
CONFLICTOS Y LÍMITES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON EL TRABAJO

CONFLICTS AND LIMITS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS LINKED TO WORK

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto (Venezuela). Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Anterior Vice-Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas de Venezuela.

ohernandez07@gmail.com

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay. Miembro Correspondiente de la Academia Brasileira de Derecho del Trabajo.

jrosen@adinet.com.uy

Fecha de envío: 27/09/2023

Fecha de aceptación: 02/10/2023

CONFLICTOS Y LÍMITES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON EL TRABAJO

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Sabido es que los criterios clásicos de resolución de la contraposición de normas jurídicas (jerárquico, cronológico y de especialidad), no operan adecuadamente cuando la antinomia se produce entre diferentes derechos fundamentales invocables. De allí que una vasta elaboración doctrinaria y jurisprudencial se haya inclinado por otras técnicas jurídicas, consistentes en ponderar y determinar el orden de prevalencia de uno u otro derecho fundamental en cada caso concreto. Este proceso selectivo, conocido también como “balancing test”, procura establecer cuál de los derechos fundamentales ha de ser considerado como de mayor peso y, por lo tanto, prevalecer frente a otro u otros derechos, también fundamentales, que, sin ser derogados, sin embargo, resultan desplazados según cada situación examinada. Sucede que la técnica de la ponderación es criticada porque, en definitiva, está sujeta a una interpretación y valoración subjetiva del operador jurídico. Valoración subjetiva del intérprete, que, por otra parte, no siempre es predecible y, en consecuencia, impide establecer un patrón general para la solución de casos similares. De allí que otras construcciones técnicas se inclinen por considerar que no existe un auténtico conflicto entre derechos fundamentales, sino que lo que importa por sobre todo es determinar los límites de aplicación de tales derechos. En este caso, lo que debería determinarse es si la conducta que ha de juzgarse, aplicándose las normas jurídicas vigentes al caso concreto, encuadra o no dentro los límites de esos derechos. Y más aún, en opinión de los autores, siendo que

en general, los derechos laborales suelen ser reconocidos como fundamentales, cuando se presentan conflictos entre éstos, debería analizarse si la conducta de las partes se encuadra dentro de los límites de los derechos en juego, tomando en cuenta los particularismos del Derecho del trabajo y muy especialmente los principios que inspiran la disciplina laboral.

Palabras clave: Derechos fundamentales - Técnicas de ponderación - Proporcionalidad - Particularismos del Derecho laboral - Principios del Derecho laboral

Sumario: 1. Introducción. 2. Ejemplos que con frecuencia se plantean en la praxis. 3. La bifurcación conceptual entre colisión de reglas y colisión de valores o derechos abstractos. 4. Dilemáticas en el terreno de lo jurídico para la resolución de conflictos que involucran principios o valores. 5. El “balancing test”. 6. La ponderación de derechos fundamentales contrapuestos en el ámbito de la empresa donde se desenvuelve trabajo subordinado. 7. Problemas que presenta la técnica de la ponderación. 8. ¿Desplazamiento de un derecho fundamental por otro o lógica determinación de los límites de los derechos? 9. Análisis de la operatividad de los criterios a la luz de un ejemplo supuesto. 10. Comentario de una sentencia que recepciona el criterio propuesto. 11. La contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral. 12. Conclusiones.

Abstract: It is well known that the classic criteria for resolving the conflict of legal norms (hierarchical, chronological and specialty) do not operate properly when the antinomy occurs between different fundamental rights that can be invoked. Hence, a vast doctrinal and jurisprudential elaboration has leaned towards other legal techniques, consisting of weighing and determining the order of prevalence of one or another fundamental right in each specific case. This selective process, also known as "balancing test", seeks to establish which of the fundamental rights must be considered as of greater weight and, therefore, prevail over another or other rights, also fundamental, which, without being repealed, however, are displaced according to each situation examined. It happens that the weighting

technique is criticized because, ultimately, it is subject to a subjective interpretation and assessment by the legal operator. Subjective assessment of the interpreter, which, on the other hand, is not always predictable and, consequently, prevents establishing a general pattern for the solution of similar cases. Hence, other technical constructions are inclined to consider that there is no real conflict between fundamental rights, but that what matters above all is to determine the limits of application of those rights. In this case, what should be determined is whether or not the conduct to be judged, applying the legal rules in force to the specific case, falls within the limits of those rights. Moreover, in the opinion of the authors, since in general, labor rights are usually recognized as fundamental, when conflicts arise between them, it should be analyzed whether the conduct of the parties falls within the limits of the rights at stake, taking into account the particularisms of labor law and especially the principles that inspire labor discipline.

Key words: Fundamental rights - Weighting techniques - Proportionality - Particularities of labor law - Principles of labor law

Summary: 1. Introduction. 2. Examples that frequently arise in practice. 3. The conceptual bifurcation between collision of rules and collision of abstract values or rights. 4. Dilemmatics in the legal field for the resolution of conflicts involving principles or values. 5. The "balancing test". 6. The weighing of conflicting fundamental rights in the field of the company where subordinate work is carried out. 7. Problems with the weighting technique. 8. Displacement of one fundamental right by another or logical determination of the limits of rights? 9. Analysis of the operability of the criteria in the light of an assumed example. 10. Commentary on a judgment that accepts the proposed criterion. 11. The contradiction of fundamental rights in the workplace. 12. Conclusions.

1. Introducción

Notoriamente muchos son los derechos laborales reconocidos como derechos fundamentales en los principales instrumentos internacionales sobre la materia¹. En el listado de derechos humanos contenidos en cada uno de estos instrumentos, figuran los más importantes derechos de los trabajadores: derecho al trabajo y a la libertad de trabajo, a la limitación de la jornada y el descanso, a la remuneración justa, a la libertad sindical y negociación colectiva, a la seguridad social, etc.²

En general se acepta que una parte importante de los derechos del y en el trabajo, forman parte del elenco de los derechos económicos, sociales y culturales, a la vez que otros derechos muy trascendentes (como es el caso de los derechos colectivos) interactúan en forma necesaria con los derechos civiles y políticos.

De allí que deba sostenerse que los derechos humanos ingresan al sesgo o transversalmente en el Derecho laboral y de la Seguridad social. Consideramos que el punto de partida reside en el trabajo y en su “especial” protección por la ley, todo lo que conforma un valor fundamental para la conciencia de la comunidad universal.

Y en ese ingreso de los derechos humanos en el Derecho del trabajo, han jugado también un importante rol las Cartas fundamentales a través de los sucesivos procesos u oleadas del constitucionalismo social³. Es notorio, incluso, que muchas de ellas han incorporado los derechos humanos como género “normativo” en su propio ámbito y, además, se ha abierto camino la aplicación directa del Derecho internacional, comprendiendo las principales Convenciones,

¹ Por sólo referenciar los ejemplos más relevantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y numerosos Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT que desarrollan muchos de aquellos derechos.

² NEVES MUJICA, Javier. Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral, en Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 43-44, 1990, Lima.

³ MURGAS TORRAZZA, Rolando. El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos, en revista Derecho Laboral N° 250, abril - junio 2013, Montevideo.

Pactos, Declaraciones y Convenios Internacionales del Trabajo, así como Tratados de integración regionales que no sólo se han limitado a lo económico y comercial, sino que extendieron su brazo aplicativo a los aspectos sociales y laborales que acompañan estos procesos económicos, productivos y comerciales.

