

COMENTARIOS SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

ANDERSON WELDT UMAÑA¹¹

El tema de los derechos fundamentales es y ha sido desde siempre un tema conflictivo, pero muy apasionante, que tiene la más plena vigencia en nuestro tiempo.

En este sentido, por una parte se afirma sobre los derechos humanos que “son los derechos de las personas a vivir conforme a su naturaleza en comunidad con otras personas”² y en cuanto a los derechos fundamentales que son los derechos “de cada uno a vivir, desarrollarse, residir, trabajar, descansar, informarse, convivir con otras personas, casarse y educar sus hijos, como todos los demás en el medio que se encuentra”³. Estas nociones nos muestran la cotidianidad de tales derechos.

Por su parte, Ferrajoli indica que los derechos fundamentales son “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁴ (citado por Valdés del Ré). Aquí se hace constar el carácter de derechos subjetivos y su universalidad.

¹ Profesor Derecho Procesal Laboral y de Litigación Oral Laboral U. Bernardo O’Higgins. Magíster en Derecho de Empresa

² Thomas Fleiner, “Derechos Humanos”, traducción de José Hurtado Pozo, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis

³ Thomas Fleiner, “Derechos Humanos”, traducción de José Hurtado Pozo, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis

⁴ Fernando, Valdés del Ré, “Los Derechos fundamentales de la Persona del Trabajador”, en libro de informes generales XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003

Valdés del Ré aporta una noción más pragmática señalando que “son aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales”.

El principal referencial jurídico formal en la consagración de las libertades y de los derechos fundamentales, lo constituyen las Constituciones de los países, a excepción de Reino Unido, que posee una ley específica.

Como comenta Pérez Luño, que el texto constitucional más importante y que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919⁵, puesto que a través de ella se ha intentado conjugar en su sistema de derechos fundamentales las libertades con los derechos económicos, sociales y culturales.

En la actualidad, algunas Constituciones (entre éstas las de Argentina, Brasil, Chile, Francia, Uruguay y Venezuela) confieren a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos debidamente ratificados, la jerarquía de norma constitucional.

Desde el punto de vista de la naturaleza del contenido de los Derechos Fundamentales podemos abordar su naturaleza considerando los siguientes aspectos⁶:

Los derechos fundamentales como derechos naturales se presentan como anteriores al Estado, que éste no puede desconocer, y constituyen para aquél un límite insalvable. Como derechos inherentes a la naturaleza del hombre, son propios de todos los hombres. De aquí la universalidad de su aceptación y la oponibilidad al Estado.

Los derechos fundamentales como emanación del derecho objetivo: así son considerados como simples reflejos del derecho objetivo creado por el Estado. De esta manera se pretende negar a estos derechos la condición de derechos públicos subjetivos, y se afirma la supremacía del Estado y del poder soberano de éste.

⁵ Antonio Pérez Luño, “Los Derechos Fundamentales”, Octava Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004

⁶ Aníbal Luis Barbagelata, “Derechos Fundamentales”, Edición actualizada por Miguel Ángel Semino, Segunda Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000

Los derechos fundamentales como límite a la acción del Estado es considerada la tesis dominante, y reconoce a estos derechos el carácter de verdaderos y propios derechos públicos subjetivos, asignándoles un contenido negativo, en el sentido que el Estado se debe abstener de cualquier ilegítima perturbación a la esfera de la libertad individual.

Los derechos fundamentales como derechos políticos: esta teoría pretende asignarle a estos derechos, desde el punto de vista jurídico, un contenido positivo, y así los derechos de libertad consistirían en “el poder de desarrollar en los límites establecidos por la ley su propia actividad, fuera de la injerencia del Estado y para el logro de sus propios fines”

Los derechos fundamentales como derechos de personalidad: es otra corriente dentro del campo del Derecho Público, dentro del grupo de los derechos de la persona, tratándose de derechos cuyo nacimiento no está subordinado a un determinado modo de adquisición, asumiéndose como derechos innatos u originarios, pero con una acepción diferente a la que utiliza el derecho natural.

Como en todo orden de cosas, existen los llamados negadores de los derechos fundamentales, puesto que hay quienes consideran que estos derechos no son tales, sino “meras directivas programáticas por las que el Estado expresa un propósito manifiesto, un programa de acción”. Conforme con ellos, los derechos fundamentales no constituyen para el Estado un deber jurídico, ni configuran para el individuo un derecho.

