

DERECHOS DE LA PERSONA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN LA ERA DEL EQUILIBRIO FLEXIBLE ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES⁽¹⁾

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND⁽²⁾

I. UN PROBLEMA, A FIN DE CUENTAS, NO RESUELTO

Las páginas que siguen tienen como propósito reflexionar sobre unas de las líneas de tendencia del moderno Derecho del Trabajo en torno a la cual existe en la actualidad uno de los consensos más amplios, pero que, sin embargo, viene experimentando desde hace ya bastante tiempo un evidente entrapamiento, sin que parezca vislumbrarse además una salida a corto plazo para el mismo. Todo ello, naturalmente, con la intención de proponer algunas ideas, como se verá vinculadas a la naturaleza misma del problema que se encuentra en la raíz de tal estado de cosas, que puedan contribuir a su superación.

Me estoy refiriendo a la cuestión, por cierto para nada novedosa a estas alturas, de la proyección en el seno de la relación laboral de los derechos constitucionales que corresponden al trabajador en cuanto persona o ciudadano. Es decir, de los derechos del “ciudadano-trabajador”, que este puede

(1) Este artículo recoge, acompañado del correspondiente aparato de notas, una distribución de las materias tratadas por epígrafes y algunos añadidos fruto de la reflexión posterior del autor, la conferencia de clausura del IV Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, impartida por el mismo el 28 de octubre de 2010 en la ciudad del Cusco. Constituye para el mismo motivo de profunda satisfacción poderlo publicar en este libro conmemorativo del vigésimo quinto aniversario de dicha institución, de la que se siente muy honrado de formar parte.

(2) Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca.

ejerger en la empresa como “trabajador-ciudadano”, en la afortunada síntesis de Carlos Palomeque⁽³⁾.

Para algún autor, la emergencia de estos derechos marca un cambio radical de actitud del Derecho del Trabajo, que ha dejado de comportarse como una suerte de erizo, preocupado únicamente por la tutela de la dimensión socioeconómica de la existencia del trabajador, para pasar a actuar más bien como un zorro, interesado en abarcar las múltiples dimensiones del quehacer humano⁽⁴⁾. Forzoso me parece reconocer, sin embargo, que si el Derecho del Trabajo actúa aquí realmente como un zorro, se trata, lastimosamente, de un zorro que “caza pocas gallinas”. Es decir, en todos los ordenamientos de nuestro entorno cultural existe un grupo más o menos amplio de sentencias, preferentemente expedidas por órganos de control constitucional, que a modo de singulares “gallinas”, reconocen y aplican estos derechos en el ámbito laboral. Sin embargo, de ellas no parece haberse derivado una transformación del “modo de estar” de los trabajadores en la empresa como la que en principio hubiera podido esperarse. Es más, a despecho del consenso existente sobre la cuestión, en el fondo seguimos sin saber, más allá de los casos concretos resueltos por los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, cuáles son los criterios con arreglo a los cuales han de aplicarse tales derechos cuando se proyectan sobre una relación de textura tan singular como la de trabajo.

La tan ponderada “ciudadanía de la empresa” se está convirtiendo, de tal modo, en una fuente constante de insatisfacciones, al no corresponderse las expectativas puestas en ella con la realidad de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

En estas condiciones, me parece que resulta necesario preguntarse por las razones de semejante situación. ¿Esta se explica solamente por la resistencia de los empresarios a la aplicación de estos derechos, que al fin y al cabo imponen límites a sus poderes? ¿Está detrás de ella un problema técnico-jurídico no resuelto, pero al que podemos intentar dar solución? O, en fin, ¿se trata más bien de falsas expectativas puestas en torno al carácter transformador de estos derechos?

(3) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Los derechos laborales en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 32.

(4) UGARTE CATALDO, J. L. “La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”. En: *Revista de Derecho*, 2007, núm. 2, p. 53, parafraseando a I. Berlin.

II. PROFUNDIZANDO EN LAS RAZONES DEL ENTRAMPAMIENTO

La respuesta a tan decisivo interrogante es seguramente compleja y necesitada de más de una matización.

Para aproximarnos a sus causas es preciso empezar por reconocer que se trata de una cuestión que se encuentra inscrita nada menos que en el código genético del Derecho del Trabajo.

1. Una necesidad tan esencial como desatendida en un inicio

El Contrato de Trabajo, como todos sabemos, no constituye solamente una relación de carácter patrimonial. A través de él el trabajador no compromete su patrimonio sino que, como afirmaríase hace muchos años Sinzheimer, “se da a sí mismo”⁽⁵⁾. Y lo hace, además, sometiénolo al poder y la autoridad de la otra parte del mismo.

En estas condiciones, parece claro que la garantía de la posición del trabajador en el seno de la relación de trabajo no puede ser solo una tutela de tipo económico; que tan importante como esta es la garantía de su estatus personal, expresada a través del respeto de los derechos que le son inmanentes. Solo así, combinando ambas formas de tutela, el Derecho del Trabajo está en condiciones de asegurar que la persona del trabajador sea tratada de acuerdo con la dignidad que le corresponde. De evitar, en suma, como señala nuevamente Sinzheimer, “que el hombre sea tratado igual que las cosas”⁽⁶⁾.

Muy otro era, no obstante el punto de partida. Al extremo de que un teórico marxista como Karl Korsh llegaría a afirmar, refiriéndose a la situación en las primeras décadas del pasado siglo, que “al atravesar la puerta de la fábrica” el trabajador “queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor”⁽⁷⁾.