Recordemos que el trabajador es antes que nada persona y también ciudadano y como tal, titular de otros derechos generales, no específicamente laborales, pero que le acompañan inherentemente en el ámbito del trabajo⁴.

En América Latina, más allá de los grandes enunciados, sin embargo, suelen verificarse llamativos grados de ausencia de normas reguladoras concretas sobre el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Consecuentemente esto se proyecta también en la imprevisión regulatoria y procedimental de sus garantías y protección.

La dogmática laboral no dispone de elementos suficientes para enfrentar muchas de las cuestiones decisivas que emanan de los derechos fundamentales, siendo necesario recurrir entonces a otras disciplinas jurídicas, como el Derecho constitucional y de los derechos humanos, además de la propia Filosofía del derecho.

Ello ocurre muy especialmente con relación a las técnicas a emplear para la interpretación, integración y aplicación de los mismos, problemas operativos ventilados en general en contiendas judiciales y que derivan de la puesta en funcionamiento de aquellos derechos en el mundo real.

Con bastante frecuencia se producen en el trabajo y en su ámbito natural de desenvolvimiento (la empresa como unidad productiva), “agresiones”, “embates” y “colisiones” de derechos fundamentales entre sí. En especial, porque como correlato de un derecho fundamental lesionado, siempre existe otro derecho u otro principio de rango constitucional, que puede resultarle oponible y hasta contradecirle.

De allí que Baquerizo Minuche señale que:

⁴ ROMAGNOLI, Umberto. El futuro no será el que una vez fue, en Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales N° 10, 2015, págs. 15-18.

...el denominador común de los conflictos de derechos fundamentales consiste en que estos derechos, aun perteneciendo al mismo cuerpo constitucional, y por tanto teniendo muchas veces la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas⁵.

Preliminarmente resulta constatable que no les son aplicables los criterios o reglas de jerarquía, temporalidad y especialidad del derecho común, para resolver los conflictos normativos que se presentan en un sistema de fuentes plural⁶. Porque cuando hablamos de derechos fundamentales, no es posible ajustar la primacía de los derechos enfrentados entre sí según estas reglas del derecho privado o público.

2. Ejemplos que con frecuencia se plantean en la praxis

No es otra la intención más que citar algunas de las numerosísimas situaciones que en la práctica cotidiana, constituyen ejemplos de colisiones de derechos en contextos como los que vienen de exponerse.

En primer lugar, muchas son las situaciones en las que el empleador ejercita actos propios de su poder de dirección que pueden agredir derechos fundamentales del trabajador. Esquemáticamente desarrollamos de modo apenas enunciativo, algunas hipótesis que suelen verificarse en el nivel de las relaciones individuales de trabajo.

a) Imposiciones sobre el aspecto personal (o de presencia) del trabajador:

Uso de barba o bigote, piercings, cabellos teñidos con colores llamativos, obligaciones sobre uso de medias transparentes impuestas a la mujer, exigencia

⁵ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, en Revista Jurídica de Derecho Público No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009 y <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf>.

⁶ Explicamos esto en términos sencillos. La jerarquía implica que normas de inferior rango no pueden contravenir a las superiores. La temporalidad se aplica cuando las normas que poseen el mismo rango y por tener la misma fuerza normativa, se contradicen entre sí. Para salvar este choque, prevalece la que es posterior en el tiempo, ya que se entiende que ha derogado a la anterior. Y la especialidad determina que las normas especiales privan sobre las generales de igual jerarquía.

o prohibición de usar polleras o faldas muy cortas, no uso de bermudas a los hombres, prohibición del uso de velo.

b) Controles ejercidos sobre el físico del trabajador:

Revisiones corporales al salir del lugar de trabajo, controles biométricos como la huella digital, los patrones faciales, las retinas, el iris o la geometría de la palma de la mano, empleando rayos inclusive.

c) Controles de movimiento y desplazamientos:

Geo localización para saber, en todo momento, dónde están los empleados (dentro y fuera de la empresa y aun en horas de descanso intermedio), sea por los vehículos que manejan u ocupan, o por la propia persona que porta un celular.

d) Controles sobre el uso de otros elementos técnicos:

Aplicaciones móviles para smartphones, tablets y laptops, que permiten llevar un control de su uso por el trabajador dentro y fuera de la empresa desde una plataforma de ésta, time trackers con programas informáticos que miden cuando arranca y apaga el ordenador, proxys de bloqueo, en especial "blacklist", donde el listado recoge las direcciones web no permitidas, respaldo de las comunicaciones por mail o ingresos a internet, filmación y hasta grabación de audio de los trabajadores en el desempeño de las tareas o en cualquier momento en áreas físicas de la empresa.

e) También coexisten situaciones que se plantean antes de la contratación del empleado:

Sometimiento a tests psico-técnicos que indagan aspectos de la intimidad personal durante el proceso de selección, prohibición de ejercer determinada profesión o actividad después del cese del contrato de trabajo (cláusulas de no competencia).

Parece claro que muchos de los casos planteados pueden percibirse de manera invasiva y agresiva por parte de los trabajadores, por sentirse potencialmente afectados en su dignidad y honra personal, privacidad, intimidad, integridad física o moral, seguridad, inviolabilidad de correspondencia, igualdad y derecho a no ser discriminado, libertad de conciencia, libertad de trabajo y su libre elección, imagen, etc.

Correlativamente, es en otro plano, el de las relaciones colectivas de trabajo, que se configuran fuertes choques de intereses, debido precisamente a la convivencia de derechos fundamentales que en forma inevitable dañan o conculcan derechos que se les contraponen. El ejercicio por los trabajadores y sus sindicatos de la huelga, las ocupaciones de los lugares de trabajo, la práctica de piquetes pacíficos, por un lado, y el derecho de ejercicio de la libertad de empresa y de propiedad del empleador, por el otro. Y en muchas ocasiones, hasta derechos fundamentales entre iguales, como la ocupación de quienes desenvuelven el conflicto y el derecho a trabajar de quienes no acompañan las medidas de presión; o el cierre patronal de la empresa principal y los derechos de industria o comercio de otras empresas (proveedoras, transportistas, depositantes, etc.).

3. La bifurcación conceptual entre colisión de reglas y colisión de valores o derechos abstractos

El problema cobra particular trascendencia cuando son los principios consagrados constitucionalmente, los que protagonizan este tipo de antinomias.

En tal caso resulta razonable preguntarnos si asistimos a verdaderos conflictos entre normas. Porque lo que sucede es que cuando hay colisiones entre diferentes derechos humanos, éstos en realidad representan valores o principios éticos, y no siempre y necesariamente constituyen normas (o reglas) jurídicas desarrolladas y reguladas *in extenso* por el ordenamiento vigente en cada país. Es el caso, a vía de ejemplo, del derecho de libre empresa y la dignidad o intimidad del trabajador.

Eso ocurre porque, a nuestro juicio, los derechos fundamentales para ser tales, no requieren estar consagrados expresamente por el derecho positivo. Se trata de derechos que no nacen de la Constitución; a lo sumo, las normas constitucionales lo que hacen posteriormente a su implantación, es reconocerlos o declararlos como derechos en vigor, con la finalidad de hacerlos ingresar al derecho positivo.

