistema infraconstitucional y menos aún de un desarrollo legal.

Veremos que la Constitución ya “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”⁶.

Hablaremos entonces de la eficacia normativa de la Constitución. Y en consecuencia, desde principios de los años ochenta los mandatos constitucionales tendrán un efecto normativo; es decir, ya no serán valoradas como normas de programación o meras recomendaciones o disposiciones destinadas al legislador, sino que ahora serán consideradas como **normas jurídicas cuya eficacia será directa e inmediata**.

Podremos decir entonces que los derechos fundamentales serán concebidos como normas supremas, cuya efectividad abarcará todo el ordenamiento jurídico, y ostentarán un carácter vinculante entre sí, siendo observados en cualquier operación, interpretación y aplicación del derecho dentro de la sociedad.

Sin embargo, la eficacia de la Constitución no se limitará a controlar únicamente las relaciones entre el Estado frente a los ciudadanos (eficacia vertical) sino que también controlará (eficacia horizontal) las relaciones entre particulares.

I.II. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales

La constitucionalización traerá también un cambio respecto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, “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 de autor”⁷.

Esta revolución de la eficacia horizontal, romperá los esquemas tradicionales de las normas constitucionales, ya que los derechos fundamentales únicamente eran aplicados en relación al Estado y los particulares. Se entendía que los derechos fundamentales habían sido creados como medios de defensa frente a las

⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 116.

⁷ PEÑA, Carlos, *Sistema jurídico y derechos humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pág. 668.

intromisiones del poder público paras con los ciudadanos, resultando imposible su aplicación entre particulares.

Y aunque la función primigenia de los derechos fundamentales fue dividir la actuación del Estado frente a los particulares, limitando la actuación arbitraria de este, y proveyendo de mecanismos de protección para la sociedad, la doctrina fue aceptando gradualmente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares ya que su origen se remonta al artículo 9.1 de la Constitución Española, la cual cataloga como destinatarios de ésta, tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos.

En consecuencia, su crecimiento en el derecho comparado ha sido notable. Nuestro Tribunal Constitucional, reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y así lo señala en el expediente **N° 5215-2007-PA/TC**, “La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución (...)”. Esta norma establece pues que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares”⁸.

Esta tesis sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, también se ha visto expresada en el derecho internacional. El Tribunal europeo, en aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso “Young, Jones & Webster c. Reino Unido” sostuvo 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”⁹.

Del mismo modo, la Corte Interamericana se pronunció respecto al último caso y decreto: “En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto 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 tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”¹⁰

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 5215-2007-PA/TC.

⁹ Young, Jones & Webster c. Reino Unido, 13 de agosto de 1981, serie A, párrafos 54 a 56.

¹⁰ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrafo 140.

Al respecto, en la actualidad, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, de manera doctrinal, podrá estudiarse desde dos ópticas diferentes. La primera, se fundará en la naturaleza característica y propia de los derechos fundamentales; por otro lado, la segunda se amparará en las relaciones de poder que ostenten los privados dentro un caso concreto.

En el primer caso, la eficacia horizontal se encontrará cimentada en los principios supremos de los derechos fundamentales. Derechos a los que la Constitución les ha otorgado el máximo rango jurídico, y cuyo poder se extiende a toda la sociedad, independientemente de la situación fáctica, económica o social en la que se encuentren los particulares implicados.

En el segundo caso, los derechos fundamentales deben aplicarse en forma horizontal debido a las relaciones existentes entre particulares, equiparando de cierto modo a un poder que en un principio solo era ejercido por el Estado frente a los ciudadanos. Al no existir únicamente el poder público, sino también el poder privado, será imperativa la existencia de medidas de protección para las personas y sus respectivos derechos.

II. Los Derechos Inespecíficos del Trabajador

Dentro de una relación de trabajo, existen libertades y derechos específicos propios del trabajador, los cuales junto con los denominados derechos inespecíficos, serán reconocidos por nuestra Constitución. Son aquellos derechos a los que Rawls denomina, “elementos constitucionales básicos”¹¹, como el derecho a la intimidad, a la libertad religiosa, al debido proceso, etc., y que en algún momento podrían entrar en conflicto con aquellos derechos propios del empleador, reconocidos también constitucionalmente.

Estos derechos fundamentales de los trabajadores se distinguirán de aquellos que son netamente de carácter laboral, en razón de que los primeros no solo podrán ser ejercidos dentro del seno de una relación laboral, sino que su aplicación trascenderá las fronteras de la misma, extendiéndose a la vida humana de la persona dentro de una sociedad.

Nuestra doctrina nacional ha estudiado escasamente una definición de los derechos inespecíficos de los trabajadores, sin embargo, el Dr. Toyama afirma que estos derechos fundamentales, al ser de carácter esencial para todo ser humano, gozarán también de una relevancia laboral; es más, “los potenciales supuestos de afectación se han incrementado con la introducción de las tecnologías y sistemas informáticos que se

¹¹ RAWLS, John, “La idea de una razón pública”, En: *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, pág. 145.

aprecia en las relaciones laborales”¹², tales como el correo electrónico empresarial y sus respectivos mecanismos de control.

La jurisprudencia española al respecto del tema, es una excelente fuente de estudio sobre los derechos fundamentales inespecíficos, generando el análisis de los mismos por diversos juristas. El Tribunal Constitucional Español, ha establecido su posición acerca de los derechos inespecíficos de los trabajadores otorgándoles plena eficacia constitucional, y señalando que un contrato de trabajo, no puede por ninguna razón privar de derechos a los trabajadores, principalmente aquellos que son reconocidos por la Constitución, ya que estos mantendrán su plena vigencia, aun dentro de una relación de trabajo (STC 88/1985, FJ 2)¹³.

Los derechos fundamentales inespecíficos serán entonces, aquellos que el trabajador ejerza en calidad de **trabajador-ciudadano**. Es decir, aquellos que el trabajador cargará consigo dentro de una empresa. Derechos “inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierne y de superior rango y valor a los que en éste pueden regir y haberse acordado”¹⁴.

Expresado de otra manera, un trabajador que ingresa a un centro de trabajo, vendrá a incorporar derechos fundamentales propios de un ciudadano a la relación laboral a la que se une. Y estos derechos, gozarán de un significado totalmente distinto al de los derechos fundamentales laborales propiamente dichos, y que solo ostentará el trabajador dentro de una relación laboral, relacionados básicamente a temas económicos.

Entendido esto debemos tener presente que los derechos fundamentales al encontrarse dentro de una relación laboral, permitirán que aquella racionalidad económica, como es la relación de trabajo y salario deje de ser el único elemento determinante en las decisiones empresariales, sino que de la misma manera deberán tomarse en cuenta aquellos derechos constitucionales del trabajador y las implicancias de su inobservancia.

Veremos pues que ahora el empresario, al ejercer sus funciones empresariales, tales como su poder de dirección, control o disciplinario; mantendrá la obligación de analizar razones, ponderar diversos intereses y por sobre ello a fundamentar las decisiones que adopte; es decir, que en todo momento deberá tomar en cuenta los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. Derechos fundamentales que nuestra Carta Magna recoge y protege, contenidos en el artículo 2º, del capítulo y título I. Para el empresario esta condición tendrá suma relevancia, ya que “la titularidad empresarial sobre la organización no implica la sistemática prevalencia de sus intereses sobre

¹² TOYAMA, Jorge, *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012, pág. 145.

¹³ Loc. cit., ídem.

¹⁴ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, En: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, España, 2011, pág. 18.

cualquier otro contrapuesto, no reconducible al esquema del intercambio económico trabajo-salario”¹⁵.

Se entiende entonces, que los derechos inespecíficos de los trabajadores introducirán nuevas condicionantes dentro de una relación laboral, los cuales de cierta forma modificarán el *modus operandi* de la misma, ya que ahora se deberán tomar en consideración antes de adoptar cualquier medida empresarial, aquellos derechos que como persona mantiene inherentes el trabajador.

Sin duda alguna, la inserción de los derechos fundamentales inespecíficos dentro una relación laboral permitirán que la persona del trabajador sea visto bajo una diferente óptica dentro un centro de trabajo. Ya no será una simple herramienta de producción, sino que ahora en su calidad de persona, será titular de derechos y libertades consagradas en la Constitución. Podremos afirmar que, “la posición jurídica del trabajador en la empresa adquiere una nueva dimensión de respeto de su dignidad como ser humano y como miembro de la sociedad civil en la que realiza su trabajo”¹⁶.

De igual manera, estos derechos fundamentales sentarán las bases para amparar aquellas situaciones en las que existan diferencias complejas de resolver, como ideología, religión, etc., donde el principio de proporcionalidad será el instrumento de solución frente a una colisión de derechos constitucionales dentro de una empresa.

III. Identificación de los Derechos Inespecíficos de los Trabajadores

Tal como se señaló anteriormente, los derechos fundamentales inespecíficos laborales o derechos inespecíficos de los trabajadores, serán aquellos reconocidos y cautelados constitucionalmente, que mantendrán un carácter general, es decir, que serán inherentes a la persona humana y que no guardarán una relación estrictamente laboral con el empresario.

El concepto de derechos inespecíficos de los trabajadores, vendrá determinado por el estudio de tres conceptos: fundamentalidad, inespecificidad y laboralidad. Será de vital importancia entonces, primero, estudiar que entendemos por el concepto de fundamentalidad.

La doctrina ha establecido que los derechos fundamentales, serán todos aquellos derechos y libertades reconocidos por la Constitución, los cuales gozan de un valor

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel., “La integración de los derechos fundamentales y relación laboral”, En: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, España, 2011, pág. 18.

¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo”, En: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, España, 2011, pág. 19.

especial, ya que cumplirán con dos requisitos básicos para su actuación: “la disponibilidad del derecho por su titular y la indisponibilidad de su existencia por el legislador”¹⁷. De esta manera, el empresario deberá considerar estos derechos inespecíficos al momento de establecer una medida empresarial que limitará o restringirá derechos fundamentales del trabajador.

El análisis de inespecificidad guardará relación con aquellos derechos constitucionales, reconocidos a todas las personas, es decir, aquellas inherentes a la persona humana y que ostenten un carácter general. Finalmente, el concepto de laboralidad, como elemento delimitador de la categoría de derechos constitucionales inespecíficos, tendrá como cualidad el custodiar a los derechos fundamentales inespecíficos en el seno de una relación de trabajo, pudiendo ser ejercidos constitucionalmente por los trabajadores.

IV. Los Derechos Fundamentales Inespecíficos de los trabajadores en la Constitución

Hablar sobre la denominación de derechos inespecíficos en la actualidad, es sinónimo de discusión. Para un sector de la doctrina, estos derechos limitarán la autonomía del Derecho del Trabajo, el cual ya posee sus propias instituciones y reglas. Incluso para algunos juristas como José Echeveste, “la división no debería producirse pues denota una discriminación que no puede admitirse a nivel de derechos fundamentales.”¹⁸

Sin embargo, para nosotros la diferenciación entre derechos específicos –estrictamente laborales y condicionados solo al trabajador–, e inespecíficos –generales y propios del ciudadano-trabajador–, es acertada. Ya que si bien el Derecho Laboral, se basa en derechos fundamentales estrictamente laborales y específicos, los derechos inespecíficos del trabajador, tendrán sustento en teorías estrictamente propias del **Derecho Constitucional**. Y son estos derechos inespecíficos los que podrían en algún momento, colisionar con aquellos derechos propios del empresario como son sus poder de dirección, control y disciplinario.

Al respecto, Jorge Toyama, señala que, “la clasificación de derechos solamente busca ser **pedagógica** y delimitar los supuestos de análisis sin que se pretenda encontrar alguna jerarquía o tratamiento diferente derivada de la clasificación de derechos”¹⁹, por lo que no encontramos limitaciones a las instituciones propias del Derecho Constitucional dentro de una relación laboral.

¹⁷ JIMENEZ CAMPOS, Javier, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, En: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, España, 2011, pág. 88.

¹⁸ TOYAMA, Jorge, Ob. cit., pág. 147.