Esta situación intentaría ser revertida, no obstante, por otras vías. En particular mediante la creación de mecanismos de tutela socioeconómica del trabajador e instituciones de contrapoder colectivo. Habrá que esperar, como constata Baylos, nada menos que hasta el post mayo del 68 para que, recién, se empiece a contemplar el “ingreso de la Constitución en la fábrica”⁽⁸⁾. Una

(5) SINZHEIMER, H. *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*. IELSS, Madrid. 1984, p. 73.

(6) Loc. cit.

(7) KORSH, K. *Lucha de clases y Derecho del Trabajo*. Ariel, Barcelona, 1980, p. 16.

(8) BAYLOS GRAU, A. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Ed. Trotta, Madrid. 1991, p. 96.

tarea cuyo punto de arranque se encuentra en el Estatuto de los trabajadores italiano de 1970 y que encontraría continuidad en otros ordenamientos principalmente a nivel jurisprudencial, como consecuencia del reconocimiento de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, incluyendo dentro de ellas a las de trabajo.

2. La emergencia de un nuevo modelo de Constitución como telón de fondo y los problemas asociados al mismo

Es importante observar, en cualquier caso, que este importante cambio de actitud viene de la mano y se nutre de una decisiva transformación experimentada por el constitucionalismo moderno en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuyo resultado es nada menos que la afirmación de un nuevo modelo de Estado y una nueva teoría de la Constitución. Como tal, es heredero de sus innegables virtudes, pero también de sus límites y sus dificultades, conforme podremos comprobar.

Como ha apuntado Prieto Sanchís, el modelo de Constitución que manejamos en la actualidad es el fruto de la confluencia de dos tradiciones constitucionales distintas: de un lado, la tradición norteamericana, dentro de la cual la Constitución es concebida como una norma cuya misión esencial es fijar las reglas básicas de juego a nivel social y político, cuyo control se encarga a los jueces; y, del otro, la tradición europea nacida de la Revolución francesa, para la cual la Constitución constituye la encarnación de un proyecto político, cuyo cumplimiento compete al legislador. El resultado de esta confluencia es la afirmación de un modelo de Constitución caracterizada por la presencia de un denso contenido material, integrado por un gran número de principios, directrices y derechos, todos los cuales resultan de aplicación directa e inmediata a través del control judicial. Es decir, constituciones materiales, judicialmente garantizadas⁽⁹⁾.

Lo anterior no plantearía demasiadas dificultades si las constituciones tributarias de este modelo supusiesen un pacto en torno a unos pocos principios, comunes y coherentes unos con los otros. Pero no es así. Antes bien, estas constituciones se caracterizan por incorporar una vasta serie de postulados distintos y tendencialmente contradictorios entre sí. Y además de forma lapidaria y apodíctica, sin prever soluciones para los conflictos que entre ellos puedan producirse, ni fijar sus posibles puntos de equilibrio o compatibilidad. Así, la mayor parte de nuestras Constituciones consagran, por citar unos pocos

(9) Véase PRIETO SANCHÍS, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". En: Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, pp. 124-127.

ejemplos, la libertad de expresión y el derecho al honor, la libertad de manifestación y el deber del Estado de proteger el orden público, o incluso el derecho al trabajo y la libertad de empresa, a pesar de que todos ellos, llevados a su máxima expresión, terminan resultando incompatibles.

Las dificultades resultan aún mayores si se tiene en cuenta que esos principios y derechos están concebidos para regir también las relaciones entre particulares. Y que, por tanto, no solo pueden entrar en conflicto unos con otros, sino que su eficacia puede verse modulada, condicionada o incluso limitada igualmente por el juego del principio de autonomía de la voluntad, por el que estas relaciones se rigen⁽¹⁰⁾.

3. ¿De qué “sustancia” están hechos los derechos fundamentales?

Este tipo de constataciones han conducido a los filósofos del Derecho, así como a los constitucionalistas, a preguntarse por la “sustancia” de la que están hechos los derechos fundamentales.

Desde luego, parafraseando a Shakespeare, no parece que los mismos estén hechos “de la misma materia que los sueños”. Los derechos fundamentales son realidades jurídicas y no meras promesas, cuyo respeto está garantizado judicialmente por las Constituciones. Lo que no parece que pueda admitirse, sin embargo, es que tales derechos amparen una pretensión absoluta e incondicionada a su ejercicio. Antes bien, resulta absolutamente claro que este solo puede producirse dentro del respecto de los demás derechos, principios y valores consagrados por la propia Constitución que los recoge.

Es en este sentido que debe ser entendida la caracterización que hace la doctrina, y en particular Alexy, de las normas iusfundamentales como portadoras de “principios” o “mandatos de optimización”⁽¹¹⁾. Lo que a través de ella se persigue no es negar su carácter vinculante de las mismas o convertirlas en disposiciones puramente programáticas, sino más bien resaltar que, a la hora de su ejercicio, deben ser conjugadas con la garantía de los demás bienes y derechos garantizados por la propia Constitución con los que puedan en-

(10) De hecho, es en esta circunstancia, es decir en la potencial “existencia de una relación voluntaria que puede llevar a desvirtuar algunas de las pretensiones en principio amparadas por el sistema de derechos fundamentales”, y no propiamente en la cualidad o condición de los sujetos obligados, donde radica la raíz del tan debatido problema de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, como destaca nuevamente PRIETO SANCHÍS L. “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*”. En: Prieto Sanchís L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, 1990, Madrid, pp. 207-208.