Entonces, como los derechos fundamentales existen antes que el Derecho⁷, el Estado debe respetarlos y garantizarlos. Esto traduce las ideas expuestas por Kant en cuanto a que primero está la humanidad y después devienen los derechos.

Agregamos que se trata de derechos que pertenecen naturalmente a las personas, en tanto seres libres y dotados de vida, libertad, conciencia, honra y dignidad (entre otros valores), que son reconocidos luego como sus derechos básicos por la única condición de hacer parte del género humano.

Y si valoramos el progreso del estado de derecho a lo largo del tiempo, veremos que existe una tendencia amplia en el mundo en cuanto a que los propios sistemas nacionales de Derecho son los que prioritariamente se ocupan de positivizar tales principios a través de su incorporación al ordenamiento jurídico como normas internas (muchas veces, de rango constitucional).

Por ello es que existen muchos derechos fundamentales implícitos que derivan de contenidos absolutamente nuevos. Devienen derechos fundamentales tácitamente aceptados como un ideal común de la comunidad en su conjunto.

Se ha ilustrado el aserto, señalando que casi hasta entrado el siglo XX, sobre la huelga no había una convicción de que se trataba de un derecho. Las luchas obreras lograron hacer entender que el conflicto es un elemento inseparable de la relación entre capital y trabajo, porque existen intereses que se oponen (de un lado y del otro de la relación jurídica, económica y social que genera aquel vínculo).

De allí que se sostenga que los derechos humanos son, ante todo, “valores” que “poseen una dimensión histórica determinada”⁸ y que cristalizan como tales generalizadamente en el seno de la conciencia ciudadana⁹.

⁷ Exposición de DE BUEN UNNA, Carlos, en VI Seminario Internacional y Comparado sobre Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Isla Margarita, Venezuela, mayo de 2016.

⁸ SORONDO, Fernando. Los Derechos Humanos a través de la Historia, en Revista Educación y Derechos Humanos, Año II, N° 3, 1988, Ed. Servicio Paz y Justicia, Montevideo.

⁹ Ha de reconocerse, no obstante, la dificultad de los procesos de homogenización contemporáneos, tanto desde la perspectiva de quienes defienden los criterios de preeminencia de una diversidad cultural entre los pueblos, y quienes abogan por un individualismo extremo al punto de preconizar que cada persona es libre de elegir sus propias normas y valores. (Conf. ÚBEDA DE TORRES, Amaya. Democracia y derechos humanos en Europa y en América, Ed.

4. Dilemáticas en el terreno de lo jurídico para la resolución de conflictos que involucran principios o valores

Tratándose de principios éticos, plantean verdaderas dificultades para el razonamiento o el discurso jurídico.

Tal como lo señala Alexy, “los principios racionales y la argumentación moral generales, no son suficientes para resolver controversias jurídicas”¹⁰. “...Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales”.

De allí el aprieto en el que solemos caer los juristas para resolver estas antinomias que exceden el terreno y las técnicas de lo normativo. Este tipo de problemas exige acudir a técnicas diferentes a las que nos brinda la ciencia jurídica a la hora de interpretar, integrar o aplicar aquellos derechos humanos.

Una presentación simplificada para su análisis, nos permite reseñar tres premisas.

En primer lugar, los valores o principios ius-fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, para todos los ámbitos del Derecho. Enfrentamos, pues, un “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico. Lo que provoca que los derechos fundamentales se vuelvan “ubicuos”¹¹.

En segundo término, cuando se examina la estructura de los valores y los principios en la realidad dinámica, puede verificarse objetivamente que unos como otros tienden a colisionar con frecuencia. Se trata de choques inevitables en la práctica, derivados de la naturaleza de las acciones humanas.

Reus, 2007, citando a FILIBECK, Giorgio, Les droits de l'homme entre éthique et politique dans la vie de la communauté internationale).

¹⁰ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales.

¹¹ ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en El canon neo-constitucional, Coordinación Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo García Jaramillo, 2010.

Y, en tercer lugar, ha de tenerse presente que ningún derecho es absoluto¹²; todos son relativos, al punto que deben ceder terreno frente a otros derechos también fundamentales, si una determinada circunstancia así lo impone.

La mayor dificultad radica en encontrar el método para definir cada circunstancia (que en general resulta de la casuística) y efectuar la valoración de la misma (que debería resultar lo más objetiva posible), para así arribar a una conclusión aplicable al caso concreto.

De allí que reconozcamos que una confrontación entre principios sólo puede resolverse por otros caminos o técnicas distintas a las que viabilizan la solución de las controversias entre simples normas.

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha demostrado una preferencia nítida por la técnica de la ponderación¹³, encaminada no por criterios jurídicos, como los de la jerarquía, temporalidad o especialidad de las normas (según lo mencionáramos *supra*), sino por juicios de valor y apreciación ética (recurriendo a la equidad, más que al Derecho).

5. El “balancing test”

En ese contexto es que se ha ido generalizando un mecanismo técnico denominado “balancing test”, que constituye un juicio de ponderación para la búsqueda de la solución más adecuada y racional ante el enfrentamiento entre valores o principios contrapuestos. En términos teóricos, se trata de un procedimiento apreciativo que procura sopesar los derechos y su importancia en cada caso concreto, determinando lo más equitativamente posible cuál de ellos ha de preponderar por sobre el otro u otros.

Sirve para poner cada derecho en un platillo de la balanza y a partir de esa medida, argumentar cuál pesa más y “cuál debe rendirse” frente al otro¹⁴.

¹² O casi ninguno, según nuestra escala de conciencia en la ponderación sobre la vida y la libertad, por ejemplo.

¹³ ALEXY expresa que “una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”.

¹⁴ ORREGO SANCHEZ, Cristóbal. Supuesto conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, N° 2, 2010, citando a SERNA, Pedro

Esta operación involucra una determinación fundada de argumentación del Juez cuando aplica el derecho, provocando el desplazamiento de uno de los derechos que se enfrentan.

6. La ponderación de derechos fundamentales contrapuestos en el ámbito de la empresa donde se desenvuelve trabajo subordinado

Los derechos fundamentales trasvasan las paredes permeables de la empresa, que constituye el ámbito laboral histórico en el que funcionan los procesos productivos, comerciales o de prestación de servicios. Es así que el trabajador, además de persona, se convierte en titular de derechos fundamentales en su rol específico de prestador dependiente del trabajo.

Como se ha dicho, la “ciudadanía de empresa” pretende conformar un elemento democratizador respecto del espacio y poder empresarial, ampliando la esfera de los derechos laborales, de modo que el trabajador goza y ejerce aquellos derechos atributivos del trabajo y además los que le resultan inherentes como persona y ciudadano. Esto provoca que se elaboren más límites al poder de dirección del empleador¹⁵.

Con destacada sagacidad, Palomeque y Álvarez de la Rosa son los autores a quienes se atribuye la incorporación de la terminología “derechos laborales inespecíficos” para hacer referencia a la vigencia de una amplísima gama de derechos fundamentales en el trabajo que no necesariamente surgen enunciados por el ordenamiento normativo¹⁶.

Pero al preguntarnos qué sucede en la realidad, descubrimos cuán exiguo es el grado de democracia que existe dentro de la empresa, así como cuán

y TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, Buenos Aires, 2000, Ed. La Ley.

¹⁵ COLMENARES BASTIDAS, Ana María. Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM (página web www.juridicas.unam.mx).