¹⁹ Loc. cit., pág. 148.

Estos “derechos y libertades laborales inespecíficos”, llamados así por la doctrina española, poseerán una titularidad de carácter general, es decir, que podrán ser ejercidos por todos en calidad de personas; pero también gozarán de relevancia y contenido laboral propios. En palabras de García-Perrote serán “el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo.”²⁰ Ejemplos de esas libertades derechos propios de los trabajadores en seno de una relación laboral serán, la creencia e ideología, la igualdad y no discriminación a grandes rasgos, la intimidad personal, la libre expresión, la tutela judicial efectiva, el honor y la imagen personal, la salud, etc.

Todos estos derechos poseerán una titularidad propia de cualquier individuo, sin embargo cuando estos sean ejercidos por los trabajadores, adquirirán un matiz laboral relevante. Esto nos hace comprender que no solo los derechos específicos sostienen una relación laboral, sino que aquellos derechos inespecíficos tendrán vital importancia en el contrato de trabajo.

Nuestro actual sistema constitucional reconoce de manera expresa los derechos inespecíficos de los trabajadores dentro de una relación laboral. El tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1993 establece a la letra que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Este precepto señalado en nuestra Carta Magna, reconoce la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales del trabajador, estableciendo las pautas necesarias para comprender que el trabajador no renuncia a sus derechos fundamentales una vez que ingresa en una relación laboral, y que a su vez, el empleador deberá reconocer y respetar dichos derechos básicos e indispensables.

Al respecto, Carlos Blancas señala que,

“Aunque no pretenda suprimir el principio de la autonomía de la voluntad, la eficacia horizontal si le impone –al empleador– límites y marcos dentro de los cuales este debe desenvolverse respetando los derechos fundamentales de las partes, toda vez que la libertad de contratación, que es un derecho fundamental, no puede erigirse en un derecho superior a los demás derechos fundamentales, ni, por lo mismo, ejercerse en desmedro de estos.”²¹

De esta manera entendemos que un derecho fundamental no podrá subyugar a otro, aun cuando este sea ejercido por el empleador; sino que estos deberán mantener un clima de respeto entre aquellos derechos propios del trabajador como aquellos propios del empleador.

²⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús, “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, En: *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, pág. 148.

²¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo”, En: *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, pág. 150.

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, es decir entre trabajadores y empleadores, ha sido materia de análisis por el Tribunal Constitucional en el expediente 976-2001-AA/TC, el cual está referido a derechos fundamentales, específicamente en materia laboral:

“Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privados* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que estos resulten vulnerados”²²

De lo señalado, encontramos que existirá una premisa imperativa de carácter constitucional, la cual tendrá validez dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de gran importancia en cuanto a su aplicación en todos los contratos laborales, estableciéndose que la dignidad de la persona no puede ser desconocida dentro de una relación laboral ya que los trabajadores antes que todo, son seres humanos. Es por ello que siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional ha establecido la expresión de “persona” aplicada a un “trabajador” en el expediente N° 0410-2002-AA/TC:

“A estos efectos, el concepto persona, en los términos que señala el inciso 2) del artículo 200. ° de la Constitución, engloba a cualquier particular, independientemente de que a este se le haya encargado o no la prestación de un servicio público o que, respecto a este, el afectado se encuentre en una situación de subordinación. Los derechos constitucionales, como antes se ha dicho, deben respetarse en las relaciones entre particulares, y en caso de que se abuse de ellos o resulten vulnerados, las puertas del amparo están abiertas para que en esa sede se dispense la tutela correspondiente”²³

V. Los Derechos Inespecíficos como límite a los poderes empresariales

Dentro de un contrato de trabajo existirán límites, los cuales serán marcados por los derechos inespecíficos del trabajador. Algunos de ellos limitarán las obligaciones de los trabajadores, aquellas que nacen de la constitución del contrato de trabajo, mientras que otros limitarán el ejercicio del poder empresarial, restringiendo las decisiones del empresario a la Constitución.

Analizaremos primero los límites que establecen los derechos inespecíficos de los trabajadores frente a las obligaciones que los mismos adquieren al momento de constituirse un contrato de trabajo. En ese sentido, será imposible de manera imperativa que este contenga cláusulas y obligaciones que contravengan los derechos fundamentales de la persona. **Sin embargo, el tema sobre los límites que se generan a los poderes empresariales** no es nada sencillo, debido a que existirán vacíos en cuanto

²² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 976-2001-AA/TC.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0410-2002-AA/TC.

al ejercicio de los mismos dentro de una relación laboral. Es por ello que estos límites, deberán ser correctamente definidos frente a los poderes empresariales que limiten.

Dichos poderes empresariales que se verán limitados por los derechos inespecíficos de los trabajadores son, el poder de dirección, el poder de control y el poder disciplinario, los cuales ostenta el empresario en la relación laboral. Al respecto, debemos tener presente que los derechos inespecíficos dentro de la empresa, inciden de manera absoluta dentro del contrato de trabajo, y por sobre todo, limitan de manera racional los poderes empresariales.

De esta manera, “para los poderes empresariales inherentes a la relación laboral la interiorización de los derechos fundamentales en el interior de la empresa, va a suponer que la **racionalidad económica** deje de ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador”²⁴

Sera dentro de una relación de trabajo, donde el empresario, ejerciendo su poder empresarial se verá en la obligación de ponderar los intereses propios de la empresa frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, aun cuando este se encuentre en áreas netamente propias de la empresa. Es decir, “la titularidad empresarial sobre la organización no implica la sistemática prevalencia de sus intereses sobre cualquier otro contrapuesto, no reconducible al esquema del intercambio económico trabajo-salario”²⁵.

Es por ello que nuestro Tribunal Constitucional reconoce la legitimidad de los poderes empresariales dentro de una relación laboral; siempre que estos sean ejercidos de acuerdo a lo establecido en la Constitución y por sobre todo, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores. En suma, los derechos fundamentales, limitarán las decisiones empresariales, cuando estas contravengan aquellos derechos constitucionales reconocidos a favor de los trabajadores.

²⁴ ORTIZ LALLANA, Carmen, “Derechos fundamentales y relación laboral”, En: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, España, 2011, pág. 166.

²⁵ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, Ob. cit., pág. 166.

SEGUNDA SECCION:

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL

I. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales

Durante años, fue un objetivo luchar por reconocer constitucionalmente los derechos fundamentales. Anteriormente no se hablaba de derechos, sino de deberes. Posteriormente, se creó la clasificación de “derechos naturales”, los cuales no eran sino una suerte de presunciones morales, ni siquiera contenidas en textos jurídicos.

Después de siglos de lucha, finalmente se arribó a la etapa de la positivación de los derechos, lo que supuso un cambio drástico en la concepción de la persona humana y de la comprensión moral que tiene la vida.

Catálogos de derechos que surgieron a finales del siglo XVIII (como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el *Bill of rights* de la Constitución estadounidense de 1787 son quizás los únicos en esta etapa), se fueron incrementando en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, donde se expidieron textos constitucionales ya con amplias órdenes sustantivas para el Estado, muchos de los cuales fueron representados en la forma de derechos fundamentales.

A partir del afianzamiento de amplios catálogos de derechos fundamentales, el rumbo teórico sobre los mismos cambió de curso. Actualmente no se busca la constitucionalización de derechos, sino que se pueda ejercer una correcta supervisión en su aplicación. Y para ello, es necesario el empleo de poderosas técnicas interpretativas, una de ellas, precisamente es la proporcionalidad.

Según Miguel Carbonell, “el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”²⁶. **Entonces, lo interesante de ello es de que manera y en qué medida podemos limitar dichos derechos.** Será el principio de proporcionalidad una técnica de interpretación cuyo objetivo será la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Una barrera frente a intromisiones indebidas a los mismos.

²⁶ CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, pág. 10.

II. El principio de Proporcionalidad y el Derecho del Trabajo

Los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, dentro de una relación de trabajo, pueden crear múltiples situaciones en las que su aplicación puede entrar en conflicto con aquellas facultades constitucionales propias del empresario.

La doctrina laboral ha catalogado dicha situación como una colisión de derechos fundamentales, y ha establecido también el método de solución de los mismos como si se tratara de un conflicto entre principios; es decir, mediante la ponderación y el principio de proporcionalidad.

Como señala Valdés Dal-Re, “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”²⁷

Es por ello que la doctrina se ha decidido por el término “conflicto” en relación a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador dentro de una empresa. Y en consecuencia, la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y empresario deberá ser resuelta mediante el principio de proporcionalidad, para así respetar de manera constitucional los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores.

Nuestro Tribunal Constitucional ha buscado una forma de resolver los conflictos entre los intereses de organización que posee el empresario, frente a aquellos derechos propios de los trabajadores en su calidad de seres humanos. Y es por ello que el principio de proporcionalidad se presenta como instrumento apropiado para su solución.

Al respecto, la doctrina laboral establece que dentro de una relación laboral donde se originan conflictos entre derechos fundamentales de las partes, la **ponderación** y el **principio de proporcionalidad** se perfilan como una medida de solución correctamente aplicable. Así pues: “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”²⁸.

Si analizamos la mayoría de los conflictos de fondo que se presentan, nos daremos cuenta de que poseen una estructura en común: un trabajador que solicita la protección de un derecho inespecífico, que puede ser intimidad, libertad religiosa o incluso la

²⁷ VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo*, Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Montevideo, 2003, pág. 99.

²⁸ SAGARDOY, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 38.

prohibición de discriminación el cual considera que ha sido vulnerado por una acción u omisión del empresario.

Considerando la estructura de la situación presente, “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”²⁹.

Es por ello que para la doctrina, el principio de proporcionalidad se ha convertido en el instrumento de mayor relevancia en cuanto a las prácticas empresariales que restringen los derechos inespecíficos del trabajador, ya que si el empresario desea ejercer en alguna medida los poderes de dirección, disciplinario o de control, deberá comprobar si estos superan los elementos del test de proporcionalidad, los cuales son necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Existen razones para creer que la aplicación de la ponderación y del principio de proporcionalidad en el ámbito laboral, y su aplicación por el Tribunal Constitucional crearán un equilibrio práctico, situando a los principios lejos de un nivel abstracto e inalcanzable para poder otorgarles un nivel racional en cada caso concreto.

En este sentido, cabe señalarse que los requisitos y condiciones que impone el Principio de Proporcionalidad, “están sirviendo en la actualidad para definir las reciprocas 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”³⁰.

III. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales

El principio de proporcionalidad nace como un instrumento de control de constitucionalidad de las leyes, las cuales podrían afectar los derechos fundamentales de las personas. Aunque su aplicación por el Tribunal Constitucional, en materia laboral, también podría extenderse a conductas particulares como la del empresario.

Al respecto, Casas Baamonde señala que si bien el Principio de Proporcionalidad “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”, actualmente es

²⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, Ob. cit., pág. 100.

³⁰ GOÑI, José Luis, *Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidades y fisuras del principio de proporcionalidad*, Revista Derecho Social N° 32, Albacete, 2005, pág. 37.

utilizado como instrumento para realizar “el enjuiciamiento del ejercicio por los trabajadores de derechos fundamentales”³¹.

Al estudiar el Principio de Proporcionalidad, nos daremos cuenta que adopta generalmente la **denominación de ponderación**. Sin embargo, se han desarrollado debates frente a si la ponderación no es otra cosa que la actividad discrecional del juzgador para resolver a su antojo los principios en conflicto. Frente a ello, el Principio de Proporcionalidad resalta de manera constitucional como respuesta.

Dicho principio presenta como núcleo esencial una simple 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”³².

Así, el Principio de Proporcionalidad introduce una estrecha relación con la ponderación, creando diversas cuestiones sobre su conexión, contenido y estructura.