(11) Véase, R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª edición, Madrid, 2007 (traducción de C. Bernal Pulido), pp. 67 y ss.

trar en conflicto. De hecho, el propio Alexy reconoce que el empleo de esta denominación “se aparta del uso habitual del lenguaje”, en la medida en que su cometido esencial es poner de manifiesto que los derechos fundamentales aportan únicamente razones *prima facie* en favor de quien pretende ejercerlos, las cuales deben ser puestas en contacto con las que avalan, en su caso, otras pretensiones de signo opuesto, con el fin de determinar el grado en el que deben cumplirse en cada caso⁽¹²⁾.

4. La especial gravedad del problema en el ámbito de las relaciones de trabajo

Por lo demás, la situación que se acaba de describir se reproduce, y además con particular dramatismo, en el seno de las relaciones de trabajo.

En este ámbito resulta absolutamente claro que el trabajador, que es titular de derechos fundamentales en la vida social, no se despoja de ellos al ingresar en la empresa, pero también, como apunta Blancas, que el empleador es titular de poderes organizativos y directivos que encuentran también respaldo constitucional a través de la libertad de empresa⁽¹³⁾. Ambas partes, además, están vinculadas a través de una relación obligatoria que es capaz de dar lugar, en el momento de su ejecución, a múltiples y muy agudas situaciones de conflicto entre los derechos que a cada uno corresponden, ya que el contrato de trabajo genera un vínculo duradero o de tracto sucesivo entre ambas, dentro de la cual la actividad personal de una se ve sometida a la voluntad y ha de satisfacer los intereses de la otra.

Naturalmente, también en este caso nos encontramos delante de pretensiones que, llevadas hasta sus últimas consecuencias, son incompatibles. Así, resulta meridianamente claro que un ejercicio absoluto e ilimitado de los poderes de dirección, vigilancia y control del empleador puede terminar por anular toda posibilidad de ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de los trabajadores a su servicio. No obstante, lo es también que un celo igualmente absoluto por parte de estos en dicho ejercicio está en condiciones de vaciar de contenido esos poderes y terminar por desorganizar e incluso paralizar las actividades de la empresa.

Es en esta confluencia de situaciones jurídicas y pretensiones, contradictorias entre sí pero a la vez dotadas ambas en principio de respaldo constitucional, las cuales se encuentran además entrelazadas en el marco de una

(12) *Ibidem*, 84 y 80, respectivamente.

(13) BLANCAS BUSTAMANTE, C. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 105.

relación jurídico-privada dotada de un gran potencial invasivo de las respectivas esferas de los derechos implicados, donde radica, al menos en opinión de quien esto escribe, la gran dificultad que entraña la garantía de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito de las relaciones de trabajo. Y también, naturalmente, la causa de su actual entrapamiento.

III. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA PARA UN PROBLEMA CAPITAL

Lo dicho hasta aquí nos permite apreciar cómo la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador en las relaciones de trabajo constituye, en realidad, más un punto de partida que de llegada. Más una fuente de dudas y de interrogantes que de afirmaciones claras y concluyentes, en la medida en que deja sin resolver el decisivo problema de la relación entre estos derechos y el conjunto de obligaciones asumidas por el mismo a través del contrato de trabajo. Y muy en particular, claro está, con el desenvolvimiento de los poderes empresariales, a los que el trabajador ha consentido someterse.

1. Un primer intento de solución: la determinación del “contenido laboral” de los derechos fundamentales

Durante bastante tiempo la doctrina laboralista ha intentado afrontar este problema crucial tratando de identificar o delimitar el “contenido laboral” de cada uno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución al trabajador en tanto persona o ciudadano. Es decir, el espacio de ejercicio de su libertad de expresión en la empresa, el ámbito de intimidad que ha de serle respetado por el empleador, la dimensión laboral de su derecho al honor, etc.

Aunque este ha sido un ejercicio sin duda provechoso, no ha servido para zanjar definitivamente el problema. Ello, antes que por cualquier otra razón, porque resulta difícil de asumir que sea posible determinar de una sola vez y con total exactitud el contenido definitivo de unos derechos que, como los que son objeto de nuestra atención, se caracterizan precisamente por tener una estructura abierta e indeterminada⁽¹⁴⁾. Ciertamente, por esta vía es posible dar algunos pasos importantes en dicha delimitación, especialmente en aquellos supuestos en los que la compatibilización entre la garantía del dere-

(14) Como apunta con acierto UGARTE CATALDO, J. L. “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”. En: *Laborem*, 2010, núm. 10, pp. 194-195.

cho fundamental del trabajador y el ejercicio de los poderes empresariales resulta posible. Es decir, cuando es factible determinar de forma clara el espacio de cada uno de ellos.

Este método, sin embargo, no es capaz de aportar ningún criterio general que permita dar respuesta a las numerosas situaciones en las que esa compatibilización no puede realizarse, por existir una genuina colisión entre ambas pretensiones. Así, por citar un ejemplo bastante conocido, en el caso de la petición de un trabajador que se ha convertido a la fe de la Iglesia Adventista del Séptimo Día de no trabajar los sábados para cumplir con sus deberes religiosos, contrariando de tal modo decisiones expresas de su empleador, no existe compatibilización posible entre los puntos de vista y las aspiraciones de ambos. Aquí es claro que, o se le da la razón al trabajador y se lo exonera del trabajo en sábados, o se la concede al empleador, y se exige al primero seguir laborando esos días.