¹⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, José Manuel, Derecho del Trabajo, Madrid, 1993, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. José Luis GOÑI SEIN precisa aún más el origen de esta expresión, y la atribuye al primero de los autores (es en el prólogo del libro de ROJAS RIVERO, G., La libertad de expresión, Trotta, Madrid, 1991, pp. 7-9, donde utiliza por primera vez esta expresión, citando en Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?).

teórico el real ejercicio de ciudadanía laboral del que efectivamente goza el trabajador.

La antinomia más frecuente en este marco es aquella en la que usualmente confrontan el principio de la libertad de empresa (cualquiera sea la forma en que éste se encuentre reconocido en los distintos países), con algún derecho fundamental del trabajador o de los trabajadores en general.

El juicio de ponderación propone basar la elección de cuál será el derecho prevalente que habrá de desplazar al otro a través de una operación intelectual sobre la que han trabajado arduamente los filósofos del derecho; entre ellos, el más nombrado suele ser Alexy, quien llega a construir fórmulas contentivas de reglas de inferencias para fundar ese método¹⁷.

Lo que suele proponerse es realizar tres juicios de valor acerca de la limitación o el desplazamiento que pretende imponer la empresa con un acto concreto, respecto de un derecho fundamental del trabajador.

Un primer juicio recaerá sobre la adecuación del acto (conducta, imposición, pretensión). Equivale –en nuestro concepto- a averiguar si se trata de la medida más idónea o apropiada para obtener el fin que persigue el empleador; o más perfectiblemente, si la misma responde a una causa objetivamente comprobable.

Una segunda opinión valora su necesidad, vale decir, si se trata del único recurso disponible al que puede apelar la empresa.

Y, por último, un tercer dictamen que pondera su proporcionalidad, o sea, si ello resulta de un equilibrio razonable.

Ha sido y es a través de estos criterios metodológicos que la jurisprudencia procede a abordar la resolución de conflictos internos entre derechos fundamentales, a la vista de la pobreza o escasez de normas reguladoras (legales o convencionales) del ejercicio de esos derechos fundamentales del trabajador¹⁸.

¹⁷ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, 1993, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 111 y sigs.

¹⁸ A vía de ejemplo, la Corte Constitucional en Colombia describe el proceso en forma descriptiva, señalando que: *“el juicio de ponderación implica el análisis de las siguientes etapas, a saber:*
a. *Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla: para superar este análisis, la medida adoptada, que implica una restricción de derechos, debe (i) ser*

7. Problemas que presenta la técnica de la ponderación

La solución de aquellos casos en que se pueden presentar soluciones contradictorias provenientes de la aplicación de uno u otro derecho fundamental, presenta especiales dificultades a la hermenéutica jurídica. Ésta, concebida en sus términos tradicionales, ofrece, como se ha visto, soluciones muy claras a los casos en que diversas normas jurídicas entran en conflicto para la solución de un caso concreto. Los criterios de temporalidad, jerarquía y especialidad, anteriormente referidos, permiten al operador jurídico solucionar el conflicto de una manera clara y sencilla.

El operador jurídico no requiere enfrentar mayores problemas de interpretación ni de valoraciones jurídicas ni éticas para determinar, ante un determinado caso, cuándo una norma es jerárquicamente superior, es de más reciente vigencia o forma parte de una regulación especial de la materia a que dicho caso se refiere. Pero ya hemos visto las razones que determinan que esos criterios, tan claros y objetivos, no son mayormente útiles cuando se trata de derechos fundamentales.

En este caso, como se ha indicado, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que se viene de comentar indica que el operador jurídico debe enfrentarse a una técnica de ponderación que le permitirá determinar cuál derecho fundamental debe ceder frente a otro. Y eso sí requiere un delicado proceso argumentativo de interpretación y valoración. De los tres juicios utilizables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, los dos primeros, si bien requieren una ingente tarea de interpretación, al menos ofrecen al operador jurídico ciertas bases objetivas en las cuales puede sustentar sus conclusiones.

legítima desde una perspectiva constitucional y (ii) ser adecuada para conseguir la meta propuesta, es decir, los medios deben ser aquellos que permitan alcanzar efectivamente el fin perseguido.

b. La necesidad de la limitación: consiste en un análisis que permita establecer si la finalidad perseguida con la medida restrictiva de derechos puede alcanzarse mediante mecanismos menos lesivos para los derechos y principios interferidos.

c. La proporcionalidad. Esta etapa se basa en la realización de un estudio de los costos y beneficios de la medida sometida a control constitucional. Así, una medida es ajustada a la Constitución siempre y cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr en una relación de costo – beneficio” (fallo de 04/08/2017 de la Sala Octava de Revisión).

Pero el tercer juicio, el de la proporcionalidad, implica un mayor nivel de subjetividad, ya que va a corresponder al intérprete determinar, de acuerdo a su propio criterio y a su propia valoración, no solamente jurídica, sino también ética, cuál de las soluciones posibles es más acorde con el sistema de valores propios del respectivo ordenamiento jurídico, la que se logra dando preferencia, en el caso concreto, a uno u a otro de los derechos fundamentales cuya aplicación se pretenda.

Esta técnica, según apunta Ignacio Villaverde, “determina que el límite a los derechos fundamentales ya no deriva de una norma constitucional, sino de la resolución ponderada que haga el juez en cada caso concreto”¹⁹. Como consecuencia de ello, se corre el riesgo de que los jueces, en virtud de ese vastísimo poder de interpretación del que pueden hacer uso para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, incurran en un papel diferente al que constitucionalmente les corresponde y, en lugar de limitarse a aplicar el Derecho, asuman la generación de reglas jurídicas.

En este sentido, Arese señala que la ponderación “implica un riesgo de deconstruir el sistema ideado por el legislador, supra nacional o nacional, vale decir, colocar en manos de los jueces, la generación de normas, la generación de derechos, que pueda ir en contra del propio sistema normativo constitucional”²⁰. En orientación similar, Barrero Berardinelli dice:

“Tampoco creo que la apertura de los principios a la interpretación los convierta en tipos constitucionales en blanco a ser llenados de manera irrestricta por el operador jurídico, pues estos no revisten tal grado de generalidad como para que las operaciones que con ellos se realicen sean ilimitadas en la materia”²¹.

Por eso, puede considerarse que esta subjetividad es el “talón de Aquiles” de la técnica de la ponderación.

19 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, Los límites a los derechos fundamentales, en Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Tecnos. 2004.

20 ARESE, César, en Seminario sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitasfundacion.com/aulavirtual/>

21 BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio, El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958, 20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 213-246 (2012).

Entre las observaciones críticas que pueden hacerse a la técnica de la ponderación es que uno de sus pilares de sustentación, cual es la distinción entre principios y reglas, ha venido perdiendo validez, especialmente en el área de los derechos sociales, por cuanto el nuevo constitucionalismo social ha determinado una tendencia a la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales que consagran derechos, incluso cuando lo hagan en forma general. Ello comporta que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, aun cuando lo sean en forma genérica, puedan tener prevalencia frente a reglas concretas legislativas, al punto de que se ha dado el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de normas legislativas o reglamentarias que regulan específicamente una materia, por cuanto se han considerado contrarias a un principio constitucional

Por su parte, Barrero Berardinelli señala:

la mayor dificultad de esta técnica interpretativa no está dada por determinar cuál norma prevalece, sino por identificar si una determinada disposición es un principio o una regla constitucional, porque en una misma puede estar contenido a la vez un principio y una regla, como en efecto ocurre en el contenido dispositivo del artículo 11 de la Constitución colombiana, relativo al derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, o por ejemplo, en el caso del artículo 29 superior, en el que comparten lugar un conglomerado de subprincipios y subreglas que integran el debido proceso.