IV. Proporcionalidad y Ponderación

Al respecto, no existe un acuerdo definido cuanto a la relación que existe entre el principio de proporcionalidad y la ponderación. Para algunos, la ponderación solo forma específica parte del principio de proporcionalidad, siendo este más genérico, ya que el principio de proporcionalidad posee a su vez subprincipios, como son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De esta manera, el principio de proporcionalidad queda definido como un mecanismo general que permitirá determinar los límites de los derechos fundamentales en conflicto, siendo la ponderación una operación específica que confrontará el grado de afectación de un derecho frente al grado de satisfacción del otro, lo que en otras palabras forma parte del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo para otros, ocurre el efecto inverso pues será la ponderación aquel ejercicio destinado a resolver conflictos entre principios constitucionales, siendo el principio de proporcionalidad solo una técnica que indica el cómo hacerlo: “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”³³.

³¹ CASAS BAAMONDE, María Emilia, *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe*, Relaciones Laborales N° 12, La Ley, Madrid, 2004, pág. 42.

³² ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 66.

³³ BOCKENFORDE, Wolfgang, En, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 157.

Dentro del ámbito laboral, existen diversas posturas respecto al tema llegando incluso a desvirtuar los conceptos. Así, para algunos la ponderación es sinónimo de restricción, configurando de esta manera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Para otros, es un método de solución de conflictos entre derechos fundamentales, el cual tiene como herramienta al principio de proporcionalidad. Incluso algunos han llegado a considerarlos sinónimos como también otros dicen que son independientes capaces de ser utilizados de manera alternativa.

Al respecto, para nosotros la ponderación vendrá a ser una herramienta capaz de resolver conflictos entre derechos fundamentales, siempre que estos posean un mismo nivel o valor jurídico. La proporcionalidad a su vez, será el principio que concentre una de las teorías argumentativas con el fin de aplicarlos en cada caso en concreto.

Es por ello que, “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 solo 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”³⁴

Es por ello que concluimos afirmando que la ponderación no implica necesariamente la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que este no será el único método posible para lograrlo, -existe la concepción denominada “coherentista”-, sin embargo, será uno de los instrumentos más importantes dentro de nuestro sistema jurídico contemporáneo.

V. Fundamentación del Principio de Proporcionalidad

Se entiende por el principio de proporcionalidad una medida que fija el componente de constitucionalidad en los actos y normas del poder estatal, por la que se garantiza al individuo la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la optimización de sus derechos fundamentales. En este entender la proporcionalidad, como principio general del derecho, está encarnada explícita o implícitamente en la Constitución, y obra como regla de interpretación y aplicación del derecho, controla la actividad estatal, calibra los intereses y da equilibrio —entiéndase constitucionalidad— al orden jurídico y, sobre todo, a su aplicación práctica.

La doctrina al respecto, ha establecido dos fundamentos para justificar la existencia del principio de proporcionalidad dentro de los derechos fundamentales. Una de ellas es la conceptual, y otra la normativa.

La justificación conceptual viene relacionada con la teoría de los derechos fundamentales. Según “Alexy, el principio de proporcionalidad esta conceptualmente conectado con el

³⁴ BARNES, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, Cuaderno de Derecho Público N° 5, Madrid, 1998, pág. 35.

concepto de principio como mandato de optimización y con su noción de ponderación como el establecimiento de una relación de procedencia condicionada³⁵.

El mismo autor alemán precisa más al respecto cuando establece 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 de del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de 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 aquel³⁶.

Si adoptamos la idea de que los derechos fundamentales son parte de aquellas normas de principio, los cuales han sido creados como mandatos de optimización, veremos que el límite de estos principios llegará hasta que ocasionalmente estos lleguen a colisionar con otros principios constitucionales de igual relevancia, y cuya solución se podrá realizar haciendo uso del principio de proporcionalidad.

De ahí, que nuestra tesis va orientada en el sentido de que toda limitación de un derecho fundamental, vendrá acompañado de una exigencia de proporcionalidad en su aplicación. Es decir, que siempre existirá una relación conceptual entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.

Y es gracias a esta relación existente que el Tribunal Constitucional alemán establece que el principio de proporcionalidad proviene en esencia de los derechos fundamentales. Aún en sus resoluciones el Tribunal en mención, otorga al principio de proporcionalidad el rango jurídico constitucional y teniendo como fundamento a los derechos fundamentales.

Nuestro Tribunal Constitucional, también se ha pronunciado al respecto estableciendo que “el presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de los dos principios o bienes constitucionales³⁷.

De la misma manera podemos establecer que para el Tribunal Constitucional ha establecido que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella

³⁵ MARTÍNEZ, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 238.

³⁶ ALEXY, Robert, *La fórmula del peso*, AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 17.

³⁷ Resolución del Tribunal Constitucional N° 01209-2006-PA/TC (FJ 55).

sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente”³⁸.

Lo importante de todo esto, es comprender que el principio de proporcionalidad ostenta mayor rango constitucional y en virtud de ello el legislador siempre estará vinculado al mismo mediante las resoluciones que expida a través del Tribunal Constitucional. Y con mayor razón quedan sujetos a él la Administración y los jueces en sus respectivas áreas al momento de interpretar y aplicar el Derecho.

Pero más allá del ámbito normativo, la aplicación del principio de proporcionalidad, mantiene ciertos requisitos conceptuales. Y esto es, analizar la relación que existe entre la **teoría de los principios** y el principio de proporcionalidad. La respuesta, es el carácter de principio que queda implícito en él. Y este carácter de principio conlleva a que el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio que ostenta.

Entenderemos esta relación lógica si vemos que los principios son mandatos de optimización fácticos y jurídicos que exigen aquello que debe cumplirse. Por lo que en caso de colisión entre principios, el ejercicio de cada derecho fundamental dependerá de cuanto se esté en condiciones de limitar el otro derecho en conflicto.

VI. Elementos del Principio de Proporcionalidad

Para poder comprender el acto de maximizar un derecho fundamental de manera jurídica y fáctica, será necesario hacer un triple juicio del derecho en mención y sus límites. El principio de proporcionalidad o también denominado “test alemán”, posee tres subprincipios o juicios a saber, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esto es que para poder justificar la restricción de un derecho fundamental, mediante el ejercicio de otro derecho fundamental, es de vital importancia preguntarnos si dicha medida es necesaria, idónea y proporcional.

Aquellos elementos del principio de Proporcionalidad, que han sido materia de análisis y estudio son:

- **La exigencia de idoneidad** o *adecuación de la medida limitativa concreta al fin perseguido con el límite impuesto al derecho fundamental*. Exige que la limitación del ejercicio de un derecho fundamental, permita alcanzar un fin legítimo, es decir, constitucional. De esta manera, un derecho constitucional limitado por el empleador en el ejercicio de sus facultades y poderes como tal, debe tener una

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0010-2002-AI/TC.

finalidad amparada constitucionalmente, no pudiendo bajo ningún respaldo perseguir objetivos que no cuenten con dicho respaldo.

Como explica Villaverde, “para precisar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella: limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito”³⁹.

Por ejemplo, podemos analizar el caso de que en una instrucción penal sea necesario practicar una prueba de ADN para poder esclarecer un caso de violación, y que requiera la intervención corporal de uno de los imputados, el bien constitucional de la de indagación de los delitos puede argumentar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención física. Pero esa intervención solamente podrá ser justificada si el objeto es la obtención de evidencias que ayuden al esclarecimiento de los hechos que supuestamente hayan sido delictivos, y no, por ejemplo, si se quiere verificar el que imputado es consumidor de drogas o para ver si padece de alguna enfermedad.

Dentro de una relación laboral, tendremos que analizar si la relación que existe entre los medios utilizados por el empleador como el restringir un derecho constitucional cumple con la finalidad de alcanzar un objetivo respaldado constitucionalmente. Y este fin, en la mayoría de casos será la protección de un derecho fundamental del empleador como es la propiedad.

Así, dentro de una empresa consideraremos como daños lesivos a los derechos fundamentales de los trabajadores, todos aquellos actos realizados por el empleador que limiten derechos fundamentales del trabajador y no alcancen ni ayuden a alcanzar los objetivos constitucionales perseguidos por el mismo.

La idea principal de este subprincipio es rechazar aquellas medidas desproporcionadas o conductas que restrinjan un derecho fundamental, ya sea que provengan de un legislador, la autoridad administrativa, incluso del empleador, aun cuando dichas medidas persigan fines constitucionales legítimos pero que no contribuya con ella de manera trascendente.

- **La exigencia de necesidad o intervención mínima.** Que como lo explica Villaverde, “consiste, en que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido, de que no debe existir otro medio menos onerosos para lograrlo”⁴⁰. Es decir, que una medida restrictiva no solo debe ser idónea, sino que también debe encontrarse

³⁹ VILLAVERDE, Ignacio, “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978”, En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pág. 183.

⁴⁰ VILLAVERDE, Ignacio, Ob. cit., pág. 184.

fundamentada, ya que no deberá existir otra medida menos gravosa que la ya adoptada.

Retornando al ejemplo anterior, es conocido que existen varias formas de poder tomar muestras de ADN, como es el caso de realizarla mediante una muestra de saliva, pero resultaría desproporcionado que existiendo este tipo de métodos, se requiera practicarle al imputado un análisis de sangre, el cual ciertamente vendría a ser más agresivo.

De esta manera, una medida será necesaria y proporcionada cuando no exista otro medio alternativo y menos costoso para lograr el objetivo deseado. A esta exigencia también se la ha denominado “principio de indispensabilidad”, ya que este otorgará la calidad de indispensable a un test de proporcionalidad con el fin empresarial de alcanzar un fin legítimo.

Al respecto, el caso español del “deshuesador de jamones” es un claro ejemplo en temas de derechos fundamentales, debido a que era una exigencia empresarial que el trabajador fuera filmado realizando su labor de cortar y trozar jamones ibéricos para luego ser transmitido por televisión. A la negativa del trabajador de ser grabado, este fue despedido por la empresa; lo cual fue considerado lesivo a sus derechos fundamentales debido a que la medida adoptada por la empresa fue considerada innecesaria.

En palabras del Tribunal Constitucional español, “los requerimientos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (al margen de los conectados de forma innecesaria 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”⁴¹.

Como podemos ver, con esta sentencia el Tribunal Constitucional español establece los verdaderos límites que los derechos fundamentales de los trabajadores le infligen al poder del empresarial dentro de una relación de trabajo, otorgándoles protección y velando porque el empresario no sobrepase dichas barreras constitucionales.

- **La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto.** El cual radica se basa en el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquél límite. Villaverde afirma que este criterio, «suele traducirse en la necesidad de probar que el daño de estos últimos era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción, es decir, que hubo un riesgo cierto y actual y no tan sólo un riesgo futuro e

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 99/1994.

hipotético de lesión del bien o derecho que se desea proteger⁴². Una vez que probemos que el riesgo establecido es real, podremos estar seguros de que los sacrificios realizados compensaran el objeto perseguido.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, la prueba de ADN mediante la forma de realizarla con muestras de saliva, solo se justificará en el curso de la instrucción penal si resultara vital practicar esta prueba de forma anticipada y no en el juicio oral al existir un riesgo real y cierto de que el imputado pueda huir, y si esa prueba resulte además decisiva para poder esclarecer los hechos objeto del proceso penal hasta el punto de que, de no practicarse, se frustraría la averiguación del delito de violación. Ahora bien, la muestra de saliva debe efectuarse de la forma que resulte menos molesta para el imputado y respetando todas las garantías, sacrificando su derecho a la integridad física en la medida necesaria solo con el objeto de salvaguardar la función objetiva del proceso penal la cual es averiguar y castigar los delitos.

Como hemos establecido, cuando para lograr una finalidad legítima, la cual proviene de un derecho fundamental y que de manera indispensable sea necesario que se restrinja o limite otro derecho fundamental de manera que la satisfacción de uno únicamente se consiga mediante el sacrificio de otro, es imperativo hacer uso del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Este juicio del que hablamos no es otro que la aplicación de la ley de la ponderación, el cual considera que mientras más se limite o se insatisfaga un derecho fundamental, mayor debe ser la importancia en la concretización del otro derecho fundamental.