En este sentido, la tesis contraria considera que éstos no son simples directrices o pautas para la acción legislativa o interpretación judicial, sino que más bien son derechos subjetivos que vinculan los poderes públicos y los obligan a garantizar su pacífico ejercicio por parte de sus titulares.⁷

Desde el punto de vista de la Eficacia de los derechos fundamentales, podemos señalar que existe una relación directa entre aquellos y el Estado de Derecho, destacándose que cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que, en la medida que se produce una vivencia de los derechos fundamentales, se refuerza la implantación del Estado de Derecho. De esto se desprende que la mayor garantía de los derechos fundamentales,

⁷ José Francisco Siquiera Neto, “Derecho del trabajo y Derechos Humanos Fundamentales”, en libro de informes generales XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003

depende de la vigencia del Estado de Derecho en un lugar determinado, siendo o gozando aquellos de una eficacia directa o indirecta. En este sentido se expone que la aplicación directa, sin mediación legislativa, es la más común, aunque algunos ordenamientos enfatizan la existencia de los dos tipos de derechos, de eficacia directa e indirecta (en Argentina, Japón, México, Paraguay y Panamá). En este sentido, la experiencia ha evidenciado que los derechos económicos, sociales y culturales (entre éstos los de índole laboral), están más sujetos a eficacia indirecta, que los derechos inherentes a la persona humana y los derechos políticos.

Sin perjuicio de lo anterior, importante es destacar las limitaciones de los derechos fundamentales. En este sentido cabe reconocer que la moral, el orden público y los derechos de terceros inciden en este punto, y cuando una sociedad no quiere saber de límites a los derechos fundamentales es signo que no existe en ella la voluntad de cumplir los deberes a los que esos derechos sirven, sino sólo la intención de aprovecharse del ámbito de libertad que conceda para conseguir intereses particulares.⁸

Desde el punto de vista de la efectividad, se expone con precisión por Fleiner en cuanto que los derechos humanos son con mucha frecuencia armas inocuas contra los poderosos del Estado y de la sociedad. De ahí la posibilidad de su desarrollo en un Estado en el que se respete y se haga efectivo el derecho. De allí que un Estado que no pueda proteger al derecho, no podrá tampoco garantizar tales derechos.

A su turno, la Constitución Española de 1978 consagra los instrumentos de protección de tales derechos, definidos como garantías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, quedando así comprendidos tanto la positivización de los derechos fundamentales como el acceso a la justicia mediante instituciones como la Defensoría.

En el mundo del trabajo, existe multiplicidad de razones para considerar que los Derechos Fundamentales carecen de la efectividad necesaria. Esto como producto de estudios como el realizado por Mésquita Barros, donde destaca el número de observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT, así como las elevadas violaciones de la libertad de asociación y libertad sindical, del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, las formas de trabajo forzoso y obligatorio, el trabajo infantil y la discriminación

⁸ Jorge Adame Goddard, "Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana", en libro Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995

en materia de empleo. También por el gran número de quejas formuladas al Comité de Libertad Sindical (OIT), de las que más del 52% provienen de América Central y del Sur, en relación a todo el mundo.⁹

En nuestro país, José Luis Ugarte indica “que se genera un problema procesal al considerar del mundo de las palabras al mundo real, en vista de la distancia a los hechos de la garantía efectiva de los derechos humanos fundamentales en el trabajo”¹⁰.

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales¹¹ tiene una única finalidad: demostrar que el principio de proporcionalidad ofrece las mejores garantías de racionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador y, en consecuencia, para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afectan tales derechos.

Entrando en el tema del presente trabajo, debemos tener en consideración la existencia del fenómeno producido por la indeterminación del Derecho, la efectividad de los Derechos Humanos Fundamentales considerando bajo la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Como una primera observación, podemos señalar que la introducción de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad demostró que la dogmática laboral no dispone de elementos suficientes para enfrentar esta cuestión, siendo necesario recurrir no sólo a la doctrina constitucional, sino además a la propia Filosofía del Derecho.