2. Una opción intermedia: la “adaptabilidad” del ejercicio de los derechos fundamentales al contrato de trabajo

Naturalmente, una forma bastante sencilla y operativa de resolver el problema que se acaba de apuntar es contemplarlo en términos de *adaptabilidad o adecuación* del ejercicio de los derechos fundamentales al marco de derechos y obligaciones del contrato de trabajo. El ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador, así como de sus poderes empresariales por el empleador, solamente resultará posible, desde esta perspectiva, en la medida en que se ajusten o no afecten dicho marco y no en caso contrario, debiéndose resolver los supuestos de conflicto entre ambos a partir de este criterio.

Lo que ocurre es que, si la primera de las vías descritas termina por llevarnos a un punto muerto en los supuestos realmente relevantes, esta opción, que apreciamos por ejemplo en algunos pronunciamientos de la primera etapa del Tribunal Constitucional español, ⁽¹⁵⁾ nos ofrece una respuesta manifiestamente fallida al problema, en tanto que basada en una subordinación de la aplicación de los derechos fundamentales a la lógica del contrato de trabajo que resulta tan evidente como rechazable.

(15) Véase, a título de ejemplo, las muy conocidas Sentencias 19/1985, del 13 de febrero, 170/1987, del 30 de octubre, y 129/1989, del 17 de julio.

3. Una tercera respuesta de origen jurisprudencial: la consideración del problema como uno de colisión entre derechos fundamentales

De todas formas, frente a estos dos primeros caminos, claramente fallidos, como se acaba de ver, existe otro, cuya creación es un hallazgo de la jurisprudencia constitucional, habituada por su función a hacer frente a supuestos de genuina colisión entre derechos fundamentales, y en particular de la del Tribunal Constitucional Federal alemán, aunque con posterioridad ha sido racionalizado y sistematizado por la doctrina, en particular de la mano de Alexy a través de su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, cuya primera edición en lengua alemana data del año 1986⁽¹⁶⁾.

En este caso, más que tratar de fijar posiciones absolutas e inamovibles integrantes de la supuesta “esencia” de los derechos fundamentales en liza a partir de la cual resolver la antinomia o someterlos al “potro” de su adaptación a los esquemas del contrato de trabajo, lo que postula es, más bien, la necesidad de establecer entre ellos “una relación de precedencia condicionada”⁽¹⁷⁾ únicamente para la situación específica que los enfrenta, teniendo en cuenta como criterio fundamental para adoptar la decisión correspondiente la mayor o menor medida en la que la realización de la pretensión de sus respectivos titulares satisface, en el caso del que se trate, el objetivo de optimización de la aplicación de los principios y valores consagrados por la norma fundamental. Dicho con otras palabras, siendo las dos pretensiones igualmente válidas desde la óptica constitucional, de lo que se trata es de determinar cuál lo es más, por traer consigo una aplicación más intensa que la otra de los contenidos de la Constitución, estableciendo entre ambas lo que Guastini ha denominado una “jerarquía axiológica móvil”, en tanto que referida al caso concreto, y susceptible, por tanto, de verse alterada, por tanto, en otro distinto⁽¹⁸⁾.

Este método, que ha sido objeto de entusiasta recepción por los órganos de control constitucional de la mayor parte de países de nuestro entorno cultural, incluido el Tribunal Constitucional español, recibe el nombre, como todos sabemos, de principio o test de proporcionalidad.

(16) ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Suhkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986. Se cita aquí la obra en su última traducción al castellano, que data del año 2007. Véase, *supra* nota 11.

(17) Por utilizar aquí las palabras de ALEXY, R. *Teoría ...*, cit., p. 73.

(18) GUASTINI, R. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008, p. 88.

IV. LA “MARCHA TRIUNFAL” DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD COMO FÓRMULA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCOMPLETA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Como es de sobra conocido, a lo largo de la última década el principio de proporcionalidad ha terminado por erigirse, debido esencialmente al efecto irradiador que ha tenido sobre los demás órdenes jurisdiccionales la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales, en el criterio dirimente básico de los conflictos entre particulares derivados del ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo dentro de estos los que se presentan en el ámbito de las relaciones entre trabajadores y empleadores. Este proceso abarca, entre otros, al ordenamiento español, dentro del cual el Tribunal Constitucional ya en el año 1998 tuvo ocasión de declarar de forma categórica que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”⁽¹⁹⁾.

Esta “marcha triunfal” del test del mismo nombre, por parafrasear aquí a Alexy,⁽²⁰⁾ no ha venido acompañada, sin embargo, de una clarificación de su manera de operar. Y menos aún de un examen detenido de la forma como hay que aplicarlo a una relación tan singular como la de trabajo.

La anterior es una tarea indispensable, toda vez que, si no es aplicada de forma adecuada, el principio de proporcionalidad puede convertirse con gran facilidad en fuente de nuevas y más profundas frustraciones. No debemos perder de vista que, como se ha dejado apuntado, dado que en situaciones como las que nos ocupan contraponen dos intereses enfrentados que resultan, prima facie al menos, igualmente legítimos desde el punto de vista de la norma fundamental, es posible encontrar argumentos de peso para conceder prioridad tanto a uno como al otro. Esto permite que esta fórmula de razonamiento pueda ser utilizada con gran facilidad para justificar toda clase de restricciones de los derechos fundamentales sobre la base de argumentar la vinculación de estas con otros bienes o derechos amparados por la Constitución. De allí que se haya llegado a afirmar, con dosis equivalentes de cinismo y de realismo, aunque con el evidente propósito de alertar sobre este riesgo,

(19) Según se lee en su Sentencia 37/1998, del 17 de febrero.

(20) ALEXY, R. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En: M. Carbonell (compilador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, p. 31, con referencia al avance experimentado por el tipo de Estado constitucional democrático.

que “motivada y razonablemente se pueden vulnerar la práctica totalidad de nuestros Derechos Fundamentales”⁽²¹⁾.

1. La “versión laboral” del principio de proporcionalidad: la “imprescindibilidad” de la restricción del derecho fundamental del trabajador

La elaboración de criterios claros y objetivos que permitan una aplicación previsible, estructurada y con un nivel aceptable de seguridad jurídica del principio de proporcionalidad, es una tarea aún pendiente, al menos en lo que al ámbito de las relaciones de trabajo se refiere. De momento lo que tenemos son solamente intentos más o menos logrados, pero a fin de cuentas insuficientes, de transposición del mismo al terreno laboral.

Uno de los más difundidos de tales intentos, especialmente a través de la doctrina y la jurisprudencia constitucional españolas, es el que identifica proporcionalidad con “imprescindibilidad”, especialmente cuando se trata de juzgar medidas empresariales restrictivas de los derechos fundamentales de los trabajadores. En estos casos, se afirma, el derecho fundamental del trabajador solo ha de ceder cuando ello resulte indispensable para satisfacer un interés legítimo del empleador y no exista además otra posibilidad menos restrictiva de atenderlo⁽²²⁾. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional español: “dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial”⁽²³⁾. La licitud de cualquier restricción de los derechos fundamentales atribuidos a los trabajadores se encontraría sometida, de este modo, a la necesaria superación de lo que bien puede ser denominado un “test” o “juicio de indispensabilidad o imprescindibilidad”.

(21) CARRASCO PEREA, A. “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, núm. 11, p. 53.

(22) El punto de arranque de este enfoque se encuentra en la muy conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, del 12 de abril, en la que se afirma, en relación con la determinación de la validez de una orden empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador, que “no basta” con que la misma “sea, prima facie, legítima”, sino que “es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador (...) sea verdaderamente la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial”. En doctrina, recogiendo este planteamiento, pueden verse, por todos, los estudios de GONI SEIN, J. L. “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”. En: *Revista de Derecho Social*, 2005, núm. 32, p. 83; y OJEDA AVILÉS, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”. En: *Revista de Derecho Social*, 2006, núm. 35, pp. 23-24.

(23) Según se lee en la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1997, del 26 de noviembre.

Como destaca Goñi Sein,⁽²⁴⁾ allí donde ha sido aplicada, esta construcción ha demostrado poseer una gran eficacia a los efectos de limitar la tendencia a considerar los poderes de organización y dirección empresariales como poderes absolutos o ilimitados, en la medida en que ha contribuido a desechar de plano las pretensiones más groseras de limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores, basadas por lo general en un uso irracional, arbitrario, caprichoso, inútil o exagerado de los mismos. Así, a nadie se le ocurre ya que pueda entenderse justificado prohibir las relaciones sentimentales entre compañeros de trabajo, instalar sistemas de control del tiempo que los trabajadores permanecen en el baño o de escucha indiscriminada de sus conversaciones, realizar toda clase de preguntas sobre la vida privada de los mismos en los procesos de selección de personal o imponerles el sometimiento a pruebas genéticas, o por citar solo algunos ejemplos.

Aún así, como se podrá apreciar inmediatamente, no se trata de una construcción desprovista de limitaciones.

2. Las carencias del juicio de “imprescindibilidad”

En efecto, a despecho de sus indudables virtudes, en especial respecto de las construcciones precedentes, el que acaba de ser sintetizado acaba por ser un planteamiento insuficiente. Ello, antes que por cualquier otra razón, porque, como salta a la vista de la sola lectura atenta de su formulación, a través de él se termina por atribuir prioridad al interés empresarial de afectación del derecho fundamental del trabajador sobre la legítima expectativa de este último de disfrutar del mismo sin limitaciones cada vez que no exista otra manera menos agresiva de satisfacer la pretensión del primero.

El principio de proporcionalidad se trastoca, de tal manera, en una suerte de “principio de intervención mínima” del empleador sobre los derechos fundamentales del trabajador, útil como tal sin lugar a dudas, pero a la vez manifiestamente insuficiente, en la medida en que se conforma con analizar únicamente si la medida limitativa del derecho fundamental puesta en marcha por el primero es *idónea* para satisfacer un interés protegido por la libertad de empresa y además *necesaria* para satisfacerlo por no existir otra menos restrictiva capaz de conseguir ese resultado, dejando así en la sombra y sin resolver nada menos que el problema fundamental que se presenta en estos casos. Problema fundamental que no es otro, naturalmente, que el de determinar si, bajo

(24) GOÑI SEIN, J. L. *La compleja coexistencia de los derechos fundamentales y libertades en la relación de trabajo*. Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2010, p. 25.

tales condiciones, el interés afectante del empleador ha de prevalecer sobre el del trabajador afectado al goce sin interferencias de su derecho fundamental.

La sola realización del que hemos denominado “test de imprescindibilidad” presupone, de tal modo, una aplicación fragmentaria, incompleta o insuficiente del test de proporcionalidad, en su versión completa y comúnmente aceptada,⁽²⁵⁾ centrada exclusivamente en los dos pasos preliminares del mismo (el “juicio de idoneidad” y el “juicio de necesidad”), con la consiguiente omisión de la parte principal o el núcleo del mismo, que está representada, precisamente, por la *ponderación* de la importancia que es posible atribuir desde la perspectiva constitucional a cada uno de los intereses en conflicto, con el fin de determinar a cuál de los dos ha de serle reconocida prioridad en el caso concreto, por conllevar una aplicación más intensa de los contenidos consagrados por la norma fundamental (el “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”).

V. ¿CÓMO REALIZAR LA DIFÍCIL TAREA DE PONDERAR EN EL SENO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO?

La ponderación es el paso del test de proporcionalidad que exige un mayor esfuerzo analítico y argumentativo. Es por ello que existe la tendencia a obviar su realización, centrando la atención únicamente en el análisis de la idoneidad y la necesidad del medio, como de hecho ocurre con la construcción que acaba de ser reseñada. No obstante, se trata de una operación cuya realización resulta indispensable cada vez que la limitación de un derecho fundamental constituye la única forma de satisfacer otro derecho fundamental. De lo contrario, como hemos visto, el juicio de proporcionalidad termina por conducir siempre a conceder prioridad al interés del sujeto afectante sobre el del afectado, con la consiguiente preterición, ya desde un inicio, de la posición jurídica de este último.

¿Cómo efectuar la ponderación cuando el conflicto entre el derecho fundamental se presenta en el seno de una relación de trabajo?

Esta es una cuestión que, por sorprendente que parezca, es por lo general soslayada por la doctrina e incluso por la jurisprudencia sobre la materia,

(25) Para una completa reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad, véase especialmente BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª edic. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 692 y ss.

que se contentan, a lo más, con realizar enunciaciones de carácter general sobre la misma, en muchos casos caracterizadas por su ambigüedad o falta de exactitud. Así ocurre, por ejemplo, cuando se afirma sin más precisiones, como ocurre también en un conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, que “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental” supera el “juicio de proporcionalidad en sentido estricto” es necesario comprobar “si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”⁽²⁶⁾.

La reflexión autónoma sobre la estructura y el contenido del juicio de proporcionalidad, procedente especialmente del ámbito de la Filosofía del Derecho, nos proporciona, de todas formas, elementos de juicio del mayor interés y utilidad, a partir de los cuales es posible llevar a cabo una reconstrucción de la manera como ha de llevarse a cabo este singular ejercicio argumentativo cuando nos encontramos ante conflictos entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de la persona acaecidos en el marco de una relación de trabajo⁽²⁷⁾.

1. Una premisa elemental

Dicha reconstrucción ha de partir de una premisa que no por elemental y presuntamente sabida debe dejar de ser puesta de manifiesto: el trabajador, que en muchas situaciones de conflicto ocupa la situación de sujeto pasivo de una actuación empresarial limitativa de alguno de los derechos fundamentales que como persona le corresponden, tiene una pretensión de respeto o no afectación del mismo que debe ser considerada, prima facie, al menos tan legítima como la del empleador al ejercicio de sus prerrogativas de dirección, organización y gestión amparadas por la libertad de empresa. El sacrificio del primero, por tanto, solo podrá ser admitido de manera excepcional, cuando sea posible establecer que la tutela del interés del empleador resulta prioritaria desde la óptica constitucional.

Claro que, como es obvio, la misma observación ha de ser hecha en sentido inverso, cuando nos encontremos ante el supuesto, ciertamente por ahora menos frecuente dentro de la casuística habitual, de la pretensión de ejercicio

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, del 10 de julio, en la que este aborda por primera vez la tarea de definir los alcances del principio y los escalones de razonamiento que comprende.

(27) En particular, se han utilizado como base para las reflexiones que siguen las conclusiones de dos monumentales trabajos sobre la materia. Se trata de los libros de R. Alexy y C. Bernal Pulido citados en *supra* notas 11 y 24, respectivamente.

por parte de un trabajador de uno de sus derechos fundamentales con sacrificio de las prerrogativas empresariales.

Aceptar esto último conduce de forma natural, sin embargo, a admitir un resultado que hasta hace no mucho tiempo planteaba grandes dudas a ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia. Este no es otro que la posibilidad de que las prerrogativas empresariales puedan verse limitadas, y el marco contractual en el que se desenvuelve la relación de trabajo adaptado, si bien no con carácter general, al menos sí cada vez que el interés del trabajador al ejercicio de su derecho fundamental pueda ser considerado, dentro del sistema de derechos y valores consagrado por la Constitución, preponderante frente al del empleador.

2. Las distintas variables en juego

Ahora bien, como se dejó dicho en su momento, que deba reconocerse prioridad a una u otra de las pretensiones enfrentadas dentro de las situaciones de conflicto depende de que su satisfacción conlleve o suponga una aplicación más intensa de los derechos, valores y principios consagrados por la norma fundamental que la de la otra.

El problema radica, naturalmente, en determinar cuáles son las magnitudes que nos permiten medir dicha intensidad en nuestro caso.

a) Un criterio de partida: la importancia material de cada uno de los derechos fundamentales en conflicto

Una primera variable para tener en cuenta se vincula con la importancia material que quepa atribuir dentro del sistema constitucional a cada uno de los derechos en liza, en función de su conexión con los valores nucleares del mismo. No debe perderse de vista que la indiscutible unidad sistemática de los derechos fundamentales al interior del conjunto del ordenamiento jurídico no impide, como apunta Peces Barba, establecer “jerarquías internas” entre ellos o incluso construir a una “escala de fundamentalidad” fundada en la mayor o menor cercanía y necesidad de su vigencia para la plasmación efectiva de dicho sistema de valores⁽²⁸⁾.