Según la ley de ponderación, deberemos guiarnos por tres pasos principales: primero, determinar el grado de afectación o limitación de un derecho fundamental; segundo, establecer el grado de importancia del derecho que consideramos superior, y finalmente tendremos que comparar ambos derechos fundamentales con la finalidad de determinar si la importancia de uno justifica el sacrificio del otro.

Para establecer correctamente la ley de ponderación, debemos otorgarles a los derechos fundamentales en conflicto, pesos de acuerdo a su grado de importancia, existiendo una escala trídica de intensidad: grave, media y leve.

Establecer la preminencia o el peso de restringir y no satisfacer un derecho fundamental, -ya sea del empleador o del trabajador-, con la finalidad de proteger otro derecho fundamental en conflicto, necesariamente implica un juicio de predilección o valor de un derecho fundamental respecto del otro, el cual debe estar fundamentado en premisas normativas y de hecho.

⁴² VILLAVERDE, Ignacio, citado por Carbonell, Miguel, 2008: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 185.

Las premisas normativas que establecen el grado de afectación y/o importancia de un derecho fundamental guardan relación con:

- a) La fundamentalidad, que la acción adoptada ejerce sobre el derecho fundamental, es decir, cuanto más cerca al núcleo del derecho fundamental se encuentre, tanto mayor será también la restricción y afectación del mismo.
- b) La porción del derecho fundamental afectado, ya que cuanto mayor sea el contenido de la afectación del derecho fundamental, mayor será también la intensidad con la que se vea afectado.
- c) La preeminencia que ejerce la afectación del derecho fundamental respecto a su funcionalidad, es decir cuanto mayor restrinja la acción adoptada la función que cumple el derecho fundamental, mayor será su afectación.
- d) La relevancia que la acción adoptada ejerce sobre otros principios constitucionales que guardan relación con el derecho fundamental restringido y que se vean afectados por su causa es decir, cuantos más principios queden limitados, mayor será el grado de afectación.

Por otro lado, las premisas fácticas que establecen la intensidad de la afectación o importancia, guardan relación con:

- a) Eficacia, es decir, si existe capacidad para poder restringir y afectar un derecho fundamental.
- b) Rapidez, al comprobar con que velocidad se materializa la afectación de un derecho.
- c) Probabilidad, al establecer cuáles son las posibilidades reales de que una medida pueda resultar afectada por una acción tomada.
- d) Alcance, al determinar cuántos derechos fundamentales podrían verse afectados de manera secundaria por la restricción de un derecho fundamental.
- e) Duración, al calcular el tiempo que se verán afectados tanto el derecho principal que se ve restringido, como aquellos que se encontraran limitados en su actuación por la protección de otro derecho fundamental.⁴³

⁴³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 757-788.

Sin embargo, la valoración de estas premisas fácticas, dependerá de los conocimientos que ostente el operador jurídico que tenga a su cargo la tarea de efectuar el criterio de ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto.

Dentro de una relación laboral podemos poner el ejemplo de una empresa que exigía a sus trabajadores que para poder efectuar declaraciones a cualquier medio de comunicación sobre la actividad que realizaban dentro del trabajo así como de la empresa y sus funciones, debían solicitar una autorización al jefe de personal. Esto claramente es una afectación al derecho de libertad de expresión de los trabajadores que ostentan por el solo hecho de ser personas humanas.

Una justificación que el empleador podría efectuar al respecto de su conducta, podría ser el eventual daño que los trabajadores podrían ocasionar a la imagen de la empresa. Justificación a la que si le otorgáramos un peso, vendría a ser solo “leve” ya que en la mayoría de los casos no existe un riesgo palpable para la empresa por algunas declaraciones que sus trabajadores pudieran efectuar. Sin embargo, dicha medida restrictiva, afectaría de manera completamente desproporcionada al derecho fundamental de libertad de expresión de un trabajador, calificando esta por lo que aquella conducta dirigida por el empleador vendría a ser lesiva.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, establece que el derecho fundamental más importante, después de haber pasado por los filtros de intensidad y en virtud de las premisas normativas y fácticas, restringe al derecho menos importante en cada caso concreto. Un ejemplo claro es aquella niña hija de padres religiosos, los cuales no permiten que a su hija le realicen una transfusión de sangre debido a los principios religiosos que profesan. El juicio de valor de intensidad del derecho a la vida es de “intenso” respecto a la niña y el peligro de muerte que representa, frente al juicio “leve” del derecho de los padres a la libertad de culto.

De esta manera es cómo funciona el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En términos empresariales, habrá una comparación entre el grado de intensidad que afecta el derecho fundamental del trabajador, y el grado de valor que el derecho fundamental del empresario pretende sostener y que generará una colisión entre ambos.

Dicha comparación establecerá una relación llamada “precedencia condicionada”. Y analizando cada palabra, diremos que será precedente, ya que desplazara un derecho con la finalidad de satisfacer otro, y condicionada porque cada juicio de comparación se aplicará en cada caso concreto donde se origina una colisión de derechos fundamentales, no existiendo el carácter vinculante.

Este carácter de precedencia condicionada implica que cada juicio de peso o valor de derechos fundamentales no ostenta la calidad de absoluto, ya que en cualquier

otra circunstancia donde colisionen los mismos derechos puede que se alce vencedor aquel derecho fundamental que hoy se encuentra restringido.

Sin embargo, dentro del juicio de proporcionalidad veremos que este se encuentra afectado por dos variables o condiciones adicionales: por un lado el peso abstracto que cada derecho ostenta, y por el otro, los indicios o antecedentes de los derechos en colisión.

Como primera variable, dentro de la asignación de pesos ya sea de acuerdo a la afectación o importancia, este puede verse afectado por el denominado “peso abstracto” de alguno de ellos. Y es que a pesar de que dentro de los principios constitucionales no existen jerarquías establecidas, y mucho menos un orden de prelación, puede que de manera ideológica o política, un derecho fundamental ostente una importancia mayor y que deba ser considerado al momento de establecer un juicio de proporcionalidad.

Por ejemplo, podemos precisar que el derecho fundamental a la vida, posee un peso mayor de manera abstracta frente al derecho fundamental a la libertad, ya que este último no podría existir sin el primero. De la misma manera muchos tribunales constitucionales en diversos países han otorgado un peso abstracto mucho mayor a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a que dentro de un estado democrático, existe una conexión entre la democracia y la libertad de expresión así como la intimidad con la dignidad humana.

De otro lado, también puede ser que al momento de realizar el pesaje y ponderar derechos fundamentales, llegue a incidir en la decisión el grado de afectación o importancia que se le otorgue a un derecho fundamental, es decir, el impacto que ocasionara otorgarle cierto peso en particular y decantarse por alguno de ellos de manera constitucional. Así por ejemplo, en el caso de la niña que analizamos, tendremos que otorgarle un peso de “intenso” al derecho de la vida y la salud si es que se confirma un riesgo real de que la niña morirá si no es intervenida. En cambio, si se confirma que no existe un riesgo latente en la salud de la niña y no se encuentra una justificación real para que la niña sea intervenida, el grado de afectación a sus derechos será considerado como “leve” o “moderado”, primando en este caso el derecho a la libertad de culto que profesan los padres, al momento de no querer hospitalizarla.

Es así que el principio de proporcionalidad en sentido estricto tendrá como elementos, la atribución del peso específico, el peso abstracto y la seguridad de las premisas de hecho. Solo combinándolos de manera simultánea en cada caso concreto nos permitirá otorgar el peso que cada derecho fundamental posee en una colisión en particular, optando posteriormente por aquel cuyo peso sea calificado con mayor intensidad.

Es lo que Robert Alexy denomina la “fórmula del peso”, es decir, hallar el resultado producto de la relación existente entre la intensidad que un derecho fundamental posee en cada caso concreto, y el grado de afectación con el que será gravado, considerando el peso abstracto que posee y las premisas fácticas que condicionaran su elección.

Concluiremos afirmando que el balancing o comparación será el eje de la proporcionalidad en sentido estricto, ya que la ponderación se realizara otorgándole un peso de mayor intensidad a cierto derecho fundamental frente a otro en conflicto cuyo peso será menor, siempre, en cada caso concreto.

VII. El Principio de Proporcionalidad y la colisión de derechos fundamentales en la Relación Laboral

Para entender la idea de un conflicto dentro de una relación laboral, debemos primero tener clara la idea de que estos conflictos pueden referirse a dos situaciones muy diferentes. La primera, será netamente un conflicto donde prime la remuneración y/o los intereses de los trabajadores. La segunda será el resultado de un conflicto donde intervengan derechos fundamentales de ambas partes, es decir, entre el trabajador y el empresario. Sin embargo ambas ideas de conflicto se originaron en distintos momentos.

La década de los cincuenta estuvo marcada por el inicio de conflictos entre el trabajador y el empleador, y esto debido a la democracia política, la positivización de los derechos humanos y el pacto keynesiano que otorgo seguridad social y económica después de la segunda guerra mundial.

A raíz de ello, se pudo establecer 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”⁴⁴

De esta manera se empezó a aceptar de manera normal el hecho de que existan conflictos dentro de una relación laboral. Pero aunque estos son ejercidos a través de ciertos derechos netamente laborales como son la negociación colectiva o la huelga, lo real es que siempre persiguen un fin económico, es decir, la existencia de un conflicto salarial entre las partes. Debemos añadir que aquellos derechos laborales, únicamente cumplen la función de portadores o mecanismos de acción, útiles para alcanzar los intereses deseados.

⁴⁴ ALONSO, Luis Enrique, *Trabajo y ciudadanía, Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 48.

Dichos conflictos dentro de una relación laboral, creó en el derecho la llamada “laboralización” de aquellas constituciones políticas liberales, dando como resultado el constitucionalismo social. Normas de rango constitucional que cautelan derechos tales como el derecho al trabajo, la libertad de trabajo y la libertad sindical.

Sera entonces después de la vigencia de la Constitución mexicana de Querétaro en 1917 y la alemana de Weimar de 1919, que “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”⁴⁵.

Pese a que el reconocimiento de los derechos fundamentales estrictamente laborales significó un gran avance, existía un grupo de derechos del trabajador, aunque no propiamente laborales, sino aquellos denominados derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. Y este tipo de conflictos por primera vez no se centrarían en aspectos laborales únicamente.

En la década de los setenta, empezaría a plasmarse una visión que ya no solo vería los conflictos dentro de una relación laboral como aquellos donde el único foco de interés eran los intereses y posiciones salariales entre las partes, desarrollados y plasmados en los derechos fundamentales laborales o específicos; sino que ahora se extendían hacia aquellos derechos fundamentales no laborales o inespecíficos, amparados en aquella premisa de constitucionalización del derecho.

Así, mientras que en el primer caso el conflicto existente exhibía un tema netamente salarial, en el segundo, existe una colisión de derechos fundamentales propiamente dichos. Rompemos aquel esquema establecido donde el conflicto circundaba la distribución de utilidades entre las partes propias de una relación laboral, para enfocarnos en los límites constitucionales que el poder empresarial tenía que respetar frente a los derechos inespecíficos del trabajador al interior de una empresa.

Y esto sucedió debido a que, “la constitucionalización del derecho del trabajo marco la separación de la concepción comunitaria de la relación de trabajo y ello implica que la libertad de empresa está limitada”⁴⁶.

Como ya mencionamos, sería a partir de los años setenta que empezaría a generarse un cambio dentro de las relaciones laborales. La doctrina que establece la horizontalidad de los derechos fundamentales entre los particulares, marcará un nuevo sistema de comprensión de los derechos fundamentales dentro de una relación de trabajo, dejando a

⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, RL La Ley, Madrid, 1996, pág. 12.

⁴⁶ GUAMAN, Adoración, *La libertad de información del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 43.

un lado aquel pensamiento social y puramente económico en el que el salario de los trabajadores primaba en cualquier conflicto.

Veremos en esta nueva concepción de conflicto aquellas capacidades propias del trabajador, protegido mediante sus derechos fundamentales inespecíficos, frente a los poderes de dirección, organización y control de la empresa, protegidos también por los derechos constitucionales del empleador.