Se ha demostrado, de ese modo, que la norma jurídica, por contener una previsión genérica, será siempre marcada por cierta indeterminación, lo que es ecuacionado en el momento de la sentencia, cuando el juez decide el caso concreto, siendo ése un fenómeno común de las prácticas jurídicas, siempre y cuando el Derecho permanezca confiablemente previsible, es decir, el Derecho indeterminado, pero previsible, satisface las condiciones del Estado

⁹ Casio Méscita Barros, “Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”, Ponencia en el IX Congreso Centroamericano y del Caribe del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Guatemala, 2004

¹⁰ José Luis Ugarte Cataldo, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria, 2004

¹¹ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Democrático de Derecho, permitiendo que el ciudadano sepa de antemano lo que el Derecho espera de él.¹²

Así, la indeterminación de tales derechos adquiere mayor amplitud a través del principio de proporcionalidad, puesto que son un camino o vía a través del cual se pretende legitimar y justificar la flexibilización de los derechos humanos laborales a la medida que posibilita la ponderación de los mismos con un concepto vago y abierto de bienes y valores, muchos de ellos de origen infraconstitucional.

Como se puede hacer notar, la ley no habla en restricción de derechos fundamentales, sino en violación de tales derechos.

La doctrina del principio de proporcionalidad se defiende de esa acusación por medio de la famosa diferenciación entre reglas y principios.

Generalmente, como no existen derechos absolutos, el principio de proporcionalidad sería un criterio justificador de medidas restrictivas de derechos fundamentales, y no de medidas violadoras, por eso los derechos fundamentales, como principios, no son mutuamente excluyentes, lo que significa decir que la preponderancia de un principio no significaría necesariamente la eliminación del otro. Más cuando el propio Robert Alexy señala "... por más que se haya escrito sobre el tema, no es posible encontrar una respuesta fácil y clara para que sepamos cuando una norma es una regla o cuando una norma es un principio"¹³. No es posible concluir, sin embargo, que la doctrina laboral sea completamente ajena a los efectos estructurales del principio de proporcionalidad aplicado en las relaciones horizontales, o sea, entre particulares.

Pero ¿qué es, en definitiva, el principio de proporcionalidad al cual se refiere el art.493 del Código del Trabajo y que impone una obligación legal directa al demandado, en cuanto justificar la o las decisiones que ha adoptado y en razón de ellas, ha vulnerado, a lo menos en principio, derechos fundamentales del o los trabajadores involucrados?

¹² Marcelo Furtado Vidal, "Ensayo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos de derechos humanos fundamentales laborales, en la perspectiva de la Hermenéutica Filosófica y del Círculo Hermenéutico"

¹³ Francisco Marín Boscán, "Derechos Fundamentales y Derecho del Trabajo", Universidad de Zulia, Venezuela

Una primera consideración sobre el particular se funda en el hecho, que este principio no es más que el límite de los límites¹⁴ a los derechos fundamentales de los trabajadores y, en esa medida, se impone como una barrera frente a la intromisión en el ámbito de los propios derechos, constituyéndose, en definitiva, en una técnica de hermenéutica de la cual debe servirse el Legislador en abstracto y el Juez en concreto, tendiente a justificar o no las decisiones que adopta el Empleador.

Una segunda consideración sobre el principio en estudio, es entenderlo como “aquel que tiene por objeto asegurar la necesaria supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa, imponiendo que toda decisión de autoridad sólo restrinja un derecho fundamental en la medida que sea estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, manejándose con ello el exceso en el ejercicio del poder, cumpliendo así una función argumentativa en la hermenéutica de los principios fundamentales”.

Una tercera consideración, que debe tenerse como especialmente presente, se basa en que de la aplicación del principio de proporcionalidad, es necesario abandonar la concepción conflictivista normativa que enfrenta o considera a los derechos como “opuestos”, imponiéndose que uno prime sobre los demás. De hecho, en este caso se busca la existencia coherente y armoniosa de las mismas normas, logrando una consistencia y coexistencia de toda la normativa que se encuentra en juego, de manera tal que ninguna vale más que otra y ninguna debe necesariamente primar sobre las demás.