Para luego apuntar que el riesgo de la ponderación está dado no solo por el alto grado de discrecionalidad que le asiste al operador jurídico, que es:

quien tiene la llave maestra que resuelve las colisiones...sino, adicionalmente, porque los principios, al ser concebidos como mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales, esto hace que los derechos de contenido social no sean tan exigibles, ya que no pasan a ser obligaciones objetivas para el Estado, en tanto que debe garantizarlos únicamente si puede y no si debe, supeditando así las obligaciones de naturaleza social a la capacidad asistencialista del Estado y no a la necesidad humana. De esta manera, el principio de la progresividad de los derechos sociales queda desprovisto de toda fuerza normativa y condenado a no permitir el tránsito

decidido del ineficiente Estado social de derecho al auténtico estado de dignidad social²².

Es de observar que el mismo Alexy, como lo señala Covarrubias, “con posterioridad a su Teoría General, ha alterado el alcance fuerte de la distinción, al afirmar que hay un sentido amplio de los derechos fundamentales donde son formulados como principios, y otro estricto, donde son observados “como regla”²³.

Por último, se ha criticado el lenguaje empleado por la técnica de la ponderación. Así, Barrero Berardinelli apunta:

con el tiempo, los métodos de interpretación basados en la ponderación han adquirido un lenguaje cifrado, tanto en el test de igualdad norteamericano desarrollado mediante niveles de intensidad desde 1920, así como en el test de proporcionalidad europeo utilizado desde 1958 con la aplicación de subprincipios y la compleja mezcla resultante de la fusión entre estas dos metodologías que desde el 2001 se hizo en Colombia y que fue bautizado Test Integrado o Test de Razonabilidad, es poco más que un jeroglífico, propio de élites de conocimiento que convierten en fórmulas complejas el elemental concepto de la justicia: Esto se evidencia con mucha claridad, por ejemplo, en la confusa operación del balanceo, refinada por una escala tríadica: leve, moderada y seria, que en definitiva conduce a una falta de certeza empírica, normativa y aplicativa de todo orden²⁴.

8. ¿Desplazamiento de un derecho fundamental por otro o lógica determinación de los límites de los derechos?

Una de las doctrinas que critica la técnica de la ponderación, parte de considerar que en aquellas situaciones en que un determinado caso puede ser objeto de soluciones contradictorias por encontrarse involucrados en dicho caso dos o más derechos fundamentales cada uno de los cuales apunta hacia una diversa solución, no existe un conflicto entre los derechos fundamentales

²² Ibidem.

²³ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy, REVISTA IUS E PRAXIS, Año 24, Número 3, 2018. pp. 477-524.

²⁴ BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio, ob. cit. en nota 3.

aparentemente en pugna, sino un problema de determinación de los límites de cada uno de esos derechos. En este sentido, Presno Linera afirma:

Hemos venido hablando de conflicto «aparente» de derechos porque, en rigor, no hay tal enfrentamiento entre ellos, entre la libertad de expresión y el derecho al honor, entre la libertad ideológica y el derecho a la salud, sino que ese «conflicto», de existir, sería entre el derecho fundamental en cuestión –la libertad de expresión o la libertad ideológica, por ejemplo– y los límites, internos o externos, que quepa derivar del texto constitucional.

Este autor entiende por límites internos “a los dispuestos explícitamente por la Constitución (los «límites positivos) y a los que derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional («límites inmanentes» o «lógicos»); son «externos» los creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución”.

Son estos límites”, agrega, “los que nos ayudan a resolver las situaciones en las que, por seguir con el ejemplo ya comentado, tanto la persona que ha emitido una información o formulado una expresión como la que se ha sentido lesionada en sus derechos al honor, la intimidad o la propia imagen, pretenden contar con el amparo constitucional. En esta línea, el texto constitucional español ya prevé (artículo 20.4) que las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que las desarrollen y, «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». No puede haber, en suma, un conflicto porque si una expresión está constitucionalmente protegida es porque no ha menoscabado el derecho al honor y si ha lesionado este derecho tal cosa ocurre porque la expresión no podía considerarse un ejercicio de la libertad iusfundamental²⁵.

Si se adopta este punto de vista, no corresponde ya al juez dictar una resolución ponderada y necesariamente subjetiva para determinar cuál derecho fundamental debe prevalecer en el caso concreto.

Presno Linera sostiene que la técnica de la ponderación “no es constitucionalmente adecuada para resolver los conflictos (aparentes) entre

²⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales en 2016, *Liber Amicorum* homenaje al profesor Luis Martínez Roldán, Ediciones de la Universidad de Vigo, 2016, pp. 582 y 583.

derechos fundamentales; o al menos no lo es en el marco del sistema constitucional español que nace en 1978”. Señala que lo que procede:

es averiguar si una conducta concreta y controvertida –una expresión, una publicación en un medio de comunicación, la negativa a cumplir una obligación impuesta por una disposición jurídica...– está, o no, amparada por la norma de derecho fundamental. Para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme a un orden de valores o intereses preferentes en cada situación –la prevalencia de la que habla el Tribunal Constitucional–, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección²⁶.

En el mismo sentido, Ignacio de Otto dice:

si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como limitación para proteger otros bienes constitucionales muestran ser, en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no se precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ceder ante otros bienes constitucionalmente protegidos –por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– porque aquel tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho... Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico, en definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución²⁷.

Con esta misma orientación, Palomeque afirma:

“No se puede generalizar cómo se resuelve en la colisión entre derechos constitucionales, pues cada texto constitucional deberá establecer los mecanismos de respuesta para la solución del problema. No creo que se pueda

²⁶ Ibidem.

²⁷ DE OTTO, Ignacio, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, Obras completas, Universidad de Oviedo, CEPC, Oviedo, 2010, p. 1498.

formular una teoría general sobre la colisión entre derechos que valga para cualquier situación de tiempo”.

El autor pregunta y responde:

¿Cómo debe proceder el operador jurídico en este caso de colisión entre derechos que han sido recogidos estos derechos en plano de igualdad como derechos fundamentales por un mismo texto? Creo que debemos acudir a los propios criterios que el legislador constitucional ha establecido para resolver este problema. No lo podemos resolver a la luz o con arreglo a nuestras preferencias personales o a las preferencias personales de un juez a la hora de pronunciarse sobre este asunto. Por el contrario, tiene que ser resuelto por el operador jurídico con base en los criterios técnicos que el propio texto constitucional establece para resolver este problema. La técnica que utilizan los textos constitucionales en los diversos sistemas jurídicos es la noción de los límites de los derechos constitucionales. Y es que desde que se proclama un derecho constitucional o fundamental, el mismo aparece con determinados límites, límites que no vienen llovidos del cielo, sino que son establecidos por el propio legislador constitucional, conforme a sus opciones de política legislativa. Ningún derecho es ilimitado, salvo el derecho a la vida. Todos los demás derechos son limitados, en el sentido de que tienen límites externos, que no son límites derivados de una concepción material de los derechos desde el punto de vista de la dogmática filosófica o teórica, sino que son límites que se derivan de la conexión con otros derechos que son ejercidos simultáneamente por sus titulares en las diferentes esferas en las cuales se desarrolla ese ejercicio. Estos límites externos son los únicos posibles a tener en cuenta dentro de un análisis operativo si en un caso concreto se produce una colisión entre derechos. Así, pues, con el juego de los límites el ordenamiento jurídico pretende dar herramientas al juez que tenga que pronunciarse para resolver la controversia derivada de la colisión entre derechos, la cual es natural, forma parte de la fisiología del funcionamiento o del ejercicio de los derechos constitucionales o fundamentales. Por tanto, para resolver este asunto hay que acudir a un texto constitucional preciso y no a otra solución. Como dije anteriormente no se pueden formular soluciones generales sobre el tema, sino que hay que referirse a un ordenamiento concreto²⁸.

²⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, Conflictos y límites entre derechos fundamentales, en Revista Derecho del Trabajo, N° 26, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2023.

A nuestro juicio, esta manera de enfocar el problema proporciona una solución más adecuada que la que puede lograrse con la técnica de la ponderación, ya que elimina el riesgo de gran subjetividad que ésta comporta. Determinar los límites de un derecho para precisar el alcance de su aplicación a un caso concreto forma parte de la tarea ordinaria que corresponde al Poder Judicial. Mientras que con la ponderación, el juez ejerce un poder que excede las facultades ordinarias propias del Poder Judicial, pues debe determinar, según su valoración individual y, por tanto subjetiva, cuál derecho debe ceder frente a otro, con la técnica de la delimitación corresponde al juez, haciendo uso de sus facultades ordinarias de interpretar y aplicar la ley, determinar cuál de las conductas en conflicto sometidas a su consideración, está realmente amparada por el determinado derecho que se alega, por llevarse a cabo dentro de los límites de ese derecho y cuál conducta no lo está, porque en su desarrollo excedió los límites del derecho alegado. Ningún derecho, fundamental o no, es absoluto, sino que está limitado por la vigencia y el respeto debido a los otros derechos. Administrar justicia, empleando los mecanismos de interpretación y de integración de las normas jurídicas, y determinado sus límites precisos para poder constatar si una determinada conducta está ajustada o no a estos, es la competencia y la tarea cotidiana de los jueces. En ejercicio de esa competencia, los jueces podrán decidir aquellos casos en los cuales dos partes enfrenten sus posiciones, alegando cada una que las mismas se encuentran amparadas por un derecho fundamental.

9. Análisis de la operatividad de los criterios a la luz de un ejemplo supuesto

Emplearemos el recurso pedagógico de describir un ejemplo supuesto a los efectos de mejor ilustrar la operatividad de estos juicios en el ámbito laboral.

En una farmacia que es la única que se encuentra en una zona relativamente alejada del centro de la ciudad, y en la cual se ha constatado un importante nivel de sustracción de productos, el empleador, para evitarla, dispone que los familiares de sus trabajadores no puedan entrar a la farmacia.

En este caso, el empleador toma esa medida en ejercicio de su derecho fundamental a la propiedad y consecuentemente, a la dirección de la empresa. Pero esa medida afecta el derecho fundamental a la salud de los familiares de los trabajadores, los cuales, si necesitan con urgencia algún medicamento, se ven en dificultades de adquirirlo, pues no hay otra farmacia cercana. Si esta colisión de derechos se somete al examen de un juez, este, aplicando el juicio de idoneidad, debería declarar que el derecho a la salud de los familiares de los trabajadores prima frente al derecho empresarial a la dirección, ya que la medida tomada no es idónea para evitar la sustracción de productos.

En efecto, la sustracción de productos puede seguir ocurriendo, pues no hay evidencia de que la misma se lleve a cabo mediante la participación de los familiares, en complicidad con los empleados. No obstante, esa medida, los propios empleados, sin ayuda de los familiares o los clientes, pueden seguir sustrayendo productos. En consecuencia, no siendo la medida adoptada idónea para lograr el fin perseguido, el juez debería sentenciar su anulación, dando preferencia al derecho de los familiares de los trabajadores a su salud, y haciendo ceder, frente al mismo, el derecho del empleador a la propiedad y dirección de la empresa.

Si en la farmacia del ejemplo, el empleador ha logrado determinar que los productos sustraídos no están al alcance de los clientes, sino solamente de los empleados, resulta lógico y, además idóneo, que se tomen medidas de control sobre los empleados, para evitar la sustracción. En vista de ello, el empleador decide que los empleados deben ser requisados cada hora, para ver si en sus ropas tienen productos sustraídos. Aquí se produce un choque entre el derecho de dirección del empresario y el de los trabajadores a su intimidad y dignidad personal. Para la decisión de este conflicto, el juez debería considerar que, si bien la medida es idónea, pues sirve al fin de determinar si los trabajadores sustraen productos, no es necesaria, porque bastaría con una revisión en el momento de salir del centro de trabajo para hacer esa determinación.

En el mismo ejemplo, y partiendo del supuesto de que se haya determinado que solo los trabajadores pueden sustraer los productos, el empleador decide que, a la salida del centro de trabajo, los trabajadores deben

someterse a una revisión, para determinar si llevan productos sustraídos. Esta medida es idónea, porque su aplicación permite determinar si un trabajador sustrajo o no productos, y es necesaria, porque la única forma de hacer esa determinación es revisar a los trabajadores a su salida. Pero sucede que, para hacer la revisión, el empleador hace pasar a los empleados a una habitación, en la cual deben desnudarse para que la vigilancia pueda constatar si llevan artículos sustraídos en su ropa interior. Sometido el caso a la consideración del juez, este, aun acertando en forma positiva los juicios de idoneidad y de necesidad, debería enfrentar el juicio de proporcionalidad o de ponderación en sentido estricto, y considerar si la violación a la intimidad y la consiguiente humillación experimentada por los trabajadores resulta proporcional al interés legítimo del empleador, de cuidar su propiedad y evitar las sustracciones. En este caso, en una decisión razonable, el juez debería decidir que el derecho a la intimidad prevalece, y que el empleador debe emplear otro tipo de mecanismo de revisión que no comporte una flagrante violación al derecho del trabajador a su intimidad.

Aplicando el criterio que se acaba de exponer, en el ejemplo propuesto, el juez no tendría que ponderar los derechos del empleador a la propiedad y dirección de su empresa, los derechos de los familiares de los empleados a su salud y los derechos de estos últimos a su dignidad personal e intimidad, ni determinar cuál de esos derechos debe prevalecer frente a otros derechos en la solución del caso, sino que, aplicando la normas jurídicas vigentes al caso concreto sujeto a su decisión, es decir, cumpliendo con la función que la Constitución le asigna, tendría que establecer si una determinada medida tomada por el empleador para proteger su derecho de propiedad y de dirección de su empresa, está o no dentro de la conducta que le permiten los límites de esos derechos.

Un razonamiento judicial adecuado podría establecer que prohibir el acceso a la farmacia de los familiares de los empleados excede los límites del derecho del propietario, porque, no siendo absoluto su derecho de propiedad, no puede privar arbitrariamente a determinadas personas del acceso a su empresa que presta un servicio de interés público. Por el contrario, el hacer una revisión

personal a los trabajadores al salir de la empresa es una conducta permitida, siempre que no comporte una falta a la dignidad personal del trabajador, pues el derecho de propiedad, como todos los derechos, está sujeto a la limitación de no permitir el abuso en su ejercicio.