Un conflicto entre derechos fundamentales dentro de una relación laboral, va a admitir la concurrencia, en variables indeterminadas, de normas constitucionales que otorgan protección tanto al trabajador como al empresario. Jurídicamente, los derechos inespecíficos del trabajador al existir dentro de una empresa provocarían un conflicto de principios jurídicos, los cuales están contenidos en normas de derechos fundamentales, y en beneficio para ambas partes.

La pregunta que salta a continuación es ¿Qué derechos fundamentales son lo que podrían entrar en colisión dentro de una relación de trabajo?

Por un lado veremos que 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”⁴⁷.

Es por ello que los derechos fundamentales inespecíficos de un trabajador en el seno laboral, vendrán a ser limitados por el ejercicio de otro derecho fundamental menos completo si es comparado y valorado con los de expresión, intimidad, dignidad, etc., pero que sin embargo en situaciones ostenta de una importancia mayor que aquellos mencionados. Nos referimos al derecho a la libertad de empresa, que nuestra Constitución reconoce en su artículo 59°.

Como vemos, frente a aquellos derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, encontramos el derecho fundamental del empresario a la libertad de empresa, cuyo contenido ha sido destacado por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia vinculante como “el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; precisando que “(e)llo es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59° reconoce que «el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria».”⁴⁸

La libertad de empresa, ostenta la potestad positiva de administrar la actividad empresarial que haya elegido y esta, “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

⁴⁷ VALDÉS DAL-RE, Fernando, Ob. cit., pág. 97.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2802-2005-PA.

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 ordenes e instrucciones dotadas de una eficacia real para el trabajador”⁴⁹.

Entendemos por el poder de dirección, el conjunto de capacidades que combinados entre si permiten construir una estabilidad económica dentro de la empresa atendiendo a intereses protegidos constitucionalmente y que es la manifestación por excelencia del derecho fundamental a la libertad de empresa.

Y será esta libertad de empresa, la que desplegando un rango de derecho fundamental en ocasiones, entre en conflicto con los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador ya sea dentro de su característica de poder organizacional de la actividad empresarial como del poder de dirección de la relación laboral. Esto sin perjuicio de que otros derechos fundamentales como la propiedad de la que es titular el empresario puedan entrar en colisión con el conjunto de derechos inespecíficos que posea el trabajador.

Del otro lado del conflicto de derechos fundamentales, tendremos al trabajador y sus derechos inespecíficos. Y estos derechos son aquellos que le han sido reconocidos por nuestra Constitución, y cuya titularidad le corresponde al trabajador solo por el hecho de ser este ciudadano. Son estos derechos reconocidos en el Capítulo I, del Título de nuestra Constitución Política.

Para la doctrina laboral ha sido de especial importancia, realizar la diferenciación entre aquellos derechos laborales del trabajador en sentido estricto, del que son titulares aquellos trabajadores que perciben un salario, incluso, los mismos empresarios y que serán ejercidos dentro de una relación de trabajo; -por ejemplo, el derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, derecho al salario, etc.-, y aquellos derechos fundamentales inespecíficos, que son otorgados con carácter general a todas las personas de un país, por la sencilla razón de calificar al estatus de ciudadano, y que dentro de una relación de trabajo, adoptaran ciertos matices laborales en razón del sujeto que los ejerce y de la relación jurídica en la que estos son cautelados.

VIII. Relación entre los Derechos Fundamentales y los deberes y derechos propios de una relación laboral

En una relación de trabajo, sabemos que existirán derechos fundamentales en conflicto, sin embargo surgen dudas respecto a cómo se incorporarán estos derechos a la relación jurídica existente entre trabajador y empresario.

Sera que estos derechos fundamentales se incorporan a la relación laboral mediante un contrato de trabajo, o es que estos actúan como agentes extracontractuales ejerciendo su protección fuera de la relación laboral.

⁴⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, Ob. cit., pág. 97.

La discusión no se enfoca en cuanto al origen de dichos derechos, pues ya sabemos que estos provienen de manera directa de nuestra Constitución. Lo que se discute es el modo en que se ejercen estos dentro de una relación laboral. Es decir, si son condiciones y/o poderes que se encuentran establecidos dentro del contrato de trabajo, denominándose derechos fundamentales “contractualizados”, o si por otro lado, estas condiciones y/o poderes ejercen su función protectora desde fuera, y hacia el contrato de trabajo.

Aceptar la primera posición es creer 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”⁵⁰.

Por otro lado, la segunda posición declara que los derechos fundamentales inespecíficos poco o nada tiene que ver con el contrato de trabajo, puesto que estos actúan en un terreno mucho más amplio; el de empresa. Es decir, 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”⁵¹.

En síntesis, para el primer caso los derechos fundamentales forman parte del contenido del contrato de trabajo y se encuentran en el mismo plano horizontal que los propios elementos del contrato como la buena fe o la lealtad.

Esta tesis ha sido nombrada como la “interiorización” de los derechos fundamentales al contrato de trabajo, pues se establece que los derechos fundamentales ejercen su función de protección dentro del contrato de trabajo ya que se configura compatible con aquellos derechos y deberes que tienen su origen en la relación laboral.

Para quienes adoptan esta idea es conocida la expresión “modular”, ya que se entiende que existirán límites a los derechos fundamentales del trabajador frente a aquellos que son laborales y aplicables en el contrato de trabajo.

La doctrina laboral al respecto ha señalado que el contrato de trabajo será el que sirva de guía para poder establecer si realmente existió una afectación hacia algún derecho fundamental del trabajador, es decir, que ningún derecho fundamental podrá tener el carácter de absoluto o incondicional.

Esta tesis de la interiorización de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo afirma que estos serán sometidos a la letra del contrato, creándose una cierta clase de obediencia hacia él, limitándose el ejercicio de estos frente a la verticalidad del contrato.

⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 215.

⁵¹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia*, Relaciones laborales N° 22, Madrid, 2003, pág. 89.

La segunda posición por el contrario, señala que los derechos fundamentales intervienen en el contrato de trabajo pero no para formar parte de él, sino para someterlo desde su posición más importante dentro del ordenamiento jurídico.

Así, dentro de una relación laboral, los únicos límites que podrán restringir los derechos fundamentales del trabajador serán aquellos derechos fundamentales propios del empresario; y que serán resueltos mediante el uso del principio de proporcionalidad; eliminando cualquier clase de intromisión por parte del contrato de trabajo.

En definitiva, los derechos fundamentales del trabajador podrán ser restringidos o limitados en su ejercicio únicamente por otros derechos de igual jerarquía, es decir por la aplicación de otros derechos cautelados constitucionalmente, no permitiendo límites fundados en deberes laborales provenientes de un contrato de trabajo.

IX. Condiciones para la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la relación laboral

Dentro de una relación laboral deberán darse ciertas condiciones necesarias para la aplicación del principio de proporcionalidad como medida de solución frente a un conflicto de derechos fundamentales entre las partes intervinientes, a saber, trabajador y empresario.

Estas condiciones son, por un lado, que no exista una regulación legal que establezca de manera imperativa un mecanismo de solución entre un conflicto de derechos fundamentales, y por el otro que aquellos supuestos jurídicos se encuentren cautelados por nuestra Constitución ejerciendo un nivel de rango constitucional.

Esta última condición ha cobrado vital importancia dentro de la doctrina constitucional y laboral, pues en cada situación de conflicto entre derechos fundamentales cobrara importancia la buena fe, al momento de catalogar a los principios en conflicto.

IX.I. La inexistencia de una regulación legal frente a una colisión de derechos fundamentales

Para que el principio de proporcionalidad pueda ser ejercido como medio de solución frente a un conflicto entre derechos fundamentales, es imperativo que no exista una solución ya establecida por el propio ordenamiento jurídico.

Y es que nada impide al legislador establecer que ante un determinado conflicto entre derechos fundamentales dentro de una relación de trabajo, se restrinja un derecho fundamental del trabajador, primando para todos los subsiguientes casos similares el derecho del empresario. Se ha desarrollado pues aquí, una

ponderación legislativa de derechos fundamentales en conflicto, no existiendo ya una oportunidad de volver a ponderar dichos principios en conflicto.

De esta manera, “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”⁵².

En estas circunstancias ya no es factible la aplicación del principio de proporcionalidad dentro de un contrato de trabajo, cuando exista una posible colisión de derechos fundamentales, pues ya existirá una solución legal establecida legalmente; y siendo necesario únicamente su ejecución.

Por esto se afirma que “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”⁵³.

Al respecto, podemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, no existe una regulación que resuelva posibles conflictos entre derechos fundamentales en el interior de una relación laboral. Y es por ello que el principio de proporcionalidad resulta ser un instrumento válido, ya que no se estableció legislativamente restricciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Añadiremos que nuestra legislación laboral, tampoco cumple con una función protectora de derechos fundamentales, por lo que delega dicha responsabilidad a los jueces y tribunales constitucionales.

Lo importante al respecto, es que la inexistencia de una regulación legal que solucione conflictos de derechos fundamentales dentro de una relación laboral, posibilita la aplicación del principio de proporcionalidad. De esta manera, la protección de los derechos inespecíficos del trabajador dentro de una relación laboral será revisada en el ámbito judicial.

Se cumple de esta manera, con el la primera condición para la aplicación del principio de proporcionalidad en una posible colisión de derechos fundamentales en el interior de una relación de trabajo: La inexistencia de una regulación legal frente a una colisión de derechos fundamentales.

⁵² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007, pág. 147.

⁵³ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo*, Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Montevideo, 2003, pág. 99.

IX.II. La colisión entre principios constitucionales del trabajador y del empresario

Otra condición para establecer el uso del principio de proporcionalidad como medida de solución de conflictos entre derechos fundamentales dentro de una relación laboral, radica en la necesaria existencia de un interés o fin legítimo constitucionalmente protegido. Sólo así se podrá realizar el triple juicio de proporcionalidad determinándose si el fin perseguido será idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto.

Es decir, únicamente una medida que persiga un fin constitucionalmente legítimo podrá justificar la restricción o limitación de un derecho fundamental del trabajador. Sin embargo, deberemos considerar este aspecto como ajeno y precedente a la aplicación del principio de proporcionalidad.

Debemos enfatizar que la aplicación del principio de proporcionalidad establece como requisito previo a su aplicación, la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales, y que ambos encuentren asidero constitucional.

De otra manera, “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”⁵⁴.

Existirá entonces un conflicto entre derechos fundamentales cuando el empresario adopte medidas con la finalidad de proteger ciertos principios constitucionales que le asisten, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad. Esto porque la ponderación, como ya mencionamos, existe en virtud de un conflicto o colisión de principios con jerarquía constitucional.

La restricción de un derecho fundamental del trabajador solo podrá ser proporcional cuando el fin que persiga el empresario este contenido dentro de los derechos fundamentales que a él se le otorgan como por ejemplo el poder de dirección, es parte integrante tanto del derecho de propiedad como del de libertad de empresa.

Esta igualdad de jerarquía entre el derecho fundamental del trabajador y aquel derecho del empresario que restringe la aplicación del primero, nos indica que “el principio de supremacía de la Constitución impide que los derechos fundamentales se contrapongan en el análisis de proporcionalidad –y sobre todo, en la

⁵⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 219.

ponderación–, a principios o a bienes que tengan una jerarquía inferior en el orden jurídico”⁵⁵

Si esta paridad se quiebra, significaría desterrar el soporte constitucional de la proporcionalidad, lo que significaría que un derecho fundamental se rebajaría en un juicio de ponderación frente a una obligación propia de un contrato; siendo inconstitucional restringir un principio constitucional con el objeto de beneficiar una obligación laboral.

De ahí que podamos concluir el tema, afirmando que el único límite a los derechos constitucionales del trabajador, serán aquellos derechos del empresario reconocidos también constitucionalmente, y no aquellas que obligaciones que deriven de una obligación contractual. Y esto porque los derechos fundamentales únicamente pueden ser restringidos por otros derechos constitucionalmente protegidos en virtud de los principios de unidad, y fuerza jerárquica superior.



⁵⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. Cit., pág. 691.

TERCERA SECCION

EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA RELACIÓN DE TRABAJO – UN ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Los juicios del Principio de Proporcionalidad y su aplicación en la relación de trabajo

Para la aplicación del principio de proporcionalidad será necesario hacer uso del conocido “test alemán”. Y su contenido viene condicionado la sucesión de los juicios que lo componen, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La doctrina laboral, ha reconocido el valor del principio de proporcionalidad y su triple juicio, como un instrumento capaz de resolver los conflictos entre derechos fundamentales existentes dentro de una relación trabajo. Es por ello que toda decisión adoptada por el empresario y restrinja un derecho fundamental del trabajador, deberá superar, para su aplicación, el principio de proporcionalidad.

Y para cumplir con este objetivo, deberemos demostrar si dicha medida adoptada cumple con los tres juicios del principio de proporcionalidad, es decir:

- Si la medida adoptada por el empresario es capaz de conseguir los objetivos deseados (juicio de idoneidad).
- Si la medida adoptada es necesaria para alcanzar el propósito deseado, no existiendo otra capaz de superarla (juicio de necesidad).
- Y finalmente, si el resultado de adoptar esta medida generará mayores beneficios para el colectivo laboral que aquella que se deba restringir (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)

Respecto a los juicios que acabamos de exponer, podremos afirmar que el trabajador siempre podrá ejercer sus derechos constitucionales dentro de una relación laboral, y aunque estos en algún momento puedan verse limitados, ello deberá ocurrir solo bajo situaciones estrictamente indispensables.

Sin embargo, existen opiniones que sostienen la utilidad de solo aplicar en temas laborales, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Explican 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”⁵⁶.

Para nosotros no es correcta esta posición, debido a que en toda aplicación del principio de proporcionalidad es necesario que la idoneidad y la necesidad formen parte del análisis a realizar, esto, **debido a que se trata de la ponderación de derechos fundamentales entre privados**, dentro de una relación de trabajo. Y dichos juicios deben ser aplicados ya sea por el sector público, como el juzgador y la administración como por cualquier particular que ostente un poder de dirección como el empresario.

Se ha establecido que aquellos conflictos resultantes de la colisión entre dos derechos fundamentales entre particulares, poseen la misma jerarquía que aquellos en los que el Estado interviene; por lo que su solución requiere del principio de proporcionalidad de manera íntegra y general.

Y es que la aplicación del principio de proporcionalidad implica la aplicación de los juicios componentes del mismo de manera correlativa, y ello dentro de una relación de trabajo significa: que la medida adoptada por el empresario debe ser idónea, necesaria, y únicamente si estos dos juicios han sido aprobados, podrá realizarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Si en la aplicación del principio de proporcionalidad, uno de los juicios fracasa, resultará innecesario realizar el filtro de aprobación de los siguientes, desechándose completamente su práctica.

Detallaremos entonces a continuación, los juicios que el principio de proporcionalidad establece para su aplicación dentro de una relación de trabajo.

I.I. El juicio de idoneidad en materia laboral

Dentro de una relación de trabajo, y ante la posibilidad de una colisión entre derechos fundamentales, el juicio de idoneidad establecerá si la medida adoptada por el empresario supone ser la más adecuada para alcanzar un objetivo legítimo y constitucional.

Se verá en este juicio la relación que existe entre el medio adoptado por el empleador, y el fin que se persigue. Es decir, si el limitar o restringir un derecho fundamental del trabajador, queda respaldada constitucionalmente por la protección de uno de sus derechos fundamentales como es la libertad de empresa

⁵⁶ GARCÍA PERROTE, Ignacio, y MERCADER Jesús, *Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio*, AAVV, El modelo social en la Constitución de 1978, MTYAS, Madrid, 2003, pág. 264.

o el derecho de propiedad. O incluso, el fin perseguido por el empresario sea velar por el bienestar y seguridad del resto de sus trabajadores o los clientes de quienes dependa.

En síntesis el juicio de idoneidad nos permite comprobar que el medio utilizado por el empresario, y que limita o restringe un derecho fundamental del trabajador, sea el adecuado para concretar la finalidad perseguida por este, el cual será la protección de un bien jurídico constitucional.

Al respecto, “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 aquel”⁵⁷.

Como ya expusimos, frente a una colisión de derechos fundamentales entre el empresario y el trabajador, la única manera de establecer que la medida adoptada por el empresario sea aceptada, será que esta proteja un interés constitucionalmente protegido. De otra manera, no existiría una colisión de derechos fundamentales, y menos una razón constitucional para hacer uso del principio de proporcionalidad. Se trataría únicamente de un conflicto entre un derecho fundamental y una norma de rango infra-constitucional, que fácilmente debería ser resuelto mediante un criterio de jerarquía.

De esta manera, para verificar la existencia de un verdadero conflicto entre derechos fundamentales dentro de una relación de trabajo, será necesario discernir previamente que aquella medida adoptada por el empresario tiene como finalidad, proteger un derecho o principio constitucional.

Por lo expuesto, queda claro que verificar la legalidad de la medida empresarial adoptada, será previa a la aplicación del juicio de idoneidad. Una vez realizada dicha comprobación y teniendo certeza de la existencia un conflicto entre derechos fundamentales, concierne analizar si la medida constitucionalmente aceptada y adoptada por el empresario cumplirá de manera efectiva con el fin propuesto.

Al respecto, González Beilfuss señala que, “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

⁵⁷ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia*, Relaciones laborales N° 22, Madrid, 2003, pág. 101.

ámbitos protegidos constitucionalmente, sino únicamente en su capacidad para conseguir la finalidad perseguida”⁵⁸.

De lo señalado líneas arriba, debemos diferenciar ciertos conceptos que forman parte de una línea sucesoria dentro del juicio de idoneidad. El fin inmediato, que será el objetivo esencial que persiga el empresario, en el ejercicio de la protección de un derecho que le atañe constitucionalmente. El fin mediato, que será aquel derecho fundamental del empresario amparado por nuestra Constitución y del que se busca protección. Y finalmente la medida empresarial propiamente dicha, adoptada por el empresario y que restringirá o limitará otros derechos de igual jerarquía.

Para la aplicación del juicio de idoneidad, deberemos:

- Medir la relación que existe entre la medida adoptada por el empresario frente al fin concreto que esta persigue (fin inmediato).
- Verificar la relación entre dicha finalidad en concreto, frente al derecho constitucional invocado (fin mediato).

Así, cualquier medida empresarial que no consiga asegurar el fin constitucional invocado, romperá su fin inmediato; de la misma manera, si logra comprobarse la inexistencia de una relación entre el objetivo señalado y el derecho constitucional señalado, se quebrará el fin mediato del juicio de idoneidad, viniendo a ser dicha medida empresarial obsoleta e inútil.

Para cumplir con el fin inmediato, es necesario que la medida adoptada por el empresario cumpla con alcanzar el objetivo constitucional planificado. Por otro lado, para cumplir el fin mediato deberemos comprobar si aquel objetivo perseguido como fin inmediato tiene un amparo constitucional a favor del empresario.

Dicho subprincipio cumplirá pues un papel importante en la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que rechazará cualquier medida adoptada por el empresario que califique como desproporcionada. Así, el juez rechazará cualquier medida restrictiva de derechos que aunque persiga un fin garantizado constitucionalmente no cumplan con los fines inmediatos o mediatos independientemente.

⁵⁸ GONZÁLEZ BIELFUSS, Markos, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 125.

Podremos decir 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”⁵⁹.

De esta manera, sabemos que cualquier medida adoptada por el empresario deberá pasar por dos elementos del juicio de idoneidad. En primer término se evaluará si la medida empresarial será el medio más eficaz que posee el empresario para alcanzar el fin legal planteado.

Y el segundo elemento buscará establecer una relación entre el fin inmediato del empresario frente al principio constitucional invocado. De manera que si la medida restrictiva de un derecho fundamental y creadora de una colisión entre los mismos no tiene asidero en un principio constitucional otorgado al empresario, la medida será completamente inidónea.

Un ejemplo de esto podría ser el de un empresario que con el fin de alcanzar el objetivo inmediato de evitar los robos dentro de su empresa, y en atención a proteger su derecho constitucional de propiedad, adopta la medida de instalar cámaras en diversos sectores de la empresa.

Al respecto, el juicio de idoneidad buscara comprobar dos elementos que ya analizamos. Primero, verificar la medida adoptada cumplirá efectivamente con el objetivo planteado por el empresario, y segundo, establecer una relación entre el fin buscado y el derecho constitucional de propiedad del empresario.

Muchas veces, la medida resultará inidónea en el primer elemento pero idónea en el segundo o viceversa. En el ejemplo veremos que el primer elemento podría resultar inidóneo si es que las cámaras instaladas enfocan sitios que poco o nada tienen que ver con proteger a la empresa de hurtos como espacios comunes o áreas del comedor. Y aunque el segundo elemento sea completamente idóneo, pues evitar los robos dentro de la empresa, tendrá un asidero constitucional en el derecho fundamental de propiedad del empresario.

Un segundo caso, nos demostrará como el segundo elemento también puede resultar inidóneo. Y es si por ejemplo el empresario estableciera una clausula en el contrato de trabajo cesando la relación laboral si es que el trabajador llegara a contraer matrimonio con alguna persona dentro del ambiente laboral.

Y aunque la medida adoptada, tiene un fin legítimo como es el de proteger como fin inmediato su derecho a la libertad de empresa o su derecho de propiedad, el segundo elemento mediato no tiene un asidero constitucional, pues controlar las relaciones afectivas de sus trabajadores no tendrá una protección constitucional

⁵⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, Ob. cit., pág. 100.

para con el empresario, resultando dicha medida inidónea en su segundo elemento.

De esta manera, una medida empresarial que restrinja un derecho fundamental del trabajador únicamente podrá pasar por el juicio de idoneidad cuando esta cumpla con lograr alcanzar el fin inmediato del empleador, y cuando este fin inmediato tenga un asidero constitucional a favor del mismo.

I.II. El juicio de necesidad en materia laboral

El juicio de necesidad establece que la medida empresarial que restrinja o limite un derecho fundamental del trabajador no pueda ser alcanzado por otro medio que resulte igual de eficaz, y que no restrinja un derecho fundamental, o que resulte menos gravoso que aquella adoptada.

Declaramos entonces que, “el órgano judicial 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 entre las posibles”⁶⁰.

Al respecto, debemos señalar que para la doctrina, la expresión de “necesidad” es sinónimo de “indispensabilidad”, ya que la medida restrictiva que sea adoptada por el empresario debe resultar indispensable para el cumplimiento del fin visionado.

Explicar esta sinonimia entre necesidad e indispensabilidad resulta necesario, ya que esta última estará estrechamente relacionada con aquella medida que restrinja derechos fundamentales con la finalidad de concretar un fin deseado. Es decir, que la calidad de indispensable se asegurará que no exista una medida menos gravosa y menos restrictiva de derechos que aquella que es considerada imprescindible para concretar el fin propuesto y cautelar sus propios derechos constitucionales.

El juicio de necesidad presupone la existencia de tres elementos esenciales que determinarán si la medida empresarial adoptada resulte necesaria:

- La presencia de medidas alternativas frente a la adoptada por el empresario y que es sometida al juicio de ponderación.

⁶⁰ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo*, Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Montevideo, 2003, pág. 100.

- La comprobación de que existe una medida igual o mejor, capaz de superar la eficacia de aquella ya adoptada por el empresario para alcanzar el fin deseado.
- Que la existencia de una medida alternativa grave o limite en menor medida un derecho fundamental del trabajador.

De esta manera cualquier medida adoptada por el empresario y que posea medidas alternativas, igualmente eficaces para su aplicación, y que alguna de estas restrinja en menor medida la eficacia de un derecho fundamental de un trabajador, devengará en innecesaria y por lo tanto, en desproporcional.

Sin embargo para establecer la existencia de medidas empresariales alternativas a la adoptada por el empresario, deberemos tener en cuenta que estas no se encuentran 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”⁶¹.

De la misma manera aquellas medidas que aunque puedan considerarse menos perjudiciales para con el derecho fundamental en conflicto, pero que supongan un elevado costo o que pudiera desestabilizar la estructura del Estado o la empresa, vendrán a ser innecesarias.

Sin embargo, que pasa cuando no encontramos una medida alternativa a aquella adoptada por el empresario. Será entonces el único caso cuando el principio de proporcionalidad tendrá que obviar el juicio de necesidad, y ser realizado solo en base a dos de sus subprincipios: idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Y esto porque el “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”⁶².

Un ejemplo de las pocas situaciones donde no existe una medida alternativa será por ejemplo, aquella adoptada por el empleador que exige como medida de seguridad el uso de cascos en zonas de construcción. Y aunque aparentemente se esté vulnerando el derecho a la libertad de apariencia de los trabajadores, el empresario estará enfocado otorgar seguridad a los mismos, lo que será considerado su fin inmediato.

⁶¹ MARTÍNEZ, David, Ob. Cit., pág. 243.

⁶² BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. Cit., pág. 736.

I.III. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto en materia laboral

El último subprincipio del principio de proporcionalidad será el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este, “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”⁶³.

Para la doctrina laboral, se requiere la existencia de un balance entre los beneficios que se obtendrán mediante la aplicación de la medida empresarial adoptada, y aquellos agravios que se ocasionaran para con el derecho fundamental restringido.

La ley de la ponderación dentro del juicio de proporcionalidad establece que “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”⁶⁴. Será entonces un juicio de comparación que deberán atravesar aquellos derechos fundamentales en conflicto.

El juicio de ponderación en sentido estricto, expondrá el grado de intensidad con la que el derecho fundamental del trabajador es afectado; a su vez nos indicará el grado de importancia que se le otorga al derecho fundamental del empresario, plasmado en la medida adoptada por este.

La doctrina denomina esta comparación mediante la relación de “precedencia condicionada”; precedencia debido a que existirá un derecho fundamental que afectará de forma negativa la aplicación de otro derecho; y condicionada porque únicamente será válida para el caso en concreto. Así, en una asignación de pesos dentro del juicio de proporcionalidad quedara claro que nunca tendrá un carácter vinculante frente a otras situaciones, pues puede darse el caso que aquel derecho fundamental que hoy se vea restringido por otro, en un juicio siguiente venga a subordinar al otro. Como dijimos, dependerá de cada caso en concreto.

Para Alexy, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, constara de tres fases correlativas:

“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

⁶³ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 131.

⁶⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 71.

tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”⁶⁵.

Según lo expresado por Alexy, la ponderación en sentido estricto, en primer lugar deberá establecer el grado de afectación que recibirá el derecho fundamental del trabajador, en segundo lugar, se deberá comprobar el grado de satisfacción que tendrá el fin perseguido por el empresario, y finalmente se realizará una comparación entre ambos derechos fundamentales para comprobar mediante el peso, cuál de ellos deberá prevalecer en cada caso concreto.

Una de las herramientas más conocidas para establecer los grados de afectación o importancia de los derechos fundamentales en conflicto será la escala trídica, que calificara las magnitudes en rangos de leve, intermedio e intenso. De esta manera, aquellas medidas de protecciones medias e intensas prevalecerán sobre aquellas vulneraciones leves, así como las intensas predominarán sobre cualquier vulneración intermedia.

II. Sentencias representativas del Tribunal Constitucional sobre Derechos Inespecíficos del Trabajador.

El Tribunal Constitucional, en los últimos años ha logrado resolver algunas sentencias en cuanto a los derechos inespecíficos del trabajador. El Tribunal analizó cada derecho de manera individual, con la finalidad de establecer los derechos individuales en colisión y de esta manera verificar el grado de afectación que la medida empresarial adoptada ejercía sobre el derecho fundamental del trabajador, así como los beneficios que dicha medida suponían para el empresario.

II.I. Derecho a la Intimidad: Intervención del correo electrónico

A criterio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se debió limitar o restringir la facultad de control y fiscalización que ostenta el empresario respecto al uso y manipulación de los correos electrónicos; en virtud de que aunque este es un instrumento de trabajo, también es usado en comunicaciones estrictamente personales.

El Tribunal Constitucional, con fecha 18 de agosto del 2004, expide la sentencia en el Expediente N° 1058-2004-AA/TC, en el que se discutía el despido de un trabajador que laboraba en una empresa pública, y acusado de haber hecho uso indebido de instrumentos laborales, como es el correo electrónico, dentro del

⁶⁵ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional N° 66, 2002, pág. 32.

horario de trabajo y con una finalidad estrictamente personal de enviar archivos pornográficos.

Al respecto se supo que la verificación notarial que se realizó sobre la existencia de correos electrónicos conteniendo archivos pornográficos, fue realizado por un nuevo trabajador (tercero), que recientemente había ingresado al centro de trabajo y al que se le otorgó el equipo informático del anterior trabajador, quien era el verdadero destinatario de aquellos documentos pornográficos. Debemos resaltar que dicha verificación se realizó por una persona que no era el real destinatario y sin su autorización.

Durante la investigación no pudo comprobarse que aquellos documentos pornográficos habían sido enviados desde la computadora otorgada por la empresa al trabajador despedido, por lo que el Tribunal Constitucional no pudo entrar en mayores detalles y establecer con seguridad si se habría manipulado de alguna manera el software informático de la empresa con la finalidad de inculpar al trabajador como remitente de aquellos documentos.

Por otro lado el Tribunal Constitucional estimó que al desconocerse ciertos elementos indispensables para generar convicción en una decisión empresarial, estos hechos debieron ser investigados con mayor profundidad, no imputándole la falta al recurrente únicamente solo conocidos los hechos e impidiéndole el ingreso al mismo al centro de trabajo.

El Tribunal Constitucional estimó, que aunque el correo electrónico creado por la empresa, si bien es cierto es de su propiedad, esto no implica que aquellos derechos fundamentales del trabajador se vean limitados por aquellas obligaciones laborales a las que se haya obligado el trabajador según el contrato de trabajo firmado. Recalca el Tribunal que para poder fiscalizar y sancionar una conducta, el empresario debe respetar los límites impuestos por nuestra Constitución, y a su vez, establecer medidas que cumplan con los objetivos empresariales planteados, sin vulnerar los derechos fundamentales del trabajador.

Es por ello que en el presente caso, el Tribunal Constitucional estableció una posición favorable para con el derecho a la intimidad del trabajador y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; frente a la facultad empresarial de fiscalizar el uso del correo electrónico, aun cuando este es una herramienta de trabajo, y de propiedad de la empresa. Por lo que declaró la inconstitucionalidad del despido del trabajador.

En síntesis, el Tribunal Constitucional destacó que si bien los sistemas informáticos, como el correo electrónico laboral son de propiedad de la empresa, existe un espacio de inviolabilidad respecto a ciertos aspectos a los que el empresario no puede acceder, pues forman parte de aquellos atributos y

libertades que por tener la condición de persona, la Constitución le reconoce al trabajador. Siguiendo lo señalado en líneas anteriores, el empresario no podría realizar una fiscalización sobre los correos electrónicos laborales, aun cuando estos hubieran sido proporcionados por la empresa.

En palabras del Tribunal Constitucional, “[...] es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley”⁶⁶.

Cabe señalarse que el Tribunal Constitucional al resolver el presente caso, toma conocimiento de un nuevo escenario al que el trabajador se ve expuesto en la actualidad: la presencia de **nuevas tecnologías**⁶⁷ que inciden en las decisiones empresariales, y que se convierten en instrumentos que atentan contra los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente el de intimidad y dignidad.

Es por ello que dentro de cualquier relación laboral, resultará cuestionable la aplicación de una medida empresarial destinada a la fiscalización de los correos electrónicos de los trabajadores, salvo en circunstancias donde el trabajador haya manifestado su aceptación a la medida adoptada y que esta se hubiera llevado respetando las reglas establecidas previamente.

Sin embargo, podemos establecer que existe una posibilidad de que el empresario pueda ejercer una medida de fiscalización de los correos electrónicos laborales sin quebrantar el derecho a la intimidad del trabajador. **Dicha fiscalización únicamente se basará en conocer a los destinatarios más frecuentes** con quienes el trabajador mantendrá comunicación y que sean ajenas a la institución, pero sin acceder al contenido de estos.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1058-2004-AA/TC.

⁶⁷ Al hablar de nuevas tecnologías nos referimos a instrumentos que pueden ser utilizados por el empresario con el propósito de mejorar algunas actividades empresariales y generar mayor productividad. Podemos citar ejemplos como la convergencia entre los dispositivos móviles y una pc, la capacidad de poder utilizar la nube para almacenar y recibir cualquier tipo de información no importando el tamaño que el documento posea, lentes que podrán utilizarse como visores de archivos y telefonía móvil, y finalmente la robótica.

De esta manera, podremos afirmar que, “está permitido el despido por detectarse un uso abusivo del correo electrónico transmitiendo o recibiendo mensajes de índole no profesional, simplemente verificando los destinatarios de dichos mensajes y respetando determinadas pautas mínimas⁶⁸.”

Al respecto podemos señalar que en el presente caso el Tribunal pudo haber utilizado como instrumento de solución de conflictos entre derechos fundamentales el principio de proporcionalidad. Por un lado, el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, y por el otro, una medida establecida por el empresario con la finalidad legítima de cautelar su derecho a la libertad de empresa y su derecho a la propiedad.

Y aunque el fin inmediato perseguido por el empresario tenía asidero legal, esta medida no resultaba la más idónea en resguardo de un derecho fundamental del trabajador, quebrándose uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad, como es el de idoneidad. De esta manera, la medida empresarial devenía en inconstitucional, prevaleciendo en el caso concreto el derecho a la intimidad del trabajador.

II.II. Derecho a la Libertad Religiosa: Objeción de conciencia

A grandes rasgos y antes de adentrarnos en el análisis del caso en mención, deberemos señalar que por objeción de conciencia se entenderá, la negativa de un trabajador de cumplir con cierta medida empresarial en observancia a sus convicciones ideológicas. Prieto Sanchís señala que “a esta situación de conflicto propongo denominarla objeción de conciencia. La objeción de conciencia puede ser definida así como la libertad de conciencia en caso de conflicto, más exactamente, como la situación en que se halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio (*prima facie*) encuentra frente a si razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular”⁶⁹

Al respecto, debemos señalar que mediante el principio de neutralidad, el empresario no podrá establecer medidas empresariales que obliguen a cualquier trabajador, profesar la ideología de otra persona.

El Tribunal Constitucional resolvió el caso de un médico de ESSALUD que normalmente cumplía una jornada semanal, descansando los días sábados, ya que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, de la cual era miembro activo. Por otro lado, sus demás compañeros de trabajo, cumplían turnos

⁶⁸ RUBIO DE MEDINA, María Dolores, *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Editorial Bosch, Barcelona, 2003, pág. 52.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “La libertad de conciencia”, En: *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 632.

semanales rotativos, los que los obligaba ocasionalmente a asistir al trabajo los días sábados.

Frente a ello, ESSALUD decide incluir al médico en los turnos rotativos generando una situación en la que dicho médico debía trabajar, al igual que sus compañeros los días sábados. Al respecto, debemos señalar que para poder ejercer este derecho, es de vital importancia que el nivel la exigencia de la religión sea elevado, ya que por ejemplo, “en el caso de la Iglesia Católica, aun cuando establece el deber de dedicar el domingo al descanso, a la vida familiar y a dar a Dios el culto debido, no impone un deber absoluto de abstenerse del trabajo porque no quiere imponer más cargas a los católicos que se encuentran obligados a laborar, por exigencias de sus empleadores”⁷⁰

Sin embargo quienes somos Adventistas del Séptimo Día, le otorgamos un valor supremo a la palabra de Dios representada en su santa Biblia, aceptando sus mandamientos y cumpliendo con lo que ÉL nos manda. El libro de Éxodo capítulo 20 versículos 8 al 11, nos señala: “Acuérdate del día de reposo para santificarlo. Seis días trabajarás, y harás toda tu obra; más el séptimo día es reposo para Jehová tu Dios; no hagas en el obra alguna, tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu siervo, ni tu criada, ni tu bestia, ni tu extranjero que está dentro de tus puertas. Porque en seis días hizo Jehová los cielos y la tierra, el mar, y todas las cosas que en ellos hay, y reposó en el séptimo día; por tanto, Jehová bendijo el día de reposo y lo santificó”⁷¹. Queda así claramente establecido el nivel de exigencia que para los Adventistas del Séptimo Día representa el cumplimiento de los mandamientos establecidos por Dios.