Desde esta perspectiva, como apunta el propio autor recién citado, parece claro que en los sistemas constitucionales de carácter democrático

(28) PECES BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 365.

y vocación personalista como son los que giran en torno a los derechos fundamentales de la persona, “deben prevalecer”, en caso de conflicto con otros igualmente consagrados por la norma fundamenta, aquellos derechos que: a) “más vitalmente afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen un sistema de derechos fundamentales”; b) “más afecten o protejan al individuo y a su dignidad” o que “más contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad”; c) “satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona”; o d) “tengan más extensión y aplicación a un número más amplio de personas”⁽²⁹⁾.

Lo anterior supone, para empezar, que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con el principio democrático, mayor deberá ser el peso que se le atribuya en la ponderación, conforme apunta con contundencia Bernal Pulido⁽³⁰⁾. Como es obvio, la aplicación de este criterio al ámbito de las relaciones de trabajo conduce a atribuir, ya de entrada, un valor singular al ejercicio por parte de los trabajadores de las libertades ideológica y religiosa, de expresión e información, de asociación y de reunión y manifestación, dada su condición de prerequisites esenciales para la vigencia efectiva de dicho principio.

De igual modo, con arreglo a los criterios antes enunciados no parece que pueda ponerse en duda que, como propone este mismo autor, cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad de la persona, que actúa como fundamento del sistema de derechos en su conjunto, deberá reconocérsele también un peso superior en la ponderación.⁽³¹⁾ Consecuencia natural de ello será, como es fácil de deducir, el reconocimiento de un valor especial al respeto de la “versión laboral” de los derechos a la integridad física y moral, al honor y a la intimidad y a la propia imagen, más aún cuando el conflicto se presente con otros derechos, como la libertad de empresa, a los que no es posible atribuir un nivel de fundamentalidad equivalente.

La consecuencia de atribuir esta especial relevancia de partida a los derechos que han sido mencionados no es, naturalmente, concederles una prioridad absoluta e incondicionada sobre cualesquiera otros con los

(29) *Ibíd.*, 366.

(30) BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad ...* Ob. cit., p. 770, con alusión a los derechos que se mencionan a continuación, así como a la libertad sindical.

(31) *Ibíd.*, p. 772.

que pudieran entrar en conflicto. En realidad, su efecto es más modesto, aunque no por ello intrascendente. Este se concreta en la necesidad de que su eventual derrota dentro de la ponderación tenga que venir avalada por la existencia de un interés extraordinario del lado contrario de una intensidad suficiente como para justificar el sacrificio de los valores fundamentales que ellos encarnan.

b) Un relevante factor de corrección: la posible concurrencia de otros derechos que avalen la pretensión limitadora

Ese interés extraordinario capaz de avalar el sacrificio del derecho fundamental al que cabe atribuir un peso singular de partida en la ponderación puede estar representado, antes que nada, por la concurrencia de algún otro derecho o valor constitucional del “otro lado” de la situación de conflicto, que sea capaz de reforzar la más modesta posición de partida de la libertad de empresa, al tener que sumarse su “peso” al de esta.

Así ocurre, por citar un ejemplo especialmente relevante en el ámbito de las relaciones de trabajo, cuando afectar de manera intensa la intimidad del trabajador constituye el único medio capaz de permitir la adecuada supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por este a través del contrato de trabajo, y por tanto la única manera de hacer posible que este último sea operativo. En este caso, y en los de semejante naturaleza que puedan presentarse, es preciso tener en cuenta para ofrecer una respuesta adecuada a la naturaleza del conflicto que no solo se encuentra en juego el ejercicio por parte del empleador de la libertad de empresa, sino también la efectividad del principio la autonomía de la voluntad, que actúa como fundamento y eje articulador de las relaciones entre privados protegidas por la norma constitucional. Una situación que es capaz de operar como un elemento reforzador de la importancia de la pretensión de limitación del derecho fundamental a la intimidad, capaz de inclinar sin dificultad la balanza a favor del control.

Una situación similar puede producirse también cuando el ejercicio de prerrogativas empresariales especialmente incisivas o intrusivas venga avalado por la protección de algún otro bien o valor constitucional especialmente relevante. Una buena muestra de ello estaría representada por la imposición a los trabajadores de tests de alcoholemia o de consumo de drogas por motivos vinculados con la protección de la seguridad o la salud de terceros⁽³²⁾.

(32) Este tipo de situaciones se identifican con la aplicación de lo que R. Alexy denomina la “fórmula extendida del peso”. Véase, en este sentido, ALEXY, R. “La fórmula del peso”. En: M. Carbo-

c) **Un segundo criterio: el distinto grado de afectación de cada derecho fundamental**

En otros casos, menos extremos, la justificación de la puesta entre paréntesis de los derechos de la persona del trabajador puede estar vinculada, no con el superior peso que en abstracto quepa atribuir al interés que está detrás de su pretendida limitación, sino con el distinto grado de afectación que experimentaría cada uno de los derechos fundamentales en caso de verse limitado o no poder ser ejercido.

No debemos perder de vista que satisface más la expectativa de optimización de la aplicación de la Constitución un sacrificio pequeño o moderado de un derecho fundamental “importante”, si a través de él se evita un daño grave o muy grave a otro derecho fundamental menos relevante. Por ejemplo, alterar la imagen personal del trabajador puede estar justificado cuando el cambio que se introduzca sea uno puramente temporal y poco importante (uso de uniforme en horas de trabajo), que responda sin embargo a necesidades muy relevantes del empleador (identificación por los pasajeros del personal de vuelo de una compañía aérea). Carecerá de justificación, en cambio, cuando imponga al mismo una modificación permanente y relevante (prohibición del uso de barba), en atención a consideraciones de menor peso (“mejorar la apariencia” del personal de un establecimiento comercial)⁽³³⁾.

La que se acaba de destacar es una valoración de carácter empírico que debe ser realizada tanto respecto de la pretensión del sujeto afectante como del afectado, teniendo en cuenta en ambos casos la probabilidad, el alcance y la intensidad del sacrificio que cada uno de los sujetos experimentaría de forma respectiva en el disfrute de sus derechos de no poder llevar a cabo su ejercicio o de tener que soportar la restricción que en ellos introduce este⁽³⁴⁾.

Es importante observar, en cualquier caso, que este tipo de valoración de orden cuantitativo puede y debe ser realizada no solamente cuando nos encontremos ante el ejercicio de prerrogativas empresariales que limiten derechos fundamentales de los trabajadores, sino en el

nell y GRÁNDEZ CASTRO, P. (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 35-36, especialmente.

(33) En general sobre el tema, con un planteamiento analítico como el expuesto, GONZÁLEZ BIEDMA, E. “La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema”. En: AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, 2006, pp. 673-694.

(34) Véase, con amplitud, BERNAL PULIDO, C. Ob. cit., p. 773 y ss.

supuesto contrario. Es decir, cuando lo que se someta a valoración sea más bien la expectativa de ejercicio de un derecho fundamental por los trabajadores capaz de restringir la esfera de decisión empresarial. Así, la ya mencionada exigencia del trabajador de adaptación de la jornada laboral al ejercicio de sus deberes religiosos no procederá, como es evidente, si ocasiona un grave quebranto a la organización empresarial. Pero sí, en cambio, cada vez que pueda ser satisfecha sin un sacrificio especialmente grave del empleador.

VI. UNOS MATIZADOS, PERO FINALMENTE POSITIVOS, RESULTADOS

Como se habrá podido apreciar, las respuestas a las que es posible llegar en aplicación del esquema de razonamiento que ha sido sintetizado en las páginas precedentes se encuentran bastante alejadas de la primacía que terminan por atribuir al interés empresarial las versiones del principio de proporcionalidad más difundidas entre la doctrina laboralista, ya que postulan la limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores solo en casos excepcionales, en los que resulte claro que se les ocasiona un daño inferior al que sufriría el empleador en caso contrario o se encuentra en juego la operatividad del contrato de trabajo o la tutela de algún otro bien o derecho igualmente garantizado por la Constitución. Es más, incluso promueve la acomodación del marco contractual al ejercicio por los trabajadores de esos derechos, cuando no se deriven de esta perjuicios extraordinarios para el empleador. Sin embargo, a la vez, impide que la libertad de empresa se vea sacrificada cada vez que se exija de ella un sacrificio desproporcionado. Y hace posible que se le atribuya incluso prioridad, no con carácter general naturalmente, pero sí siempre que su garantía demande una restricción menor del derecho fundamental del trabajador.

Naturalmente, estos matizados resultados se encuentran lejos del mito de la vigencia absoluta de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo y de la construcción de la idílica “ciudadanía de empresa”, por completo impermeable a los requerimientos empresariales. Pero cerca, en cambio, de los márgenes posibles para su aplicación en el marco de sociedades democráticas complejas, caracterizadas por la coexistencia de intereses y valores distintos en permanente tensión, como son aquellas en las que nos ha tocado vivir.

No se me oculta, por lo demás, la especial dificultad que supone para el intérprete la aplicación del principio o test de proporcionalidad tantas veces mencionado, aún con las observaciones realizadas. La ponderación es por

su propia naturaleza una operación compleja y potencialmente polémica, en la medida en que, como apunta Prieto Sanchís, se efectúa en su parte esencial “sin red normativa”, a partir de valoraciones respecto de las cuales no tiene por qué producirse necesariamente un acuerdo intersubjetivo.⁽³⁵⁾ A despecho de estas dificultades, me parece evidente que la fortaleza del mismo radica en que nos provee de un método de razonamiento para la solución de una cuestión ineludible, desprovista además hasta ahora de criterios claros de solución, superando de tal modo el “déficit argumentativo” en el que la misma se encontraba sumida⁽³⁶⁾. Por lo demás, como es fácil de advertir, detrás de cada uno de los sucesivos pasos del test de proporcionalidad se sitúan garantías que, sin alimentar una expansión incontrolada de los mismos, favorecen una mayor vigencia y respeto de los derechos fundamentales de la persona en general en la vida social, y por tanto también de los de tal naturaleza que corresponden al trabajador.

No creo, finalmente, que los laboristas nos encontremos peor preparados que los juristas de otros campos del Derecho para llevar a cabo esta tarea. Al fin y al cabo, como se ha apuntado, la misión del Derecho del Trabajo a lo largo de su historia –y, por tanto, también la de los juristas del trabajo– no ha sido otra que, precisamente, la de llevar a cabo “una adecuada ponderación entre la mera racionalidad económica y la racionalidad social”⁽³⁷⁾.

(35) PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 204.

(36) Como apunta UGARTE CATALDO, J. L. “Privacidad, trabajo ...”. Ob. cit., p. 205.

(37) Dicho con palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO, M. “Derecho del Trabajo y racionalidad”. En: *Relaciones Laborales*, 2006, núm. 5, p. 63.