10. Comentario de una sentencia que recepciona el criterio propuesto

Se trata de un caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en sentencia de fecha 18 de junio de 2014 en la cual declaró la nulidad de un despido de un trabajador enfermo de sida, resolvió el caso con fundamento en la determinación de los límites del derecho del empleador a la dirección de la empresa y el derecho del trabajador a la no discriminación. El falló se expresó así:

“Considerando, que el derecho del trabajo desde su nacimiento, contrario a lo sostenido por la empresa recurrente, ha establecido limitaciones a la autonomía de la voluntad, en el establecimiento de salarios mínimos, en las restricciones para la contratación de los trabajadores y en el caso de la especie en la terminación de los contratos de trabajo, sea por un estado natural, como es la maternidad, sea por padecer una enfermedad sensible como es vivir con el VIH, en ambos casos la legislación protege a los trabajadores para los casos de despido y desahucio;

Considerando, que ciertamente el derecho de la empresa a tomar decisiones propias al ejercicio de su poder conlleva limitaciones, es decir, no es absoluto sino que tiene límites, puesto que si bien la legislación y la Constitución reconocen la libertad de empresa, como un derecho fundamental y el empleador, en cuanto empresario es titular de una serie de derechos que se explican en función de su condición de empresario, éste tiene una serie de limitaciones sobre todo cuando es necesario ponderar, como es el caso de que se trata, el derecho a la vida y a un trabajo digno, en situaciones especiales donde el ciudadano trabajador y el trabajador ciudadano necesitan la protección necesaria y eficaz de los derechos derivados de su empleo, por ende requiere de estabilidad laboral y continuidad de sus labores, en consecuencia, como en la especie se declaró

ante el tribunal de fondo apegado a las normas y principios de la materia, la nulidad del desahucio ejercido en contra del recurrido;...”

“...Considerando, que cuando la legislación laboral vigente y la Constitución establecen medidas protectoras para asegurar la estabilidad en el empleo y al declarar la nulidad del desahucio de un trabajador que vive en condición de VIH, no puede considerarse como un atentado a la libertad empresarial sino como la consecuencia de la aplicación de los derechos fundamentales del trabajador y la prevalencia del principio protector del derecho del trabajo...”

“...Por tales motivos, **Primero:** Rechaza el recurso de casación interpuesto por la Empresa Distribuidora de Electricidad de Este, S. A., (Ideaste), contra la sentencia dictada por la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, el 13 de agosto del 2013, cuyo dispositivo se ha copiado en parte anterior del presente fallo; **Segundo:** Condena a la parte recurrente al pago de las costas del procedimiento”.

11. La contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral

En materia laboral, dado que buena parte de los derechos laborales son reconocidos como fundamentales -como ya señalamos- y dada la contradicción de intereses propia de las relaciones de trabajo, es frecuente que se presenten conflictos entre derechos fundamentales. Arese expresa que, en general, en la vida real se plantean conflictos entre derechos, pero que la relación de trabajo es, especialmente, un escenario propicio para la tensión entre derechos fundamentales porque en la misma uno de los sujetos, el empleador, tiene poder para dirigir, no solo la actividad, sino la propia libertad del otro sujeto, el trabajador²⁹.

En este sentido, Baquerizo Minuche apunta:

Con bastante frecuencia se producen en el trabajo y su ámbito natural de desenvolvimiento (la empresa como unidad productiva), “agresiones”, “embates” y “colisiones” entre sí de derechos fundamentales. En especial porque como correlato al derecho fundamental lesionado, siempre existe otro derecho u otro

²⁹ ARESE, César, en Seminario Sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitatisfundacion.com/aulavirtual/>.

principio de rango constitucional, que puede resultarle oponible y hasta contradecirle³⁰.

Hemos listado distintos ejemplos que se generan en la realidad de la praxis y representan casos de colisión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (supra, párrafo 2). Palmariamente resulta muy probable que en materia laboral se presenten situaciones en que empleador y trabajador sostengan posiciones contradictorias, fundamentando cada cual su respectiva posición en estar amparado por un derecho fundamental.

Detengámonos más extensamente en un ejemplo concreto que suele acaecer con frecuencia y ser objeto de controversias. Nos referimos a la instalación, por parte del empleador de cámaras de vigilancia en el local de la empresa. El empleador, que necesita tener una información fehaciente y actualizada de lo que ocurre en el local de la empresa, alega que la medida de instalar cámaras se fundamenta en el ejercicio de su derecho de propiedad y de dirección. El sindicato se opone a esta medida y fundamenta su oposición en el derecho de los trabajadores a su dignidad personal e intimidad. Como puede verse, hay dos posiciones contradictorias de las partes y cada una de ellas sustenta su respectiva posición en un derecho fundamental que le ampara y que consideraría violado si prevalece la posición de la parte contraria. A nuestro juicio, el operador jurídico a quien corresponda la decisión de la controversia debe analizar los derechos que cada una de las partes alega, establecer sus respectivos límites y determinar hasta qué punto la posición alegada por las partes se encuentra ajustada a los límites de esos derechos o los sobrepasa.

En el ejemplo propuesto, una decisión razonable debería determinar que el empleador tiene efectivamente el derecho de vigilar y controlar lo que pasa en el ámbito físico de empresa, pero que ese derecho no es absoluto, sino que encuentra limitado por el derecho de los trabajadores a su dignidad personal y a su intimidad. En consecuencia, debería decidirse que es lícito instalar cámaras de vigilancia siempre y cuando no se esté atentando contra esos derechos a los

³⁰ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, en Revista Jurídica de Derecho Público No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009 y <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>.

trabajadores. En este orden de ideas, sería lógico decidir que es lícito instalar cámaras en los estacionamientos, áreas de acceso y de salida, entrada de la empresa, lugares de trabajo, la caja y áreas de venta, si fuere el caso. El hecho de que se instalen medios tecnológicos de vigilancia en esos sitios no comporta una violación de la intimidad del trabajador, ni un atentado contra su dignidad personal. Por el contrario, si se instalasen cámaras de vigilancia en los vestuarios y en los sanitarios, sí se estaría atentando contra esos derechos fundamentales del trabajador. A nuestro juicio, para solucionar la controversia, el operador jurídico no requiere dar prevalencia a un derecho frente a otro, ni establecer juicios subjetivos de valor sobre la importancia que en el caso concreto tienen los derechos en controversia. Simplemente, debe examinar si la conducta del empleador, objetada por el sindicato, es decir, en esta situación concreta, la instalación de cámaras de vigilancia, se encuadra dentro de los límites del derecho del empleador a la propiedad y dirección de la empresa. Por tanto, lo que debe indagarse en realidad no es la existencia o no de la licitud de ejercitar uno u otro derecho, sino el punto en el cual el empleo de un derecho lesiona irremediablemente la esfera de protección del otro derecho.

En el razonamiento que venimos haciendo, la instalación de tales cámaras en los que podríamos llamar “sitios abiertos” de la empresa es una conducta comprendida dentro de los límites de los derechos del empleador, y es, por tanto, legítima. Por el contrario, la instalación de cámaras en vestuarios y sanitarios excede las fronteras de los referidos derechos del empleador, los cuales se encuentran, en este caso, limitados por el derecho de los trabajadores a su dignidad personal e intimidad.