El Tribunal Constitucional, respecto a la calificación que le otorga a las creencias religiosas adventistas, señala que, “El derecho constitucional a la objeción de conciencia, (...) permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa, (...) lo que significa que, con el transcurrir del tiempo, el recurrente incorporó a su patrimonio ideológico determinadas convicciones que se desprenden de la doctrina profesada por la Iglesia antes referida, uno de cuyos preceptos ordena el reposo durante los días sábados”⁷². Quedan entonces confirmadas, las razones del Tribunal Constitucional, para reconocer que la doctrina de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, ostentaba reconocimiento constitucional mediante la aplicación del principio de objeción de conciencia.

⁷⁰ PACHECO, Luz, “La objeción de conciencia en la jurisprudencia Constitucional”, En: *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, pág. 160.

⁷¹ SANTA BIBLIA, versión Reyna-Valera, 1960.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0895-2001-AA/TC.

Volviendo al caso en mención, frente a esta nueva medida empresarial adoptada, el trabajador presenta una acción de amparo, la cual es declarada fundada en última instancia por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0895-2001-AA/TC. Para el Tribunal Constitucional primó en el caso concreto la objeción de conciencia del trabajador frente al interés de ESSALUD de contar con turnos rotativos. Debemos añadir que ESSALUD, ya había aceptado anteriormente que el médico descansara los días sábados respetando su profesión de fe.

El Tribunal Constitucional, hace uso de la herramienta de derechos desplazados o sacrificados para resolver a favor del trabajador. Al respecto, consideramos que la base del “sacrificio” utilizada por el Tribunal Constitucional, no es la más idónea frente a un conflicto de derechos fundamentales, ya que esta forma solo parte integrante de aquel principio de proporcionalidad, como es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que líneas anteriores ya ha sido tratado.

En palabras del Tribunal Constitucional, “[...] dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa”⁷³

Analizando el caso, veremos que los derechos fundamentales en conflicto fueron por un lado, la libertad de empresa del empleador, expresado en su *ius variandi*, y por el otro, la libertad de conciencia del trabajador. El Tribunal Constitucional terminó prefiriendo en el caso concreto el derecho a la libertad de conciencia del trabajador, aunque a nuestro parecer, la aplicación del principio de proporcionalidad resultaría idónea en un conflicto de derechos fundamentales en comparación con la expresión “sacrificio” utilizada por el Tribunal.

Mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional, habría arribado a la misma conclusión, sin embargo su aplicación le habría otorgado un **mayor sustento constitucional a la sentencia**, ya que el principio de proporcionalidad ostenta como característica, el poder calibrar intereses constitucionales en conflicto. En el presente caso, ESSALUD no pudo probar de manera fehaciente la necesidad inevitable de la medida adoptada, ni mucho menos proveyó una razón que justificara la medida adoptada.

La propia sentencia del Tribunal Constitucional señala que: “En este sentido, El Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0895-2001-AA/TC.

cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamenta, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio”⁷⁴

Estamos de acuerdo con lo afirmado por el Tribunal Constitucional en el caso concreto, ya que la medida adoptada por el empleador no respetaba ni cumplía con los subprincipios de necesidad, –al no demostrar que la medida adoptada significaba ser indispensable para salvaguardar los intereses de la empresa–, y mucho menos con el de idoneidad –al no comprobarse que su fin mediato tuviera un asidero constitucional–, subprincipios determinantes en la aplicación del principio de proporcionalidad.

II.III. Derecho al Debido Proceso

El derecho al debido proceso, será otro de aquellos derechos fundamentales del trabajador que podrán tener eficacia dentro de una relación laboral y del que podrá hacer uso en su calidad de ciudadano. Nuestra doctrina nacional ha establecido que, “el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica– y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia”⁷⁵

Nos encontraremos entonces ante otro derecho fundamental del “ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral”⁷⁶. Dentro de una relación de trabajo veremos que la vulneración al debido proceso ha sido catalogada por el Tribunal Constitucional dentro de dos aspectos: Una afectación al debido proceso formal, cuando nos encontramos frente a un proceso laboral de despido; y una afectación al debido proceso sustantivo, cuando se vulnere la proporcionalidad de la sanción para con el trabajador.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0895-2001-AA/TC.

⁷⁵ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, “Derechos fundamentales y proceso justo”, En: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N° 8, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002, pág. 446.

⁷⁶ SAGARDOY, Juan Antonio, Ob. Cit., pág. 13.

Al tratarse sobre el debido proceso formal, el Tribunal Constitucional en su mayoría ha ordenado la reposición del trabajador a su centro de trabajo, cuando no se hubieren cumplido con los procedimientos propios de un despido. Al respecto, uno de los casos emblemáticos resuelto por el Tribunal Constitucional se encuentra en el expediente **N° 1112-98-AA/TC**, donde el Tribunal destaca lo siguiente:

“Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, en la medida en que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demanda resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además del derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia esta que permite, a este supremo interprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, erga omnes, de los derechos fundamentales del orden procesal, constituidos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas –como es el caso de la demanda– en mérito de la eficacia inter privatos o eficacia a terceros, del que ellos se hayan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional”⁷⁷.

En relación al sector público, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 3394-2005-AA/TC, declaró que dentro de un proceso administrativo en el que se encuentra en juego una sanción máxima como es la destitución resultaba cuestionable que no se actuaran pruebas que ayudarían a revelar el grado de responsabilidad del demandante, ya que dichas pruebas serían la única señal de garantía y respeto por la proporcionalidad entre una falta y su sanción respectiva.

Sobre el debido proceso sustantivo, el Tribunal Constitucional señaló que cualquier imposición de una sanción disciplinaria para con el trabajador debe guardar un grado de proporcionalidad con la falta laboral cometida por este, con la finalidad de establecer una apropiada sanción y respetar el derecho fundamental al debido proceso que todo trabajador posee. Señala el Tribunal que, “[...] resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales sino fundamentalmente sustantivos”⁷⁸

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1112-98-AA/TC.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1058-2004-AA/TC.

De esta manera, podemos observar como el Tribunal Constitucional menciona dentro de sus fundamentos de juicio la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad; no solo exclusivamente dentro de un ámbito judicial, sino que también exhorta su aplicación dentro de la administración. En el caso en concreto, en relación a la aplicación de una medida disciplinaria proporcional a la falta cometida por el trabajador.



CONCLUSIONES

- I. La existencia de una relación entre el Derecho del Trabajo y la Constitución puede ser estudiada desde dos puntos de vista diferentes. En primer lugar, existe una llamada constitucionalización del Derecho del Trabajo, donde derechos de naturaleza laboral son cautelados por nuestra Constitución, situación conocida como “constitucionalismo social”⁷⁹. En segundo lugar, existen normas constitucionales que generan derechos fundamentales para la persona y que no son estrictamente laborales, pero que han sido reconocidas y acogidas por nuestra legislación laboral, generando el proceso llamado “ciudadanía en la empresa”.
- II. Hablaremos de “ciudadanía en la empresa”, al referirnos a la influencia que la Constitución ejerce sobre las normas del derecho del trabajo. Los derechos fundamentales se convertirán en el punto central de un Estado Constitucional de Derecho, permitiendo establecer: Que los derechos fundamentales al encontrarse en la escala más alta dentro de un sistema jurídico no precisan de un tratamiento infraconstitucional (eficacia normativa). Por otro lado, los derechos fundamentales son de aplicación en todos los ámbitos del derecho, principalmente en las relaciones entre privados (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).
- III. Nuestra jurisprudencia constitucional ha reconocido que el ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos por parte de un trabajador en el interior de una relación laboral, significa una colisión entre derechos fundamentales, o también llamados principios de rango constitucional. Frente a ello, el instrumento de solución será la ponderación. Por un lado tendremos los derechos del trabajador (intimidad, libertad religiosa, debido proceso, etc.), y por el otro, aquellos derechos que la Constitución le reconoce al empresario (propiedad, libertad de empresa, etc.). Al respecto, cabe la duda respecto si la aplicación de la ponderación no es más que la acción arbitraria realizada por el juez en razón de su propio conocimiento y criterio. En respuesta debemos aclarar que frente a cualquier colisión de derechos fundamentales, deberá construirse el principio de proporcionalidad.
- IV. La aplicación del principio de proporcionalidad, o también denominado “test alemán”, implica la utilización de tres subprincipios o juicios, el juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Así, para poder restringir o limitar la aplicación de un principio en beneficio de la aplicación de otro, será necesario preguntarse previamente si dicha limitación cumple con ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

El juicio de idoneidad demanda que la restricción de un derecho fundamental sea utilizado únicamente con la finalidad de alcanzar un fin legítimo y constitucional.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, Ob. Cit., pág. 12.

De esta manera, el empleador que restrinja o limite un derecho fundamental de un trabajador, deberá perseguir un fin amparado constitucionalmente.

El juicio de necesidad establece a su vez que para limitar o restringir de un derecho fundamental, no debe existir una medida más favorable frente a aquella que es adoptada.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, señala que un derecho fundamental únicamente puede ser restringido o limitado con la finalidad de poder cautelar y satisfacer la aplicación de otro derecho fundamental.

- V. Una vez realizado el juicio de proporcionalidad, se le conferirá el triunfo al principio con mayor peso en el caso concreto, pues el principio de proporcionalidad nunca se efectuará *a priori*, y sin perjuicio de que el derecho fundamental restringido o afectado venga a situarse en una escala inferior frente al derecho vencedor.

Así por ejemplo en el caso estudiado previamente, sobre el derecho a la intimidad del trabajador en el uso del correo electrónico empresarial para fines de índole personal, no disminuye el poder de fiscalización que ostenta el empresario y que nace del derecho de propiedad que este posee. Dicha decisión no significará entonces que el derecho de propiedad del empleador se encuentre ubicado en un escalafón más abajo frente al derecho a la intimidad del trabajador, pues como ya hemos hecho hincapié, el principio de proporcionalidad será aplicado de manera independiente en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional N° 66, 2002.
- ALEXY, Robert, *La fórmula del peso*, AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.
- ALONSO, Luis Enrique, *Trabajo y ciudadanía, Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta, Madrid, 1999.
- BARNES, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, Cuaderno de Derecho Público N° 5, Madrid, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación y principio de buena fe*, Relaciones Laborales N° 12, La Ley, Madrid, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo, *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.
- CORTE IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18.

- GARCÍA PERROTE, Ignacio, y MERCADER Jesús, *Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio*, AAVV, El modelo social en la Constitución de 1978, MTYAS, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ BIELFUSS, Markos, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- GOÑI, José Luis, *Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidades y fisuras del principio de proporcionalidad*, Revista Derecho Social N° 32, Albacete, 2005.
- GUAMAN, Adoración, *La libertad de información del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GUASTINI, Ricardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, España, 2011.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá, 2004.
- MARTÍNEZ, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL, Año VIII N° 8, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002.
- PEÑA, Carlos, *Sistema jurídico y derechos humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *La libertad de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004

- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, RL La Ley, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- RUBIO DE MEDINA, María Dolores, *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- SAGARDOY, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005.
- SANTA BIBLIA, versión Reyna-Valera, 1960.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español.
- Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano.
- TOYAMA, Jorge, *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona y el derecho del trabajo*, Informe Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Montevideo, 2003.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales: una difícil convivencia*, Relaciones laborales N° 22, Madrid, 2003.
- Young, Jones & Webster c. Reino Unido, 13 de agosto de 1981, serie A.