Lo anterior no es menor, puesto que con ello se busca aterrizar el caso en abstracto al caso concreto. De allí que el conflicto que debe darse es sobre la base determinada de pretensiones específicas de sus titulares, las que, como es obvio, sólo pueden satisfacerse mediante un proceso jurisdiccional que las resuelva.¹⁵

En este orden de ideas, va quedando asentado que el principio de la proporcionalidad es uno que se aplica al caso concreto y para ello, en éste se distinguen tres sub principios:

- a) La idoneidad: Este sub principio parte de la base que el medio previsto por el Empleador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo

¹⁴ Revista de Derecho Vol. XXI - N° 2 - Diciembre 2008 Páginas 251-271

¹⁵ Jaime Cárdenas García, “La Argumentación como Derecho”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2005

propuesto. Así será adecuado el medio cuando a través de él puede lograrse el resultado deseado, siendo exigible cuando el Empleador no habría podido optar por un medio distinto - igualmente eficaz -, que en definitiva no limitara, restringiera o violentara un derecho fundamental o bien, afectándolo, lo hiciera en el menor grado posible. En términos más simples, la idoneidad requiere y exige, que la medida por la que debe optar el Empleador debe ser una que provoque la menor incidencia posible en el Derecho Fundamental en que se radicará.

- b) La necesidad: Implica o significa, que el accionar del Empleador debe fundarse en la existencia de una adecuación medio-fin. Así no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido, sino que es menester que la limitación que sufre el derecho resulte apropiado para lograr el fin que lo justifica, es decir, que el medio -acto que se alega como lesivo de derechos fundamentales- empleado favorezca el resultado perseguido, sin que produzca una conclusión final diferente ex post, a saber, que el mismo objetivo podía haberse alcanzado con otras medidas igualmente eficaces, pero menos lesivas o menos restrictivas para quien lo sufre.
- c) La proporcionalidad en sentido estricto: Este sub principio nos muestra uno de naturaleza sustantiva que se encuentra íntimamente ligado con la noción de Justicia, pero suficientemente articulado como un freno o límite a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del actuar del Empleador, especialmente cuando dichas acciones recaen en Derechos Fundamentales y su ejercicio, porque en definitiva esta proporcionalidad se identifica con lo que es justo, razonable y ponderable, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

Este principio exige la máxima realización posible, tanto a las consideraciones fácticas como a las posibilidades jurídicas. Así los sub principios, de idoneidad y necesidad, expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, donde la ponderación en ellos no juega papel alguno, se trata por lo tanto "... de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata de un óptimo de Pareto"¹⁶. A su turno, el sub principio de la propor-

¹⁶ Miguel Carbonell, *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

cionalidad en sentido estricto dice, a diferencia de los anteriores, relación directa con las contingencias jurídicas y, con ello, con la ponderación.¹⁷

En este sentido, el acto de ponderar implica o significa generar una relación denominada por Alexy como Ley de Ponderación, la que se traduce en el siguiente postulado: "Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"¹⁸.

Según Robert Alexy, esta ley de ponderación que postula es posible estructurarla sobre la base de tres etapas claramente definidas.

- 1.- Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
- 2.- Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.
- 3.- Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

A lo anterior, es necesario incluir una conformación a lo menos tripartita de grados de intensidades en que se ve afectado el derecho fundamental, en razón del principio de la proporcionalidad y con la finalidad que a través de dichas entidades es posible ver reflejada, con mayor grado de certeza, la práctica de la argumentación jurídica.

Así tenemos que los grados de intensidad en que se pueden ver afectados los derechos fundamentales de los trabajadores serán:

L = leve

M = medio

G = grave

Así las cosas, y tomando como punto de partida la *Ley de Ponderación de Alexy*, el grado de no satisfacción de un principio versus la importancia en la satisfacción son objeto de valoración, de acuerdo con las letras aludidas

¹⁷ Robert Alexy, "Teoría de Derechos Constitucionales", Universidad de Oxford, 2002

¹⁸ Robert Alexy, "Teoría de Derechos Constitucionales", Universidad de Oxford, 2002

precedentemente, donde la combinación entre la no satisfacción y la afectación marcan la existencia de un concepto dual, manifestando la dicotomía entre los derechos de defensa y los de protección.

De acuerdo con lo que se viene expresando, debe dejarse sentado que los principios no son más que mandatos de optimización y que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales. Donde el ámbito de lo jurídicamente posible se encuentra condicionado por principios y reglas que se desarrollan y vinculan en un sentido contrario, lo fácticamente posible se ordena a lo verdaderamente posible.

La expresión "*La Mayor Medida de lo Posible*" en la que un principio debe ser cumplido, requiere necesariamente que aquél sea comparado con los que se desarrollan en sentido contrario, o contrastado con los principios que dan fundamento a las reglas que se despliegan en sentido contrario; así la ponderación representa la forma idónea de resolver la incompatibilidad que la colisión de dichos principios genera.

Amén de lo dicho, es menester considerar, además de la colisión de los principios en el desarrollo de la ponderación, un nuevo elemento denominado el *Peso Abstracto de los Principios*.

Este Peso Abstracto dice relación con los valores sociales, los cuales pueden variar de acuerdo con la importancia o jerarquía que per se manifiestan o bien, sobre la base de la fuente del derecho de la cual emana. Así, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el derecho a la libertad, por cuanto para ejercer la segunda es imprescindible la primera, de la misma manera que la norma constitucional es de mayor peso que la legal.

Por lo anotado, es posible sostener que los Derechos Fundamentales tienen un peso abstracto mayor que un gran número de otros principios, incluso de carácter constitucional, de allí que los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad - por ejemplo - sean de una entidad superior, puesto que el primero dice relación con la democracia y el segundo con la dignidad humana.

Sin perjuicio de los elementos anotados, es menester agregar a este procedimiento ponderativo una nueva variante denominada *Seguridad o Certeza de la Apreciaciones Empíricas*.

En razón de ella, se nos permite analizar el grado fáctico, o sea, de qué manera la medida adoptada implica la insatisfacción del principio versus la satisfacción del segundo principio aplicado al caso concreto.

Esta variable nos permite discernir si las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en conflicto, pueden generar un grado distinto de certeza y en qué medida ello puede afectar el peso abstracto que se atribuye a cada principio durante el proceso de ponderación.

Ello nos lleva a preguntarnos ¿De qué manera pueden articularse las diversas variables señaladas, importancia de los principios, peso abstracto, seguridad de las apreciaciones empíricas, con la finalidad de generar un resultado concreto de ponderación?

La respuesta que da al respecto Robert Alexy es simple: La Fórmula de Peso, la cual puede graficarse de la siguiente manera:

$$IPiC \ GPiA \ SPiC$$

$$GPi, jC =$$

$$WPjC \ GPjA \ SPjC$$

La aplicación de la fórmula anotada es evidentemente un procedimiento que nos permite determinar con cierta exactitud el peso concreto del principio **Pi** en relación con el principio **Pj**, basado en un caso concreto, de manera tal que esta fórmula representaría un desarrollo complementario a la Ley de Ponderación a la que se refiere Alexy, específicamente dirigido al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Atendido el hecho que profundizar más en esta sola temática sobrepasa ampliamente los límites del presente trabajo, sólo lo dejamos enunciado.

Finalmente, una última condicionante respecto de esta Ley de Ponderación de Robert Alexy, se encuentra en la *Carga de la Argumentación*.

Básicamente, ésta opera cada vez que el resultado de la fórmula de peso deriva o resulta en un empate, que sería lo mismo decir que el peso concreto de dos principios en colisión es idéntico.¹⁹

¹⁹ Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales", traducción E. Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

De acuerdo con la carga de la argumentación, ningún principio que sea contrario o contravenga la libertad o la seguridad jurídica, podría a lo menos en principio prevalecer, salvo que se argumenten razones de mayor entidad.

En términos simples, en caso de empate o igualdad del peso concreto de dos principios en colisión, debe preferirse aquellos más relacionados o que favorezcan los principios anotados más arriba, salvo que se enarbolem argumentos de mayor peso concreto.

Finalmente, y a pesar de todo lo dicho referente a este tema, Robert Alexy en el Epílogo de su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* señala "... en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como no desproporcionada, y por tanto debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia...". Desde el punto de vista del principio democrático, esta segunda carga de argumentación parece ser más apropiada que la primera.²⁰

Es evidente que el tema no se agota con estas simples y sencillas notas. De hecho, corresponde a Abogados y Jueces llegar a determinar el verdadero sentido y alcance de estas nuevas concepciones en pro de una Tutela Efectiva de Derechos Fundamentales.

²⁰ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción E. Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pag. 43 y siguientes.