Una consideración importante que agregar es que cuando el caso se presenta en materia laboral, para decidir, el operador jurídico debe tomar en cuenta los particularismos del Derecho del Trabajo y muy especialmente los principios que inspiran la disciplina. En efecto consideramos que resulta indispensable tener en cuenta que existen particularismos propios del Derecho del Trabajo que operan sobre la aplicación de estos criterios de ponderación. Hemos venido afirmándolo básicamente por dos fundamentos. El primero es que en la disciplina (que es conceptualizada muy genéricamente como un conjunto

de normas y principios que regulan el trabajo subordinado), este último es un valor trascendente que debe ser protegido por la ley, según mandato de amplia recepción en la mayoría de las Constituciones. El segundo deriva de reconocer que el Derecho del Trabajo posee otros principios propios y particulares, incluso distinguibles de los principios generales del Derecho. Ha sido nuestra opinión que estos, siempre que resulten procedentes, deben ingresar en el test de ponderación (p. ej., eso ocurriría respecto de la continuidad de la relación de trabajo en desmedro de su extinción, la irrenunciabilidad o indisponibilidad de condiciones más beneficiosas con las que ya cuenta el trabajador, la desigualdad de trato que puede implicar una medida o conducta empresarial objetivamente discriminatoria, la progresividad de los derechos de los trabajadores, salvo que exista una grave crisis comprobada y con las limitaciones que imponen las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, etc.).

En suma, a nuestro criterio, cuando al operador jurídico, juez o funcionario de la administración del trabajo le corresponda decidir un caso en cual ambas partes tienen pretensiones contradictorias, sustentadas por cada una de ellas en un derecho fundamental que les ampara, el operador debe examinar tales derechos, determinar sus límites y decidir cuál de las conductas en contradicción se encuentra dentro de los límites propios del derecho alegado y cuál los excede. En esta tarea, el operador tendrá que tomar en cuenta los principios que inspiran la disciplina laboral, muy especialmente el principio protector y el *“in dubio pro operario”*.

12. Conclusiones

Primera: La teoría general del Derecho aporta criterios formales para la solución de los conflictos entre normas jurídicas: jerarquía, especialidad y temporalidad. Tales criterios no son muy útiles en las situaciones de contradicción que pueden presentarse por la aplicación a un caso concreto de diversos derechos fundamentales que apuntan a soluciones diferentes, dado que la fundamentalidad implica principios de necesaria aplicación que trascienden tales criterios formales.

Segunda: Una abundante doctrina y jurisprudencia señalan que, para solucionar tales contradicciones, el operador jurídico debe ponderar las consecuencias que tendría la prevalencia de uno u otro derecho fundamental para la solución del caso concreto (proceso conocido también como “balancing test”) y determinar cuál de los derechos fundamentales procuraría una solución más acorde con los valores del ordenamiento jurídico. Ese derecho, por ser considerado como de mayor peso que el otro u otros derechos en conflicto, debe prevalecer, para el caso concreto, frente a los otros.

Tercera: La técnica de la ponderación ha sido criticada porque, según la misma, la prevalencia de un derecho fundamental que desplaza a otro derecho fundamental depende en gran parte de la interpretación y valoración subjetiva del operador jurídico, lo cual no parece muy cónsono con la búsqueda de seguridad jurídica propia de todo sistema judicial, pues desplaza la solución del caso del texto objetivo de la Ley a la valoración subjetiva del intérprete, que no siempre es predecible, lo cual dificulta el establecimiento de un patrón general para la solución de casos similares.

Cuarta Partiendo de la crítica a la técnica de la ponderación se ha considerado que en los casos en los cuales dos conductas o pretensiones contradictorias pretenden cada una justificarse en un derecho fundamental, no se presenta en realidad un tema de conflicto entre derechos fundamentales, sino de determinación de los límites de aplicación de tales derechos. De acuerdo con esta concepción, en tales casos no se estaría planteando, como apuntan los partidarios de la técnica de la ponderación, un conflicto entre diferentes derechos fundamentales que corresponden a los sujetos intervinientes, sino que, por el contrario, lo que estaría planteado es considerar el alcance de los límites de los derechos de cada sujeto, para poder determinar si su conducta se encuentra o no dentro de los límites de sus derechos. Es por ello que el Juez no tendría que ponderar los derechos de las partes en conflicto, sino que, aplicando las normas jurídicas vigentes al caso concreto sujeto a su decisión, es decir, cumpliendo con la función que la constitución le asigna, tendría que establecer si una determinada conducta está o no dentro los límites de esos derechos.

Quinta: En materia laboral, dado que buena parte de los derechos laborales son reconocidos como fundamentales y dada la contradicción de intereses propia de las relaciones de trabajo, es frecuente que se presenten conflictos entre derechos fundamentales. Para solucionar estas controversias el operador jurídico no requiere dar prevalencia a un derecho frente a otro, ni establecer juicios subjetivos de valor sobre la importancia que en el caso concreto tienen los derechos en controversia. Simplemente debe examinar si la conducta de las partes se encuadra dentro de los límites de los derechos que están respectivamente alegando. Para ello el juez laboral o funcionario de la administración del trabajo deben tomar en cuenta los particularismos del Derecho del trabajo. Muy especialmente los principios que inspiran la disciplina laboral.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2010). “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonell Sánchez y Leonardo García Jaramillo (Coords.), *El canon neo-constitucional*.
- BARRERO-BERARDINELLI, J. A. (2012). “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 10 (20).
- COVARRUBIAS CUEVAS, I. (2018). “El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy”, *REVISTA IUS E PRAXIS*. Año 24. Número 3.
- GOÑI SEIN, J. L. (1991). Prólogo, en ROJAS RIVERO, G., *La libertad de expresión*. Trotta. Madrid.
- MURGAS TORRAZZA, R. (2013). “El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos”, *revista Derecho Laboral*. N° 250. Montevideo.
- NEVES MUJICA, J. (1990). “Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. N° 43-44. Lima.
- ORREGO SANCHEZ, C. (2010). “Supuesto conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 37. N° 2.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M. (1993). *Derecho del Trabajo*. Madrid. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- PRESNO LINERA, M. Á. (2016). “Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales en 2016”, *Liber*

Amicorum homenaje al profesor Luis Martínez Roldán. Ediciones de la Universidad de Vigo.

ROMAGNOLI, U. (2015). “El futuro no será el que una vez fue”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. Nº. 10.

SORONDO, F. (1988). “Los Derechos Humanos a través de la Historia”, *Revista Educación y Derechos Humanos*. Año II. Nº 3. Ed. Servicio Paz y Justicia. Montevideo.

ÚBEDA DE TORRES, A. (2007). *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Ed. Reus.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales, en Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos.

DE OTTO, I. (2010). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, *Obras completas*. Universidad de Oviedo. CEPC. Oviedo.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2023). “Conflictos y límites entre derechos fundamentales”, *Revista Derecho del Trabajo*. Nº 26. Universitas Fundación. Barquisimeto.

Recursos electrónicos

BAQUERIZO MINUCHE, J. (2009). “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, *Revista Jurídica de Derecho Público*. No. 1. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>.

COLMENARES BASTIDAS, A. M. *Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx.