

UNA CRÍTICA AL JUICIO DE PONDERACIÓN DE ALEXY A PROPÓSITO DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

A CRITIQUE OF ALEXY'S BALANCING TEST IN THE CONTEXT OF THE LABOR PROTECTION PROCESS

FRANCISCO ALBERTO RUAY SÁEZ*

RESUMEN

En el presente trabajo el autor plantea una postura crítica sobre la inclusión del juicio ponderación de Robert Alexy como método idóneo para resolver los casos de colisión de derechos fundamentales. Para cumplir dicho objetivo se analiza la estructura interna del principio de proporcionalidad; los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El argumento tomará como referencia su eventual aplicación en el procedimiento de tutela laboral.

Palabras clave: Juicio de ponderación, derechos fundamentales, Tutela Laboral, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

In this paper the author proposes a critical position about the incorporation of the Robert Alexy balancing test like a suitable method to solve the cases of collision of fundamental rights. To achieve this aim the author analyzes the internal structure of the proportionality principle; the sub-principles of adequacy, necessity and proportionality in stricto sensu. The argument will rely on its possible application in the process of labor protection.

Key words: Judgment of weighting, fundamental rights, Labor Guardianship, proportionality principle.

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2014

Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2014

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de la cátedra de Criminología en el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile y de Derecho del Trabajo en el Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la misma facultad. Correo electrónico: fruay@ug.uchile.cl

1. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo una novedosa concepción de los derechos fundamentales se ha difundido entre juristas y legos: la idea de eficacia horizontal de los derechos fundamentales (teoría de la *Dritt-wirkung der Grundrechte*). La inclusión del procedimiento de Tutela de derechos fundamentales en sede laboral (iniciada con la Ley N° 20.087), la entrada en vigencia de la popular “Ley Zamudio” (Ley N° 20.609), la discusión sobre interpretación y alcance de los derechos fundamentales a propósito del recurso de protección, etc., son solo algunas de las manifestaciones actuales de esta novedosa ideación. No solo aquello, sino que, en un segundo momento argumentativo, es común encontrar en literatura jurídica, y también en la no jurídica en sentido estricto, una visión o concepción que respalda y da sentido al problema iusfundamental desde una óptica conflictualista¹; un mercado de competencia de derechos (fundamentales) en donde los límites de unos estarían definidos a su vez por la interacción con el otro, sea de manera estática (en un análisis abstracto) o dinámica (en la solución de un caso concreto).

Por otra parte, los mismos titulares de los derechos fundamentales han de ponerse entre paréntesis al momento de verificar que eventualmente puede iusfundamentalizarse cualquier tipo de conflicto jurídico, ya no solamente entre los alcances de las potestades del Estado y las libertades individuales, sino que ahora también entre un sujeto de derecho en su relación con cualquier otro sujeto de derecho, por lo que consecuentemente, y por la universalidad misma de los derechos fundamentales, lo que encontraríamos en la mayoría de los casos sería un conflicto entre derechos². Pero cuidado. Supuestamente

¹ Por ejemplo: UGARTE CATALDO, José Luis, “*El Nuevo Derecho del Trabajo*”, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2007 pp. 114 y ss.; GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “*Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*”, FCU, Montevideo, Uruguay, 2004 pp. 13 y ss.

² Esto no sería nada nuevo, está relacionado simplemente con el movimiento de abstracción metafísica que realiza el Derecho en general al momento de resolver los conflictos intersubjetivos, supuestamente, en búsqueda y resguardo de la igualdad de las partes. Lo importante para el Derecho, serían los derechos mismos, y el mundo material entra en la dinámica jurídica solo en el segundo momento de aplicación de la ley, al momento de determinar un hecho (propriadamente material) que ha de subsumirse a determinada ley, y entrar en relación con la interpretación de los derechos

habría determinados elementos que permitirían distinguir un conflicto cualquiera de derechos subjetivos, con un conflicto de derechos fundamentales. Se trata de ampliar la vigencia iusfundamental horizontal, pero en ningún caso al punto de vulgarizar los mismos derechos fundamentales. Un criterio de salvaguarda, aventuro, podría ser buscar posibilidades de solución reglada, dejando como *ultima ratio* el recurso a la argumentación racional iusfundamental, aunque estoy consciente de que aquello termina por ignorar que, sin importar si una eventual situación se encuentra reglada en la ley o no, el carácter iusfundamental del conflicto se encontraría no en la posibilidad de definir la naturaleza de su solución, sino en la determinación misma de la naturaleza de la vulneración, e inclusive antes que aquello, podría también señalarse que la determinación del juicio racional argumentativo a aplicar, o desarrollar, se encontrará determinado no por “el hecho mismo” alegado, no por la “solución” eventualmente aplicable, sino antes, y sobre todo, por la definición de la pretensión incoada por la parte que se sienta vulnerada. El desarrollo de una argumentación jurídica conflictualista lo determinaría aquel que excita la actividad jurisdiccional del Estado, pero he aquí nuevamente otro problema; serían los particulares quienes determinarían el alcance de la naturaleza procedimental iusfundamental, a través de su interpretación del eventual derecho que se encuentre vulnerado.

Siguiendo este sendero lógico, los derechos fundamentales, entré sí, y de manera abstracta incluso, podrían encontrarse en conflicto. Pero para nuestros efectos, los casos relevantes los encontraremos en la resolución por preferencia condicionada de los conflictos iusfundamentales, esto es, en una instancia dinámica, en un caso concreto. Y he aquí otro eje relevante en nuestro análisis: la solución del conflicto entre derechos fundamentales ha de atribuirse a la función jurisdiccional del Estado, ejercida por el juez (en principio, no señalaremos si se trata de un juez especialmente calificado al efecto, ya veremos de qué manera resuelve esto nuestra propia ley). Dicha posición se relaciona también con una determinada interpretación de los fines del Proceso: el denominado Publicismo o Activismo Judicial, según el cual “el proceso es un instrumento o herramienta para la realización del derecho de fondo, donde el juez (principal actor en este sistema)

mismos. Solo como una segunda premisa, separada de del ejercicio jurídico hermenéutico puro.

debe velar por la búsqueda de la verdad objetiva material”³. Esta corriente como forma ideológica de comprensión de la función jurisdiccional en general, en donde prima la búsqueda de la solución justa y la Verdad⁴, encuentra su reverso en el denominado Garantismo Procesal, doctrina en la que primaría una posición pasiva y propiamente imparcial del Juez, coherente con la noción fundamental de Debido Proceso, en donde la finalidad del mismo se encuentre determinada de manera fundamental por la función pacificadora heterocompositiva que desarrollaría el Estado al servicio de la persona humana, conforme al principio de juridicidad⁵. Bajo esta noción, como señala el profesor Benabentos, “[e]l proceso tiene una doble misión: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir atender al interés “privado” de los litigantes y b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)”⁶.

A grandes rasgos, el lector ya se habrá dado cuenta de que lo expuesto se condice con el discurso de aquella corriente doctrinaria que

³ GODOY, Mario Rodolfo. Garantismo y activismo: posiciones encontradas. En: Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, Vol 14, 2008 [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>> [Consultada el 25 de octubre de 2014]. En el mismo sentido PEYRANO al señalar que se trata de “jueces [que] se encuentran hondamente preocupados por distribuir el pan de la justicia”. En: PEYRANO, Jorge. El juez distribuidor de la justicia versus el juez dador de paz. [En línea] <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL_JUEZ_DISTRI-BUIDOR_DE_LA_JUSTICIA.doc> [Consultado el 10 de octubre de 2014].

⁴ En un ejemplo más claro de la intrínseca relación entre ambas doctrinas encontramos en PEYRANO lo siguiente: “[p]ara el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia, sino más bien un estímulo [...] ‘el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley’[...]” PEYRANO, Jorge. Activismo Judicial. En: AA.VV. Activismo y Garantismo. Instituto de la Academia en la Región Centro. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLVII, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina. 2009 p. 6 también [en línea] < http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at_download/file> [consultado 20 de octubre de 2014].

⁵ Sobre la relación entre Garantismo Procesal y la sujeción de los órganos del Estado al principio de Juridicidad revisar: RUAY SÁEZ, Francisco Alberto. *Sobre la Sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad y su relación con el garantismo procesal*. En: *Revista de Estudios Ius Novum*, Librotecnia, Número 6, Año 2013, pp. 165-200.

⁶ BENABENTOS, Omar. Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001 p. 42.

se ha denominado “Neoconstitucionalista”, y que en nuestra doctrina nacional encuentra acérrimos seguidores. Especial y curiosamente, luego de la reforma procesal laboral que incluyó el Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales, han sido muchos los laboristas que han comulgado con dicha doctrina, pregonando vivazmente la Constitucionalización del Derecho del Trabajo⁷.

Sin duda, tal como ocurre en cualquier disciplina, la popularidad de una determinada idea no ha de coincidir necesariamente con la prerrogativa de una verdad absoluta ni mucho menos. En el mundo de las ideas, y en particular en el mundo del Derecho siempre es posible poner en discusión y en tela de juicio aquello que sospechosamente se autoproclama como la nueva panacea. El caso de la aplicación del juicio de ponderación a los eventuales conflictos de derechos fundamentales no es la excepción. El juez en tal caso, para encontrar lo que se ha denominado la solución racionalmente justa, ha de efectuar la aplicación de un método racional al caso concreto, de lo cual podrá extraer como resultado, una única solución y respuesta correcta posible. Al menos esa era la promesa inicial de Robert Alexy, luego de revisar las inacabadas propuestas de Ronald Dworkin⁸.

En las siguientes páginas pretendo exponer sintéticamente la estructura del principio de proporcionalidad (también llamado método de ponderación) de manera crítica, y mostrar por qué su eventual inclusión en la argumentación jurídica desarrollada por el juez en la resolución de un caso concreto representa un detrimento serio a la certeza jurídica, a la noción de derechos fundamentales, y en último término, a la democracia misma. Se desprende de lo anterior que en estas páginas no pretendo abordar mayormente la discusión sobre la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, ni menos la discusión sobre la noción conflictualista, que son ambas nociones que sustentan la condición de posibilidad del juicio de ponderación mismo, aunque de no poder evitarlo haremos sucinta referencia a ambas ideas.

⁷ “Este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados, y en este particular caso al interior del contrato de trabajo”. UGARTE CATALDO, José Luis. “La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales”. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Núm. 7, julio-diciembre de 2008 p. 265.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1997.

En otras palabras, en las siguientes líneas pretendo forzar las posibilidades del discurso racional de Alexy para ver si se puede sostener en pie el método que él mismo propone⁹.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE ROBERT ALEXY

2.1. Distinción fuerte entre principios y reglas

La distinción básica, y que sirve de fundamento¹⁰ para construir teóricamente el juicio de ponderación como forma de solución de conflictos de derechos fundamentales es aquella que diferencia entre principios y reglas, como dos *tipos de normas* diferentes: “[...] toda norma o bien es una regla o un principio”¹¹, “[l]as reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como “mandatos definitivos”¹²; en cambio, “los principios son normas de un tipo completamente distinto. [...] son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios *pueden y deben ser ponderados*. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*”¹³, no derechos

⁹ Claramente no me referiré en este espacio a lo que efectivamente ha estado haciendo la jurisprudencia en estos años, puesto que aquello da lugar a otra interesante y extensa investigación sobre el efectivo discurso y razonamiento judicial, que espero ya desarrollar en otra oportunidad. En estas páginas se pretende abordar y cuestionar internamente el clamoroso llamado que se realiza desde el mundo doctrinario a utilizar el juicio de ponderación como método de resolución racional de conflictos iusfundamentales.

¹⁰ Alexy señala: “Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico” ALEXY, Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Centro de Estudios Constitucionales, España, Madrid, 1993 p. 81.

¹¹ *Ibid.* p. 87.

¹² ALEXY, Robert. “*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*” En ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 1, Octubre 2004 p. 41.

¹³ *Ibid.* p. 41.

definitivos. Lo importante aquí es que “los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y [...] que los principios son mandatos de optimización”¹⁴. Que tengan tal carácter implica que pueden ser cumplidos gradualmente, y no necesariamente que se busque un punto máximo de rendimiento de los derechos fundamentales en donde todos (los titulares) ganen (a pesar de que Alexy varias veces haga referencia al óptimo de pareto).

La distinción anteriormente expuesta (en un plano ontológico), tiene una expresión funcional importantísima: “a la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de las normas: la subsunción y la ponderación”¹⁵. A lo anterior corresponde una diversa forma de resolver enfrentamientos de normas de uno u otro tipo: conflictos de reglas, por una parte, o la colisión de principios, por otro. Alexy señala que es “[c]omún a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas [...] el hecho de que, dos normas aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles”¹⁶ (se refiere a lo que comúnmente conocemos como *antinomias*), sin embargo los métodos de solución del enfrentamiento de normas serían diversos. Mientras que en las reglas el conflicto se soluciona declarando la invalidez total de una de estas, o la presencia una cláusula de excepción, en el caso de los principios, por su parte, se aplica el juicio de ponderación: lo que Alexy denomina un “procedimiento racional de ponderación”. Es precisamente esta última idea la que se vuelve el centro de nuestro análisis y que pasamos a exponer a continuación.

2.2. La estructura de la ponderación

Ya se ha reiterado por innumerables destacados doctrinarios del Derecho, y también por muchos magistrados, en qué consistiría el mencionado juicio de ponderación, o principio de proporcionalidad, sin embargo es preciso en estas páginas volver a su explicitación para que en el desarrollo de su contenido podamos ir evaluando cada una de las propuestas teóricas de Alexy en relación con esta particular forma de enfrentar los supuestos conflictos iusfundamentales.

¹⁴ ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Revista española de derecho constitucional, Año nº 22, Nº 66, 2002 p. 13.

¹⁵ ALEXY, Robert. “Derechos, razonamiento jurídico...”. p. 44.

¹⁶ ALEXY, Robert. “Teoría...” p. 87.

Para resolver casos de colisión de derechos fundamentales ha de darse aplicación, según Alexy, al principio de proporcionalidad. Luego de su utilización racional se logrará obtener la determinación analítica de los pesos relativos de los derechos que se encuentren en disputa en el caso concreto. Para llevar adelante esta tarea Alexy se ve obligado a negar que un juicio de ponderación solo esconde una mera decisión arbitraria irracional o intuición, y en su lugar, propone que es posible llevar adelante un procedimiento racional de ponderación, que se encuentre fundado y estructurado desde la teoría de los principios. O sea, en palabras simples, no basta con que alguien diga que “está ponderando”, como si bastara solo su buen juicio y prudencia para determinar la solución del caso concreto. Es necesario que exista un ejercicio netamente racional que permita obtener la decisión en cuestión. Entre otras cosas, porque precisamente en su faz pública, y en particular en el *Civil Law*, en esto consiste el Derecho; en la posibilidad de que cualquiera tenga acceso racional a la solución determinada por el juez; que su decisión sea a lo menos comprensible.

Luego, para continuar con el desarrollo de su plan teórico, señala que “los principios son mandatos de optimización [y] como tales, implican lo que en la doctrina alemana se llama la “regla de proporcionalidad”. Esta regla comprende tres subreglas: la regla de la adecuación, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto”¹⁷. El subprincipio de adecuación “excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron tales medios”¹⁸; el subprincipio de necesidad prescribe que de entre dos medios que promueven idóneamente un mismo principio, ha de escogerse aquel que interfiera menos en el principio que se encuentra en colisión; y por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto (identificable con la ley de colisión) señala que “cuanto más alto sea el grado

¹⁷ ALEXY, Robert. “*Derechos, razonamiento jurídico...*” p. 46. Cabe señalar que en otro lugar se les denomina subprincipios ALEXY, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*” En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, enero-junio de 2009, p. 8. Disponible en: <http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf> [Consultado 10 de noviembre de 2011].

¹⁸ ALEXY, Robert. “*Sobre los derechos constitucionales a protección*”. En: Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, España, 2009. p. 57.

de incumplimiento o perjuicio de un principio, más importante tiene que ser la realización del otro”¹⁹.

Una versión completa del juicio de ponderación debe abarcar todos los elementos que Alexy considera relevantes en la resolución de colisiones de principios, y en ese sentido, sin olvidar obviamente la estructura general tripartita de subprincipios, se vuelve imperativo hacerse cargo de la estructura compleja de la ponderación en su última fase²⁰ compuesta por: la ley de ponderación (o ley de colisión)²¹, la fórmula del peso y las cargas de argumentación²².

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE SU POSIBLE INCLUSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.

3.1. Un acercamiento desde la doctrina nacional

El Derecho del Trabajo ha ampliado sus horizontes protectores acogiendo la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales para insertarla directamente al interior de la empresa. Así, de manera categórica, el profesor Ugarte señala al respecto que “[l]o interesante de todo es que el sector del ordenamiento jurídico donde este debate se difumina [el debate sobre la aplicabilidad de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales] es, precisamente, en el derecho laboral. Aquí la lógica de la autonomía privada y de la igualdad

¹⁹ ALEXY, Robert. “*Teoría de los derechos...*” p. 146.

²⁰ Precisamente, como suele ocurrir con todas las cosas importantes, lo esencial y que pone en juego el fundamento suele obviarse.

²¹ “La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación” la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” ALEXY, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*” p. 9.

²² “De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación”. BERNAL PULIDO, Carlos. “*La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*”. En: E. Cáceres, I. B. Flores, J. Saldaña y E. Villanueva (coord.), “*Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 21. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>>

de las partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del derecho —y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales—, en razón de haber intentado esta rama del derecho, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador”²³.

Actualmente nos enfrentaríamos a la verdadera entrada de la democracia a la empresa, y la inserción del trabajador al ámbito laboral ya no solo como un factor de producción, sino como un ciudadano titular de derechos fundamentales; en realidad, titular de un conjunto complejo de derechos. El profesor Ugarte realiza una distinción que permite de manera preclara distinguir las diversas dimensiones protectoras del Derecho del Trabajo en general, y así señala que “[e]l Derecho del Trabajo ha cumplido y cumple así diversas funciones, de modo simultáneo, preocupado de la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos: 1. Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores, 2. Los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad, y por último 3. Los derechos fundamentales inespecíficos (intimidación, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática”]²⁴.

Ahora sí (supuestamente antes en ningún caso, o al menos, de manera desmejorada, por culpa del ejercicio del derecho de propiedad

²³ UGARTE CATALDO, José Luis. “*La constitucionalización ...*”. p. 259.

²⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. “*La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro*”. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. XX - Nº 2, Valdivia, Chile - diciembre 2007 pp. 51-52.

por parte del empleador) estamos ante trabajadores que son a la vez ciudadanos; estamos ante la *ciudadanía en la empresa*.

Este reconocimiento de los derechos inespecíficos del trabajador al interior de la empresa y la idea de que la Constitución sería una fuente de derecho vinculante y directamente aplicable, son expresión de lo que se ha denominado la “constitucionalización general del Derecho”²⁵, susceptible de ser situada en las corrientes denominadas “neoconstitucionalistas”²⁶.

El mencionado fenómeno fue recogido por la legislación laboral y, en consecuencia, se estableció un procedimiento especial²⁷ (el procedimiento de Tutela laboral) para demandar vulneraciones de derechos

²⁵ “En este nuevo paradigma, la clave será considerar que las normas constitucionales tienen todas –sin distinción– plena eficacia vinculante, y que[...] son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo” UGARTE CATALDO, José Luis. *“La constitucionalización del derecho del trabajo...”*. p. 255. Para una perspectiva crítica consultar ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Editorial. *LegalPublishing*, 2008 pp. 211 y ss.

²⁶ Entre los fenómenos distintivos de las tendencias denominadas “neo” constitucionalistas, relevantes para el desarrollo de nuestro estudio se encuentra la idea de: “[...] c) constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de “constitucionalización” del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados; d) consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional; e) introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general, proposición de la ponderación como forma de solucionar la colisión entre valores). Al igual que en el literal precedente, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional [...]”ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo*. *Rev. Derecho (Valdivia)*, Valdivia, v. 23, n. 1, jul. 2010 pp. 83-84 . Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004&lng=es&nrm=iso>

²⁷ Es discutible su calidad de procedimiento especial si en lo referente al desarrollo consecutivo de los actos procesales remite directamente al procedimiento de aplicación general. Sin perjuicio de aquello, se establecieron algunas reglas especiales en consideración de la naturaleza de la infracción que se produciría por el empleador y que lo distinguen el procedimiento de aplicación general. Es en esos elementos especiales en donde se genera la discusión, por ejemplo, sobre las cargas probatorias dinámicas, sobre el alcance de las medidas reparatorias que puede decretar el juez, o la eventual aplicación del juicio de ponderación.

fundamentales del trabajador por parte de otro sujeto que se encuentra en una posición similar y horizontal a él: el empleador. En dicho procedimiento básicamente se daría solución a la colisión entre los derechos fundamentales del trabajador que se encuentran señalados en el artículo 485 del Código del Trabajo, y el derecho de fundamental que el empleador considere a su favor como fundamento de la medida que adopte, que en la mayoría de los casos corresponderá al derecho de propiedad.

Para determinar si las garantías y derechos de los trabajadores han sido lesionados, el mismo precepto señala los supuestos en que la acción del empleador en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce ha llegado a ser vulneratoria: cuando limita el pleno ejercicio de las garantías del subordinado sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, así como las eventuales represalias que el empleador pudiese adoptar a causa de la labor fiscalizadora de la Dirección del trabajo o el ejercicio de acciones judiciales.

La cultura jurídica interna relacionada directamente con el derecho laboral ha acogido el método ponderativo de Robert Alexy como método jurídicamente idóneo para la solución de colisión de derechos fundamentales en sede laboral. Incluso, previo a la configuración del actual procedimiento de Tutela Laboral, la Dirección del Trabajo ya habría utilizado dicho criterio²⁸.

Jose Luis Ugarte señala que “este conflicto de derechos fundamentales [entre el empleador y el trabajador] supone una modalidad de aplicación del derecho distinta al común o tradicional –la subsunción– que corresponde a la denominada *ponderación*”²⁹. En un texto reciente vuelve a defender el método de ponderación, luego de asumir la inevitable posibilidad de colisión entre derechos fundamentales, y desechar el método de jerarquización cerrada y estática³⁰. En el mismo sentido se pronuncia Sergio Gamonal, diferenciando

²⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “*Ciudadanía en la empresa ...*”, 2004 pp. 25 y ss y Dictámenes 684/50 DE 1997, 4.842/300 DE 1993; 8.273/337 DE 1995; 287/14 DE 1996; 2.309/165 DE 1998 y 4.541/319 de 1998, entre otros.

²⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. “*El Nuevo Derecho del Trabajo*” 2007 p. 145.

³⁰ UGARTE CATALDO, José Luis. “*Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*”. Estudios constitucionales, v. 9, n. 1, Santiago, Chile, 2011 pp. 22-26. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=pt&nrm=iso>

las relaciones Estado-ciudadano y empleador-trabajador (particular-particular), pasando a sostener que “no es posible asimilar la eficacia vertical con la horizontal”³¹, y hace suyos los argumentos de Alexy sobre la diferenciación en un conflicto entre dos titulares de derechos fundamentales (dos ciudadanos comunes), y un titular de derechos fundamentales y otro que no lo es (el Estado), “lo que nos lleva al tema de la ponderación”³². A su vez, Eduardo Caamaño adhiere a esta postura cuando expresa que: “[...] en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, el que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional”³³.

Incluso, conforme a lo anterior, el profesor Gamonal ha llegado a identificar parte del texto normativo contenido en el art. 485 CT con los elementos de la ponderación propuestos por Alexy. Desarrolla un cuadro que reflejaría la dirección directa entre el método expuesto por Alexy y las normas contenidas en el artículo 485 CT. Así, la expresión “justificación suficiente” tendría relación directa con la subregla de “necesidad”, que la medida no sea arbitraria tiene una correlación directa con la regla de adecuación, el requisito que exige que “la medida no sea desproporcionada”, encuentra su correlato en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, en una faz que mira hacia la racionalidad del objeto en la medida adoptada, el que “no debe afectarse el contenido esencial del derecho”, tendría su correspondencia directa con la proporcionalidad en sentido estricto desde la faz de los efectos de la medida, y por último, el que “no debe tratarse de una represalia”, es expresión de la subregla de proporcionalidad en sentido estricto desde el punto de vista de los efectos de la medida. En ese sentido, la garantía de indemnidad servirá como criterio definitorio posterior a los anteriormente señalados y tendrá el carácter de absoluto, ya que no se comportaría al igual que las otras garantías, pues pareciera que no es posible graduar la intención de represalia que puede

³¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Ciudadanía en la empresa...” p. 23.

³² *Ibidem*.

³³ CAAMANO ROJO, Eduardo. “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”. *Ius et Praxis*, v. 13, n. 2, Talca, Chile, 2007 p. 182 Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200008&lng=es&nrm=iso>

tener el empleador, como si hubiese un margen de represalia permitido o lícito, y un límite que definiera la vulneración o no³⁴.

3.2. Análisis crítico de la ponderación

Analizaré uno por uno los tres subprincipios del principio de proporcionalidad o juicio de ponderación, y la posibilidad de obtener un resultado positivo (un juicio racional) de su utilización. Luego, también hare revisión de la estructura de la ponderación, que permite establecer qué principio en el caso concreto tendrá mayor peso, luego de haber analizado las posibilidades fácticas de la medida en cuestión. A medida que vaya avanzando presentaré las consecuencias que acarrea la aplicación del juicio de ponderación como método de solución de colisión de derechos fundamentales. Intentaré no caer en reiteraciones o redundancia conceptuales siempre que no sean pertinentes, aunque a ratos será necesario volver sobre algunos conceptos para plantear de mis ideas de manera más clara.

Además usaré la expresión “medida” continuamente para hacer referencia al acto que se encontrará evaluando el juez pertinente. Esto sin duda parece un poco extraño en aquellos casos en lo que se pretende hacer es ponderar dos derechos fundamentales en disputa de dos sujetos relacionados horizontalmente, sin embargo espero se entienda que la “medida” también hace referencia a cualquier acto vulneratorio de derechos fundamentales, una vez que se acoge plenamente la teoría de la eficacia horizontal de estos derechos.

3.2.1. *La ad hoc adecuación del subprincipio de adecuación*

García Amado en un artículo de su autoría realiza una evaluación crítica del principio de proporcionalidad que nos servirá de guía en lo que sigue. En dicho texto, y en relación al subprincipio de adecuación o idoneidad, postula categóricamente que: “el principio de idoneidad solo opera, y opera bien, cuando se ha predecido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime. Y es tal predecisión la que predetermina el resultado final de la aplica-

³⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “*Procedimiento de Tutela de derechos Laborales*”. LexisNexis, Chile, 2007 p. 37.

ción del principio de idoneidad”³⁵. En otras palabras, el resultado del análisis de adecuación de una medida cualquiera que limite un derecho fundamental P, estará ya condicionado, y en gran parte resuelto, por la decisión sobre el principio que se escoge como beneficiario de tal limitación.

En tal sentido, el aspecto esencial de la argumentación del tribunal correspondiente quedará oculto en la selección del principio (Px) que se enfrente a P. Así, se predicará de una medida cualquiera que es idónea, habiendo decidido previamente cuál será el principio que se someterá a análisis, a fin de verificar si existe, para aquel, alguna ventaja como consecuencia de la medida en cuestión. Dicho ejercicio supone descartar otras vías de análisis posible, esto significa, la posibilidad de que sean otros los principios beneficiados que entren en conflicto con P.

En el presente punto, en principio, se realiza un análisis meramente fáctico (puesto que la posibilidades de realización de la medida se evalúan en su dimensión fáctica mediante la aplicación del subprincipio de adecuación y el de necesidad), pero parece que no es tan simple.

Ahora, ¿por qué elegir uno u otro principio (dentro de todos los posibles Px) como fundamento de la limitación de P? Aquello es simplemente el resultado de la interpretación de la medida decretada (o del acto libre del sujeto de derechos que haya infringido el derecho de otro, si se quiere hacer aplicable la ponderación horizontalmente). Lo relevante, es que no siempre el juez que esté aplicando la Constitución expondrá como parte de la argumentación jurídica interna las razones por las que desecha algunos principios (derechos fundamentales) y no otros. Pero cuidado. Incluso, en caso de que sí se refiera a tal decisión en la sentencia, lo que sucederá es que lo decisivo en la argumentación jurídica ya no será la aplicación casi mecánica del subprincipio de adecuación, sino más bien, el ejercicio hermenéutico que le lleva a concluir que es un determinado principio “x” el que entra en conflicto con P, y no otro, e inmediatamente, el problema decisional jurídico se traslada desde el método ponderativo (supuestamente objetivo y racional en el balanceo de los principios) a un paso previo; la interpretación de la medida adoptada (o texto normativo si existiese). La ponderación como juicio racional, ya de entrada, pasa a situarse

³⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “*El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*”, en Alexy R. (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2007 p. 249.

en un segundo plano, o a lo más, es representación final del trabajo interpretativo realizado sobre la medida en cuestión y los derechos en conflicto. La aplicación supuestamente mecánica y accesible de este subprincipio (decidir si una medida es idónea o no), es en el fondo sumamente complejo, y supone no una, sino varias decisiones jurídico racionales previas. Por lo menos ha de concederse que no es tan simple como se presenta³⁶.

En el ámbito de las relaciones laborales, y a propósito del procedimiento de Tutela al que hacíamos referencia, se ha señalado la posibilidad de conflicto entre el derecho de propiedad del empleador, manifestado en su potestad de dirección y mando, por un lado, y los derechos fundamentales de los que es titular el trabajador, enumerados taxativamente en la ley. Pareciese que por esta vía ya se encuentra solucionado uno de los problemas que nos planteaba el subprincipio de adecuación. Esto debido a que por la propia naturaleza de la relación laboral ya se encuentra “objetivamente” determinado al menos uno de los derechos fundamentales que colisionan: el derecho de propiedad del empleador.

Sin embargo, también en sede laboral, se nos presenta otro cuestionamiento sumamente interesante: ¿podría el empleador justificar la idoneidad de su medida ya no solo en su derecho de propiedad³⁷, sino que en el fundamento legitimante posicionar como beneficiario a un tercero, que incluso puede tratarse de otro grupo de trabajadores? Para determinar si la medida es adecuada o no, podríamos ya no mirar al derecho de propiedad del empleador, sino a los beneficios que percibiría un grupo de trabajadores frente a otros, enfrentándose los derechos de unos contra los derechos de otros. El derecho de propiedad, si bien es el fundamento último de la legitimación de la medida adoptada, podría pasar a un segundo plano, y poner en juego a otros derechos fundamentales. Sin embargo, eventualmente al hacer esto

³⁶ “El juicio de ponderación es totalmente tributario de la previa interpretación de la norma cuestionada, y ello en un doble sentido: i) tributario del fin que, de entre los posibles, se asigne en concreto a la norma; y ii) tributario de la prospección o cálculo que se haga de las consecuencias que la aplicación de la norma puede tener en relación con ese fin” GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “*El juicio de ponderación...*” p. 270.

³⁷ Al Estado no se le exige que justifique sus medidas en el beneficio de un principio propio, puesto que no es titular de derechos fundamentales; su legitimidad se fundaría en el principio democrático. En todo caso, su finalidad debe ser promover el bien común, por lo que es razonable que fundamente en aquella meta las medidas adoptadas.

obviamos la presencia de dos movimientos diversos. En un primer instante el ejercicio puro de las facultades que la ley otorga al empleador para desarrollar su actividad económica. En un segundo momento, el eventual beneficio de terceros ante la medida adoptada, a la vez que la vulneración de algunos titulares que se situarían como sus pares. Aquí ciertamente complejizamos el asunto. Del mero conflicto o interacción entre dos derechos fundamentales (y titulares) diversos y opuestos, pasamos a una relación triádica en donde un tercero aparece en su relación de beneficiario de uno de los conflictuados (el empleador), a la vez que adversario del afectado por la medida adoptada por el empleador (un trabajador par).

Con lo expuesto en el párrafo anterior evidenciamos otro problema al que en cierta medida ya hemos hecho referencia. Al dar lugar a la vigencia o eficacia horizontal de derechos fundamentales, y adoptar el juicio de ponderación como mecanismo racional de solución conflictual, hemos de decidir si modificamos la noción inicial de Alexy de “medida” (propia de los órganos estatales), por alguna que la reduzca a “hecho vulneratorio” (que sería más propia en caso de particulares que se vulneran mutuamente). Pero he aquí nuevamente otro problema para la doctrina. Debemos decidir si aceptamos que analíticamente el empleador y trabajador se encuentran efectivamente en un plano de horizontalidad (idea bastante extraña en el Derecho del Trabajo), pues solo en tal caso habría conflicto de derechos fundamentales desde un punto de vista purista, o si bien, lo que realmente estamos requiriendo es un control de las facultades del empleador precisamente por su posición de superior jerárquico³⁸ (circunstanciado y constituido por la forma misma de la relación de trabajo), y en tal caso podríamos aplicar directamente la noción de medida. Si el Estado puede (y debe) justificar las medidas adoptadas interprivados, ¿por qué el empleador

³⁸ En este punto la doctrina laboral en general ha pretendido caracterizar la particularidad de la rama a través de la comparación entre sujeción al poder estatal y subordinación laboral, lo que sin duda lleva a una paradoja conceptual al momento de resolver conflictos de derechos fundamentales que provienen de la “eficacia horizontal”. Así, por ejemplo, Ugarte: “Esa relación de poder [empleador-trabajador], qué duda cabe, tiene más parecido a la relación existente entre autoridad y ciudadano que a la del vendedor y comprador del Código Civil” UGARTE CATALDO, José Luis. *“La constitucionalización...”* pp. 259-260.

no podría hacer lo mismo?³⁹. Esta discusión parece trasladarnos a otro plano, abandonando el análisis interno de la argumentación de Alexy. En el fondo, lo que pretendo decir, es que la diferencia misma entre medida potestativa realizada por algún órgano estatal y dirigida a los particulares, respecto del cual existe una relación de sujeción, y cualquier hecho libre de algún particular en su relación para con otro, es la que decide las posibilidades de realización misma de la eficacia horizontal de derechos fundamentales. De lo que se trata en este punto entonces, es de poner en tela de juicio uno de los fundamentos de la teoría: la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la aplicación directa de la Constitución a estos casos⁴⁰. Pero como ya señalé previamente, ese no es el tema central de esta exposición, y dejaremos para otro momento su desarrollo extensivo.

Pero bien, hay que encontrar alguna orientación que nos permita insertar el subprincipio de adecuación en nuestra argumentación jurídica interna. En ese sentido, estimo que, respetando el debido proceso, el derecho vulnerado ha de ser determinado por el contenido pretensional (o protector conservativo) de la demanda presentada por el legitimario activo en concreto (legitimado activo en la presentación de recurso de protección, legitimado en la acción de discriminación, trabajador, organización sindical o Dirección del Trabajo, etc). La otra opción es que concibamos la posibilidad de que el juez agregue como vulnerado un derecho fundamental que no ha sido considerado por la parte demandante o denunciante, caso en el cual retrocedemos

³⁹ Es uno de los aspectos que generan más discordia. Sin duda llevar al límite la comparación entre subordinación y dependencia con la sujeción al poder estatal, termina por desnaturalizar la relación laboral tal como la conocemos hoy en día.

⁴⁰ Una muy buena reflexión crítica sobre la supuesta aplicación directa de la Constitución, que traería aparejado el procedimiento de tutela la realiza el profesor Luis Alejandro Silva Irrarrazaval, y entre las afirmaciones más relevantes podemos destacar: “Esta tipificación del ilícito [vulneratorio iusfundamental] exige por parte del juez analizar la conducta del empleador a la luz de las facultades que la ley le reconoce. La insuficiente justificación, la arbitrariedad o desproporción y la afectación al contenido esencial de los derechos se enmarcan en el ejercicio de las facultades legales del empleador; luego, ¿cómo podrá el juez comprobar la realización del ilícito sin servirse de la ley como parámetro de verificación?” SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. Supremacía constitucional y tutela laboral. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. jul. 2011, vol. 24, no. 1 [citado 26 octubre 2014], p. 31-48. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100002&lng=es&nrm=iso>

a las críticas planteadas anteriormente sobre la determinación previa de los derechos que colisionan. Precisamente en tal situación el juez por sí solo mostraría la evidencia de la irracionalidad del juicio de ponderación, nada menos que al inicio de su argumentación jurídica.

Luego, pero sin ser menos importante, la idoneidad de la medida “x” en cuestión, estará determinada esencialmente por el cálculo proyectivo de las consecuencias de su aplicación en relación con el principio que pretende beneficiar. Aquel cálculo queda sujeto a la interpretación del derecho fundamental, o principio, en cuestión que realice el juez respectivo, en relación a sus alcances y límites internos (si considera que los tiene), y como es evidente, no bastará con un análisis mecánico de la medida en relación con el derecho fundamental vulnerador. Por tanto, ya en este punto que aparecía como un adentramiento meramente fáctico hay varios elementos interpretativos que se encuentran actuando, y que no es baladí ignorar. Dependerá de la concepción de derechos fundamentales que abrace nuestro juez de turno para evaluar nuestra suerte en juicio. La medida ha de ser evaluada no como una apreciación de hecho meramente, sino que a la luz y en relación dialéctica con la interpretación del principio o derecho fundamental que ha escogido el juez para poner en su balanza.

En resumen, la adecuación no está “afuera”, puesta objetivamente frente al juez, esperando que él constate su presencia, sino que es él más bien quien debe desarrollar argumentativamente dicha correspondencia desde su apreciación fáctica, pero sobre todo, desde los conocimientos del derecho. Como en un juego de niños, antes de iniciar propiamente el mismo juego (el juicio) sale al jardín a esconder su juguete favorito, para luego, más tarde, invitar a sus amigos a la búsqueda, en donde sorprendentemente es él quien se alza como triunfante descubridor.

Otorguemos que podría ser posible realizar correctamente un juicio de adecuación tal como plantea Alexy. Ahora, ¿podría pasar la segunda vaya y superar el juicio de necesidad la medida en cuestión? Pasemos a revisar.

3.2.2. El subprincipio de necesidad, o la inclusión de escenarios imaginarios

Hay que recordar que en el juicio de ponderación se utiliza el término necesidad no en referencia a la noción filosófica naturalista que entendería por tal concepto algo así como lo siguiente: se puede predicar de un fenómeno X que es necesario respecto de Y, si y solo

si, dado un fenómeno precedente Y no puede sino tener como consecuente a X. O sea, no cabe una comprensión del juicio de necesidad que responda directamente a la idea de causalidad natural. Dicha noción está más relacionada con las comprensiones epistemológicas de los fenómenos que pudiesen incidir en la decisión (en la determinación concreta del peso) que con el subprincipio de necesidad elaborado por Alexy, cuya fórmula ya fue expuesta en líneas anteriores.

En particular, en el ámbito del Derecho del Trabajo, y en relación a la comprensión del subprincipio en cuestión, Gamonal señala que “deberán preferirse medidas no invasoras de los derechos fundamentales del trabajador”⁴¹; Ugarte por su parte comprende por tal subprincipio implica “que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos aflictiva o costosa”⁴² y finalmente, Caamaño indica que “la medida debe ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”⁴³. El profesor Ugarte al utilizar la expresión “indispensable” parece acercarse a una comprensión bastante cerrada de este subprincipio, y adopta una comprensión mucho más estricta que el propio

⁴¹ Reconoce cuatro dimensiones diversas del subprincipio de necesidad: necesidad material (el medio usado debe ser el que afecte en menor medida los derechos fundamentales), exigibilidad espacial (el medio usado debe ser aquel que estatuya el menor ámbito de limitación del derecho), exigibilidad temporal (la medida debe regir el menor tiempo posible) y exigibilidad personal (la medida debe afectar al menor número de personas posibles) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “*Procedimiento de Tutela ...*” pp. 33-34. Sin duda que se supera una comprensión básica del subprincipio de necesidad, sin embargo, desde la teoría de Alexy, parte de estos elementos están ubicados en la fórmula del peso, y en particular, en la seguridad de las apreciaciones empíricas. La inclusión de estos elementos, a mi parecer, es sumamente útil, pero para un ejercicio hermenéutico que recaerá sobre los principios y la medida en cuestión; mas como parte del juicio de ponderación pierden su relevancia, e incluso, permiten que se caída en contradicciones internas en la aplicación del método.

⁴² UGARTE CATALDO, José Luis. “*Los Derechos Fundamentales del Trabajador: el nuevo procedimiento de tutela laboral*”, Colección Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, Nº 2, 2006 p. 22 y también UGARTE CATALDO, José Luis, “*El Nuevo Derecho del Trabajo*” 2007 p. 151.

⁴³ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “*La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XXVII, Semestre I, 2006, p. 24 Disponible en: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=eduardo_andres_caamano_rojo>

Alexy. Lo mismo Gamonal, restringiendo las preferencias de medidas a aquellas que *no* vulneren los derechos fundamentales del trabajador, lo que en principio es coherente con lo propuesto con Alexy, sin embargo, puede inducir a error al intentar obviar la posibilidad de conflicto entre derechos fundamentales (presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad)⁴⁴.

Ya no específicamente en el contexto del procedimiento de Tutela, es posible señalar que una medida (o acto) es necesario si y solo si no existe otra vía (acto o medida) que implique menor o nula vulneración de otro derecho fundamental.

He aquí la afirmación sintética de lo que expondré a continuación, y que a mi parecer resulta un tanto evidente: el resultado de la aplicación del subprincipio de necesidad está condicionado por el ejercicio imaginativo fáctico que realice el juez en relación con los principios en colisión⁴⁵ (principios que también fueron puestos en juego por la interpretación del juez, respecto de la medida adoptada).

En primer lugar, queda sujeta la solución a la apreciación (valoración subjetiva) sobre lo intrusiva que sea la medida o acto en comparación con otra que podría satisfacer de igual forma el principio beneficiado. Pero no solo aquello, sino que también está sujeto al desarrollo alternativo de medidas que proponga plantearse imaginariamente el juez, por tanto son dos ámbitos amplios por donde ha de mover su prudencia. Termina siendo ante todo, un juicio de valoración subjetiva del juez, que en la argumentación jurídica se plasmara mediante explicitación simple de una medida alternativa. En todo caso, como la medida nuevamente implica una apreciación “fáctica” legítimamente otro sujeto puede estimar la nueva medida creada por el tribunal como intrusiva que la primera. No para todos, la medida

⁴⁴ Para la deducción de la regla de la necesidad propone la siguiente situación: “Supongamos que hay una alternativa N' a N , que es suficientemente adecuada para promover $P1$, y que infringe menos $P2$ que N . En esta situación, $P1$, y $P2$ prohíben conjuntamente N . N no es necesaria para realizar $P2$, porque $P1$ puede ser cumplido con un costo menor”. ALEXY, Robert. “*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional...*” p. 46 En otro lugar señala explícitamente que: “este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado” ALEXY, Robert. “*Epitlogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*” Revista española de derecho constitucional, Año nº 22, Nº 66, 2002 p. 28.

⁴⁵ Similar afirmación se encuentra en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “*El juicio de ponderación y sus partes...*” p. 271.

será igualmente intrusiva; dependerá desde dónde se haga tal evaluación. El principio de proporcionalidad se transforma nuevamente en una herramienta ideal al servicio del juez, posibilitándole hasta aquí esconder sin tapujos sus reales intenciones, y limitando gravemente la posibilidad de crítica racional sobre su argumentación jurídica mediante la propuesta de una medida alternativa ad hoc. La evaluación sobre la necesidad de la medida queda sujeta a las apreciaciones subjetiva del juez, y sus posibilidades creativas de generar escenarios diversos de menor intrusión.

Lo que sostengo es que nuevamente el análisis sobre la necesidad de la medida implica una interpretación de los derechos en conflicto, y especialmente de aquel derecho que sería beneficiado por la medida o acto adoptado. No se trata simplemente de un análisis empírico reducido a las apreciaciones fácticas objetivas que realice el juez como observador externo, sino más bien, una comprensión jurídico normativa de los derechos en conflicto y de la medida adoptada. Si al juez, visceralmente no le parece “necesaria” la medida adoptada por el empleador, tendrá que emprender un ejercicio imaginativo para proponer medidas alternativas, que a su juicio, sean menos lesivas (asumiendo que la lesividad puede ser gradual). Básicamente la necesidad podrá ser resuelta por la creación imaginaria de esa medida, y gracias a las herramientas retóricas de las que se valga el juez para convencer al público que la medida que él propone es menos lesiva que la reclamada. Ahí, sin duda, le será necesario recurrir a la definición conceptual de los principios (derechos fundamentales) en conflicto.

A pesar de lo anterior, nuevamente otorguemos que podría ser aplicable un juicio de necesidad tal como lo plantea Alexy. Pero ahora, ¿supera el principio de proporcionalidad en sentido estricto la medida o acto en análisis? Pasemos a revisar.

3.2.3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto y ley de la colisión

Suponiendo que se ha aprobado los exámenes de idoneidad y necesidad, ya criticados, y solo en tal caso, sería procedente someter la medida al juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El profesor José Luis Ugarte comprende directamente lo planteado por Alexy, y así señala que: “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la

importancia de cumplimiento de otro”⁴⁶. El profesor Gamonal, al referirse a este subprincipio, indica que “el límite de los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como de sus efectos”⁴⁷, agregando que “la racionalidad respecto del objeto se vincula con el fin perseguido con el contrato de trabajo [...] que en definitiva no puede alterar derechos fundamentales por el solo objetivo económico del contrato o de la actividad empresarial”⁴⁸.

Tal vez aquí es donde más densa se podría poner la discusión, y sin embargo, a pesar de ser un punto determinante en la metodología de Alexy, es el subprincipio menos desarrollado en nuestra doctrina nacional. El juicio de ponderación aparece como complejo, con la existencia de tres subprincipios constituyentes del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sin embargo recién en la última etapa comenzaría la ponderación misma, y la verdadera complejidad de análisis. La aplicación de los dos juicios precedentes implica meramente una apreciación fáctica de la medida o acto, recién aquí pondremos en la balanza a los derechos conflictuados.

Si se quiere acoger o rechazar la aplicación del principio de proporcionalidad como método de resolución de la colisión de derechos fundamentales, sin duda hay que pronunciarse sobre la estructura de la ponderación. Por eso, iremos paso por paso abordando el desenvolvimiento de este subprincipio, y la estructura de la ponderación. Para desarrollar esta tarea nos valdremos del trabajo realizado por Carlos Bernal, que es lo suficientemente esquemático y preciso.

Si el plan es aplicar el principio de proporcionalidad propuesto por Alexy, entonces habrá que hacerse cargo de lo que él entiende por principio de proporcionalidad en sentido estricto. Al respecto señala que: “este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas [recordar que los otros elementos impli-

⁴⁶ UGARTE CATALDO, José Luis. “*Los Derechos Fundamentales del Trabajador: el nuevo procedimiento ...*” p. 24. En UGARTE CATALDO, José Luis. “*Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*” 2011 desarrolla más ampliamente el método de aplicación del juicio de ponderación.

⁴⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “*Procedimiento de Tutela ...*” p. 34.

⁴⁸ *Ibidem*.

caban un análisis sobre las posibilidades fácticas]. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”⁴⁹.

No es baladí lo que hemos señalado en el párrafo anterior pues el último paso de ponderación suele reducirse a la enunciación básica mencionada previamente (cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia de cumplimiento de otro), sin embargo la idea de Alexy es mucho más compleja y, como también se señaló, la estructura de la ponderación estaría constituida por la ley de la colisión (o ponderación), la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁵⁰. Lo que suele comprenderse como proporcionalidad en sentido estricto no es sino solo una de las aristas de la ponderación en su última fase, que ha pesar de ser el eje propiamente jurídico ha sido abandonado a la deriva por muchos que intentan justificar su aplicación⁵¹.

La fórmula básica de la ley de la colisión es la ya tantas veces reiterada: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. De aquí se deduciría que primera variable a analizar sería la intensidad de la afectación de un principio sobre el otro, para lo cual se propone como estándares de medición los siguientes: leve, medio o intenso. Sin embargo, aún no basta con la determinación de la intensidad de la afectación para justificar jurídicamente la proporcionalidad de la medida, sino que es necesario aún añadir dos elementos más. El primero de ellos es el “peso abstracto” de cada uno de los principios⁵², el segundo (tercero, en el conteo

⁴⁹ ALEXY, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, 2009 pp. 8-9.

⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.* p. 21.

⁵¹ Una excepción encontramos en: MELLA CABRERA, Patricio Eleodoro y DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro Eduardo. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2012, n. 39 pp. 177-219. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200007&lng=es&nrm=iso> [Consultado 03-06-2014] p. 207, sin embargo creo que sigue si bien comparten la forma de afrontar el problema, no profundizan ni analizan los alcances complejos de este particular apartado, en particular, en relación a las posibilidades de arbitrariedad judicial que permite abrir en los casos de “empates” argumentativos sucesivos en el desarrollo del razonamiento alexiano.

⁵² “La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que

total) es la consideración de la variable sobre la “seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida en el caso concreto [...] proyecta sobre los principios relevantes”⁵³. En esto consistiría la ley de la colisión. He aquí el último y más polémico punto de análisis sobre la proporcionalidad.

Aún no develamos completamente el contenido de este subprincipio, y en particular de la fórmula del peso⁵⁴ que permite resolver aritméticamente (sí, aritméticamente...) mediante el cálculo de intensidades de interferencia y satisfacción de los principios en colisión y la primacía condicionada de uno de los principios por sobre el otro. Todo aquello tras una traducción matemática del conflicto. Solo entonces sabremos cuál es el derecho que en el caso concreto precede al otro. Sin embargo hay algo que nos sorprenderá. ¡Aún aquí puede suceder que matemáticamente ambos principios pesen lo mismo! Quienes sostienen que la colisión de derechos fundamentales es posible, y que el juicio de ponderación es un método racional de solución, deberían, al menos, conceder que hay posibilidades de empate, y que la solución de tales casos no es del todo clara. Para aquello Alexy propone un tercer elemento en la estructura de la ponderación: las cargas de argumentación.

La comparación beneficio-perjuicios de los principios en colisión, evaluada mediante la escala de intensidad propuesta por Alexy no es del todo pacífica. Las medidas “leve”, “media” o “grave”, abren un gran espacio para la determinación subjetiva del juez. Nuevamente el juez tendrá previamente que determinar al menos la esencia de cada uno de los derechos que entran en colisión, pues entiendo, solo así podríamos evaluar una medida como gravemente intrusiva (habría que saber qué se está vulnerando ilegítimamente). Esto implica, nuevamente, que el juez previamente debe interpretar los principios que entran en juego; por tanto, que lo que presenciamos realmente se nos revela como un ejercicio hermenéutico del juez.

La determinación de la intensidad define el alcance y contenido los derechos que entran en conflicto; valoración que podrá excluir de

están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa—, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad”. *Ibid.*, p. 23.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*. pp. 24 y ss.

la argumentación jurídica señalando simplemente la intensidad como categoría de la afectación, acogiéndose a la metodología propuesta por Alexy. La intensidad misma una vez más es un momento de la interpretación jurídica del derecho conflictuado, pero ahora se nos esconde el razonamiento que desenvuelve su alcance. Parece que lo que se esconde es un proceso hermenéutico simple de subsunción (en realidad acumulación de verificaciones), y no un complejo aparataje de razonamiento jurídico ponderador; la máquina de Alexy realiza aquello que pretende evitar (la subsunción mecánica propia de las reglas, o la mera interpretación retórica inalcanzable racionalmente) en cada uno de sus movimientos de trabajo que conforman el proceso de producción de sentencia, y argumentación jurídica. Podría pensarse: ¿no estamos frente a un caso de subsunción de la medida a alguno de los parámetros de intensidad? Subsunción en que la premisa mayor estará constituida por los grados de afectación de principio correspondiente, mientras que la premisa menor corresponderá a la interpretación jurídica de la medida en cuestión. Pero, alto... ¡aquello también supone una interpretación de las categorías de intensidad! Tal como señala Bernal, a propósito de los límites racionales de la ponderación “no está claro cuál es el punto de vista a partir del cual debe hacerse la graduación. Y esta duda solo puede ser resuelta por el operador jurídico, el juez sobre todo, después de adoptar una posición material o ideológica”⁵⁵. Nada más claro que el propio Bernal. Es necesaria la previa posición ideológica del sentenciador. Hasta aquí el juicio de ponderación no sería más que una presentación pomposa y hueca tras la cual se esconde el real contenido decisonal del juez: su posición ideológica.

Podría objetarse que estas situaciones se presentan en los casos difíciles, y no los fáciles, sin embargo, en materia de derechos fundamentales parece demasiado arriesgado sostener que existen “casos fáciles”, más aún si ante los principios se desecha la utilidad funcional de la subsunción lógica (podría sostenerse esta apreciación crítica del Derecho en general, pero este no es el espacio para aquella discusión). Para el juez se tratará de un caso fácil, obviamente, si supone que todos quienes tengan acceso a la sentencia comparten sus creencias y posición ideológicas. Aquello suele ocurrir en sede laboral, tal vez he ahí el triunfo del Activismo Judicial y la integración de la eficacia

⁵⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.* p. 29.

horizontal con Juicio de ponderación como mecanismo de resolución idóneo.

En sede Laboral, tras lo expuesto, podríamos señalar que la discusión, de ser racional y basarse en la argumentación jurídica por el juez, pasará a establecerse en los siguiente términos: ¿es un juez pro empleador o pro trabajador? Es en ese ámbito en donde pasara a decidirse el resultado del litigio, escondido tras toda una maraña de fórmulas ad hoc, que servirán de mascarada para las valoraciones subjetivas del juez. En esta sede la resolución del caso pasará por los alcances que el juez determine para el derecho de propiedad y el derecho fundamental que el trabajador considere lesionado; interpretación que no necesariamente deberá señalar en la sentencia, aunque de todas formas irá implícita en la resolución final.

Si la intensidad de afectación deja abierta la entrada a la valoración subjetiva y la ideología del juez, más aún lo hace la consideración de los pesos abstractos de los derechos en conflicto⁵⁶ (siempre y cuando los derechos que colisionan no sean el mismo). Implica recoger, ya no como método de solución definitiva, pero sí como parte de la estructura de la ponderación, la idea de jerarquía entre derechos fundamentales (en tres niveles)⁵⁷. Es aquí en donde el juez deberá cumplir una difícil tarea, pues está balanceando derechos fundamentales entre pares, por lo mismo, no sería razonable que sistemáticamente un derecho venciera sobre otro e hiciera inclinar la balanza hacia un lado, previo a resolver el caso concreto (como podría ocurrir en sede laboral con el derecho de propiedad versus otros derechos fundamentales). No se trata de colisión entre cualquier categoría de derechos, sino que de derechos fundamentales, y por lo mismo, su razonamiento debe ir

⁵⁶ Al respecto señala Bernal: “El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, Estado y de justicia” BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.* p. 30.

⁵⁷ “Dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos”. MORESO, Juan José, “*Alexy y la aritmética de la ponderación*”, en Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación, Ricardo GARCÍA MANRIQUE (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007 Disponible en: < http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/5_Moreso_1.pdf> p. 3.

más allá de la particularidad protectora de alguna rama del Derecho particular.

Si se pretende hacer algún tipo de relación particular circunstanciada entre derechos fundamentales y su precedencia mutua es conveniente que al menos sea el legislador, ente legitimado democráticamente, quien establezca una presunción o desbalanceo de los derechos fundamentales a favor de un sujeto de manera explícita⁵⁸, mas no se condice con el Estado de Derecho abandonar a la arbitrariedad judicial dicha relación (finalmente oculta tras fórmulas poco claras). Estar atentos de aquello sí que implica tomar los derechos en serio.

Respecto del último punto, la “carga de la argumentación”, Alexy habría asumido dos posturas contrarias en diferentes textos. En uno habría sostenido, en virtud del principio democrático, una presunción a favor del legislador (in dubio pro *legislatore*), y en otro, a favor de los particulares (in dubio pro *libertate*)⁵⁹. Dicha diferencia de cri-

⁵⁸ Obviando, por ahora, las objeciones que tal presupuesto pudiese tener constitucionalmente.

⁵⁹ Según Gloria Lopera, en respuesta al desamparo que sufrirían los derechos fundamentales comprendidos como principios señala que es pertinente “afirmar la prevalencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los colectivos, expresada en una carga de argumentación a favor de los primeros [*in dubio pro libertate*][...] No obstante al tiempo que afirma lo anterior sostiene, por otro lado, la prevalencia de las reglas sobre los principios, argumentando que aquellas tienen un carácter *prima facie* diferente y esencialmente fuerte respecto al que poseen los principios. La razón de esta mayor fuerza de las reglas radica en que estas, además de venir respaldadas por principios sustanciales, cuentan con el apoyo de principios formales que ordenan seguir las determinaciones impuestas por una autoridad legítima. En sus trabajos más recientes, este planteamiento ha desembocado en el reconocimiento de un margen estructural para la ponderación a favor del legislador, bajo el entendido de que “si las razones para la intervención son tan fuertes como las razones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada”, lo que se traduce en una suerte de “*in dubio pro legislatore*” LOPERA MESA, Gloria Patricia. “*Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*”. Doxa. N. 27, 2004 p. 242. Efectivamente, Alexy señala que “En este caso [se refiere a la jurisprudencia que analiza en su texto] de lo que se trata es de que, si se presenta un empate l/l, al legislador le está permitido no actuar. Dado que cuando se presenta esta constelación también le está permitido actuar si lo desea, entonces se debe aceptar que existe un margen de acción, entendido de acuerdo con la definición anteriormente expuesta, como un espacio de discrecionalidad en el que está permitido actuar o no actuar[...] se trata de un margen acción estructural [si las razones para la intervención son tan fuertes como las acciones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada” ALEXY, Robert. “*Epílogo...*” p. 45. Mientras que en otro lugar: “No es posible un orden de los principios, o un orden de

terios no es menor, pues permite dar solución a los casos de empate (que la mayoría de las veces el juez podrá obviar mediante la inclusión dirigida de todas las herramientas retóricas que se le otorgan).

Sin duda lo anterior evidencia un problema claro: entre horizontales pareciera no caber la analogía *pro legislatore-pro libertate*. Entre particulares rige el principio de libertad sin excepciones, por lo que no cabría aplicar esta última regla (carga de la argumentación) sino en aquellos casos en que el sujeto que ha realizado el acto o dictado una medida no se encuentra en una posición horizontal con quienes han visto afectados sus derechos fundamentales. Aquí es donde más se evidencia el hecho de que Alexy ha ideado este modelo pensando en las medidas estatales antes que las relaciones horizontales.

Siguiendo la posición que considera al empleador en una posición privilegiada respecto del empleado (por su potestad de dirección y mando), podría ser trasladable este modelo y última regla (no sin estar exento de críticas). Luego, suponiendo que en el procedimiento de Tutela se llegase a un caso de empate, ¿cuál será la solución aplicable? Traslado los criterios de Alexy al Derecho Laboral podemos señalar que tenemos dos opciones: en la duda a favor del empleador (*pro legislatore*): o bien, en duda a favor del trabajador (*in dubio pro operario*, que vendría a ser algo similar a *pro libertate*). Este segundo principio es reconocido por la doctrina nacional en la aplicación del derecho sustantivo, por lo que parece razonable sostener que en casos de empate la balanza ha de cargarse hacia el lado del trabajador. En ese sentido, podría sostenerse que la solución, en todos casos doctrinaria, sería fallar a favor del trabajador. Pero, y conforme a lo señalado anteriormente, inclusive aquí, en sede laboral, es necesario que se establezca de manera explícita dicha presunción, pues si bien es aplicable a la solución de litigios en que lo disputado tiene un carácter eminentemente patrimonial, la naturaleza del Procedimiento de Tutela Laboral no tiene por qué ser servil a esa lógica. Estamos en un caso en que entran en colisión derechos no patrimoniales, y más aún, ¿se

valores que, de una manera intersubjetivamente controlable, conduzca en cada caso a un único resultado; un orden tal podría ser llamado “orden duro”. Pero, lo que es posible es un orden blando con prioridades *prima facie*. El núcleo correcto de la teoría material de los derechos fundamentales propuesta por Böckenforde es que, como se expusiera más arriba, puede presentarse una prioridad *prima facie* de los principios de libertad jurídica y de la igualdad jurídica, es decir, una carga argumentativa a favor de estos principios” ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales” p. 549.

trata de derechos fundamentales!, por lo que su resolución ha de tener una lógica propia, y si bien estará enmarcada dentro del ámbito del trabajo, ha de mirar más a la calidad de persona de sus titulares que a su condición particular de empleador y trabajador. Por lo mismo es necesario reiterar que es de esperar que la solución de estos casos, si se pretende seguir defendiendo la aplicación del principio de proporcionalidad, ha de ser tipificada por el legislador, mas no debe quedar sujeta a la arbitrariedad del juez.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las críticas realizadas a la racionalidad de la solución propuesta por Alexy en casos de colisión de derechos fundamentales no se limitan al análisis lógico interno expuesto en las páginas previas, sin embargo no es el lugar para ahondar en aquellas. Podría alegarse, por ejemplo; la comprensión de los principios como mandatos de optimización⁶⁰; afirmar que no todos los principios son mandatos de optimización⁶¹; que no todos los derechos fundamentales son susceptibles de ponderación (no puedo ser “un poquito esclavizado”, “levemente

⁶⁰ En ese sentido, de entrada, “no queda claro si el principio es él mismo un mandato de optimización (de la validez o aplicabilidad de una norma) o más bien el objeto de un mandato de optimización” LOPERA MESA, Gloria Patricia. “*Los derechos fundamentales...*” p. 218. La relevancia de esta suspicacia radica en que si se trata de un mandato de optimización, es porque mandata optimizar algo. Ahora, si el principio es ese mandato mismo, ¿cuál es el objeto a optimizar? Y además, la “definición de los principios como mandato de optimización envuelve una paradoja ya que, como ha señalado Aarnio, un mandato de optimización es en cualquier caso una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización e también una regla que no puede ser aplicada ‘más o menos’. Se ‘optimiza o no se optimiza” LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Ibid.* p. 219.

⁶¹ Tal distinción habría sido propuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Principios en sentido estricto y directrices se asemejan en que ambos formulan de modo abierto en condición de aplicación, pero mientras los principios en sentido estricto presentan de manera cerrada el modelo de conducta prescrito (consecuente), las directrices lo configuran de manera abierta [...] los primeros, una vez comprobado que desplazan a otros principios en un balance de razones, exigen un cumplimiento pleno, mientras en las directrices prescriben el cumplimiento de un estado de cosas en la mayor medida posible” LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Ibid.* p. 221. Por ejemplo no cabría la posibilidad de afirmar que se actúa “con un poco de buena fe”, en cambio sí se puede afirmar que el derecho a vivir en un medio ambiente limpio y sano está siendo cumplido en la mayor medida posible.

torturado”, o en el caso del procedimiento de tutela no se puede vulnerar gradualmente la “garantía de indemnidad”; no se puede sostener una “leve” represalia sobre el trabajador) pues no es aceptado que todos los derechos fundamentales puedan ser limitados; ideas tan contradictorias como que la aplicación juicio de ponderación implica una sobreconstitucionalización del Derecho, que garantizaría demasiado (Böckenförde) o demasiado poco (Habermas)⁶² para los derechos fundamentales; comprender los derechos fundamentales como principios, y los principios como valores, suponen un orden objetivo de estos últimos, la existencia de una “constitución material”, incognoscible plenamente por el sujeto aplicador del Derecho, y una comprensión más axiológica de los derechos fundamentales, que deóntica, como efectivamente debiese ser (del análisis sobre “deber ser” en el caso concreto, se pasa a un análisis sobre “lo bueno”, abriéndose amplio camino a la arbitrariedad judicial), entre otras. Incluso el fundamento mismo de la aplicación del principio de proporcionalidad, esto es la separación ontológica normativa fuerte entre principios y reglas, es bastante discutible⁶³; se suma también la idea de que incluso el juicio de ponderación implica una jerarquización en el caso concreto, y no se diferenciaría en gran medida de una comprensión jerárquica estática de los derechos fundamentales; o la consecuencia nefasta de crear “derechos “príncipe” y derechos “cenicienta”⁶⁴.

⁶² ALEXY, Robert. “*Epílogo...*” pp. 14 y ss.

⁶³ En este sentido se señala que “no esta claro si la tesis fuerte de la separación que se sostiene en un plano ontológico (reglas/principios) resiste su traslación al plano funcional (subsunción/ponderación) [...]”.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “*Ontología y función de los mandatos de optimización*”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2007 Disponible en: < http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/3_Garcia%20Figueroa_1.pdf> p. 6. La idea de la constitucionalización del derecho implica que la Norma Fundamental irradiará todas las normas del ordenamiento jurídico, lo que incluye a las reglas. Por lo mismo, no es posible, ni deseable encontrar reglas puras, debido al efecto de irradiación e impregnación de la Constitución. La característica propia de este tipo de normas de que no son susceptibles de ser aplicadas gradualmente, sino solo estarían sujetas a un todo o nada, elemento que se perdería de manera paradójica, más aún si las excepciones a la regla dejan de ser susceptibles de determinación previa y taxativa. El autor llama a esta paradoja el efecto “Caballo de Troya”.

⁶⁴ “[T]anto la jerarquización como el *balancing test* tienen relación con la doctrina de las libertades preferidas, y no solo el derecho norteamericano, pues ambos métodos –más acentuadamente el primero, más discretamente el segundo– colocan a algunos

Se trata de un método que se mira como simple y objetivo, pero en realidad, ni siquiera sus seguidores y promovedores, se han puesto de acuerdo en cómo comprender la estructura del Principio de proporcionalidad. Algunos señalan que está compuesto por subreglas, otros por subprincipios, e incluso se ha llegado a afirmar que se trata de juicios (de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Puede haber un problema de traducción de los textos originales de Alexy, sin embargo, es exigible al menos que quienes siguen su propuesta se decidan por una u otra nomenclatura, pues no es lo mismo hablar de subreglas que de subprincipios, menos aún para Alexy.

La aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de colisión de derechos fundamentales no responde a las necesidades de certeza jurídica requeridas por nuestro ordenamiento jurídico. Como ya quedó claro hasta aquí, la posibilidad de revisar y criticar racionalmente la sentencia jurídica dictada por el juez queda bastante reducida. A lo sumo, podrá siempre señalarse que la apreciación adoptada por el juez carece de fundamento, y racionalidad, e intentar descubrir cuál ha sido la interpretación que ha hecho el operador jurídico de los derechos fundamentales en cuestión.

Las críticas que hemos expuesto podrán predicarse de cualquier sentencia que se dicte siguiendo al pie de la letra el método de solución propuesto por Alexy. Esa básicamente será la falla estructural de la jurisprudencia si sigue este camino. Por lo mismo, no es lo suficientemente precisa y racional esta forma de argumentación. Todo lo bueno que se pretende lograr con la aplicación horizontal de derechos fundamentales, cae ante la irracionalidad del método de solución, o al menos, las ventanas abiertas a la arbitrariedad del juez tras la enmarañada construcción teórica de proporcionalidad. Si pensamos que la argumentación jurídica debe cumplir con la tarea de convencer, si no a todo, al menos a la gran mayoría del público, por lo que en cualquier caso no se deben dar por supuestas y compartidas las apreciaciones ideológicas del juez. Lo ideal es que la argumentación jurídica sea

derechos –entre los cuales suele estar el derecho a la información– en posiciones de preferencia, y convierten a otros en “cenicientas jurídicas”, cuya medianoche es cruzarse con un derecho más fuerte [...]” SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, “*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000 p. 17.

completa y clara, y que no se permita esconder tras artimañas técnico-teóricas, las verdaderas razones del fallo en una u otra dirección.

Por otro lado, aunque las intenciones del legislador de turno parezcan completamente loables, aquello no justifica abrir las puertas a la arbitrariedad judicial, y menos puede llevar a que él se desentienda de su posición en la resolución de conflictos intersubjetivos. Toda persona tiene derecho a un juicio justo, y en tal sentido, se debe asegurar la imparcialidad, imparcialidad y racionalidad del juez que vaya a dictar sentencia. No es conveniente, que en pro del activismo judicial, se le otorguen herramientas serviles a la arbitrariedad del juez, y preferencias ideológicas personales, desatendiendo la discusión sobre el contenido de los derechos fundamentales, sujetando la suerte de las partes a la azarosa situación de que el juez sea más o menos liberal, o más o menos socialista. Incluso, sosteniendo que lo que se busca en el juicio no es la verdad misma (objetiva), sino que se resuelva un conflicto intersubjetivo con fuerza de imperio, el deseo no ha de ser abandonar por completo la necesaria justificación de la sentencia, sino todo lo contrario.

El ejercicio retórico de convicción que realiza el juez en la sentencia debe ser lo más completo posible, y en ese sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad es una herramienta negativa, pues permite llenar de conceptos vacíos y empobrecer la argumentación jurídica, tras tecnicismos que aparecen como evolucionados y progresistas, limitando no solo las posibilidades de crítica al razonamiento del juez, sino también, la posibilidad de comprensión de su sentencia, y el derecho a defensa de las partes. Se suma a esto la circunstancia de que el juicio de proporcionalidad resuelve de manera exclusivamente particular el conflicto en cuestión, y abandona la pretensión de que el juez al fallar tenga en cuenta la posibilidad de universalizar su juicio concreto. Por lo tanto, la posibilidad de lograr certeza jurídica, y predictibilidad de las sentencias, se reduce al mínimo. Basta con que un ínfimo elemento fáctico varíe de un caso a otro (la duración o alcance de la medida, o en espacio físico en que se verifique), para que la solución pueda resultar totalmente opuesta. Y eso en sí mismo no es lo más grave, sino que además existe la posibilidad de que aquel problema se solucione sin necesidad de explicitar directamente cuál es la interpretación de las normas o principios en juego en el caso concreto (a pesar que, de hecho, la realiza, pues desde ahí resuelve el caso).

Otro elemento relevante en la comprensión del juicio de proporcionalidad, es la supuesta “novedad” de estas tendencias neoconstitu-

cionalistas, y la consideración de la Constitución como una fuente de Derecho vinculante directamente aplicable, “idea de fuerza vinculante de la constitución [que] se entiende como opuesta a una noción de constitución de manifiesto político, cuya concreción e inclusión en el ordenamiento jurídico queda entregada a las demás fuentes del Derecho”⁶⁵. Luego, además, la afirmación que sostiene que “los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y estos, a su vez, son la expresión, en términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser”⁶⁶. En este contexto, definir qué es un valor no es una tarea sencilla. Puede referirse al contenido moral de la decisión o apreciaciones ideológicas, sin embargo, en ambos casos la racionalidad de la decisión dejaría bastante que desear. Por ello, no es pacífica tampoco la comprensión de los derechos fundamentales como manifestación de valores subyacentes a la constitución formal.

La comprensión de las normas como una totalidad compuesta por principios y reglas, tiende a borrar la certeza jurídica como elemento relevante del juicio, y con ello, la posibilidad de evaluar alternativas de acción por parte de los agentes racionales que concurren a los tribunales para someter sus conflictos a la decisión del juez. Este erróneo camino puede evitarse si lo que se hace en realidad es simplemente interpretar las normas que concurren, y explicitar las razones y elementos que constituyen dicho ejercicio hermenéutico, idealmente, acogándose a las normas legales vigentes, pues es el legislador, quien tiene la legitimación democrática para desarrollar tal tarea. No es jurídicamente correcto dejar las decisiones sobre derechos fundamentales a las apreciaciones de valor subjetiva de los jueces en una sociedad pluralista y democrática, sino que se debe ser más exigente con la argumentación jurídica. De lo contrario, dejaremos a criterio del juez cuándo una medida afectó o no un derecho fundamental, dependiendo de los fines que él pretenda perseguir, casi como agente político. Él no es el sujeto legitimado democráticamente para establecer los alcances de la Constitución, sino que esta tarea le corresponde al Legislador, y en ese sentido, siempre será conveniente fundamentar antes las decisiones en la Ley, que directamente en la Constitución.

Finalmente, recogemos la crítica propuesta por el profesor Aldunate, y que creo que se hace cargo del núcleo del problema: “La

⁶⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “*Aproximación...*”, p. 88.

⁶⁶ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “*Aproximación...*”, p. 90.

distinción entre reglas y principios solo es posible para una teoría que no distingue entre textos normativos y norma como entidad de significado resultante de un proceso de construcción normativa⁶⁷. Se caricaturiza a la subsunción como una aplicación mecánica del derecho, pero en realidad, lo que plantea Alexy no es muy diferente a la subsunción. De hecho, en cada uno de los pasos desarrollados en el principio de proporcionalidad, si es que pudiesen aplicarse de manera correcta y racional, habría que ir subsumiendo hechos, conceptos, o medidas, a la comprensión de determinadas categorías. Sin embargo, subsumir no significa solo la evaluación comparativa mecánica de una premisa menor y una mayor, sino que implica un ejercicio hermenéutico complejo, en la determinación de los derechos que concurren y los hechos que se presentan como hipótesis de aplicación. Lo ideal es que el juez en su sentencia, en vez de enredarse con la colisión de derechos fundamentales, desarrolle su línea argumentativa mediante la interpretación de los derechos, estableciendo si efectivamente concurre en el caso concreto un derecho, o simplemente, su limitación interna lo deja desvalido, y sin cobertura sobre los hechos alegados. Una correcta interpretación de los derechos fundamentales permitirá olvidar la colisión de derechos, y la negativa comprensión de aquellos como un “mercado de derechos”, en constante competencia, donde no solo los derechos concebidos abstractamente son los que pierden, sino que sus propios titulares se ven sistemáticamente desplazados.

Comprender la subsunción en su versión caricaturizada, implica concebir que el lenguaje natural es transparente, y la mente del juzgador serviría solo como una máquina procesadora, vacía de contenido, pero no. Nadie está sosteniendo aquello; el juez, como cualquier otra persona, realiza ejercicios complejos de comprensión de cualquier fenómeno que se le presenta como exterior, tiene prejuicios y valoraciones personales, pero en nuestro caso concreto es lo mejor para todos que plantee y desarrolle ampliamente sus apreciaciones, antes que esconder sus intenciones tras elucubraciones teóricas inconsistentes. Incluso la ponderación implica una decisión sobre lo justo en el caso concreto, y en tal sentido, el resultado de su aplicación será la creación de una norma aplicable al caso. Lo importante para los ciudadanos, y en virtud del posible control en un Estado de Derecho, es

⁶⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación...”, p. 91.

poder tener acceso en la mayor medida posible al argumento y razonamientos de fondo que hacen decidir al juez de una u otra manera.

Es menester estar alerta, pues no todo lo que brilla es oro. Así, tal como señala el profesor Palavecino, “la tutela judicial directa de los derechos fundamentales, en lugar de jugar a favor de su protección, termina muchas veces atentando contra las libertades. Nacidos para proteger al individuo frente a la insaciable voluntad del poder del Leviatán, los derechos fundamentales terminan siendo la mejor excusa para que el Estado-Juez restrinja arbitrariamente las libertades de los privados”⁶⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. Rev. Derecho (Valdivia), v. 23, n. 1, jul., Valdivia, Chile, 2010. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004&lng=es&nrm=iso> [Consultado 25 de mayo de 2014].
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Editorial. LegalPublishing, 2008.
- ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *Centro de Estudios Constitucionales*, España, Madrid, 1993.
- ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año nº 22, Nº 66, 2002.
- ALEXY, Robert, “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. En *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 1, octubre 2004.
- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2009. Disponible en: <http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf> [Consultado 30 de mayo de 2014].
- ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección” en Alexy R. (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2009.
- BENABENTOS, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Rosario, Argentina Editorial Juris, 2001.

⁶⁸ PALAVECINO, Claudio. “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile”. En: Calvino, Gustavo; Muriel Brunetti, Andrea [et al.]. *Derecho Procesal, Garantista y Constitucional: Proceso, garantía y libertad*. Medellín: Corporación Universitaria Remington, 2014 p. 126.

- BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en: CÁCERES, E., FLORES, I. B., SALDAÑA, I. B. y VILLANUEVA, E. (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>> [Consultado 15 de junio de 2014].
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo” en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXVII, Semestre I, 2006. Disponible en: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=eduardo_andres_caamano_rojo> [Consultado 10 de junio de 2014].
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios” en: *Ius et Praxis*, v. 13, n. 2, Talca, Chile, 2007. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200008&lng=es&nrm=iso> [Consultado 4 de abril de 2014].
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1997.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, Editorial Jurídica, 2004.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Procedimiento de Tutela de derechos Laborales*, Chile, LexisNexis, 2007.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Ontología y función de los mandatos de optimización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2007. Disponible en: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/3_Garcia%20Figueroa_1.pdf> [Consultado 14 de abril de 2014].
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en ALEXY, Robert (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2007.
- GODOY, Mario Rodolfo, “Garantismo y activismo: posiciones en-contradas” en: *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Vol 14, 2008 [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>> [Consultada el 25 de octubre de 2014].
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización” en: *Doxa*. N. 27 (2004). Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/los-derechos-fundamentales-como-mandatos-de-optimizacion-0/> [Consultado 15 de junio de 2014].
- MELLA CABRERA, Patricio Eleodoro y DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro Eduardo, “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chi-

- le: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2012, n. 39. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000200007&lng=es&nrm=iso> [Consultado 3 de junio de 2014].
- MORESO, Juan José, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en: ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2007. Disponible en: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/5_Moreso_1.pdf> [Consultado 10 junio de 2014].
- PALAVECINO, Claudio. “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile” en: CALVINHO, Gustavo; MURIEL BRUNETTI, Andrea [et al]. *Derecho Procesal, Garantista y Constitucional: Proceso, garantía y libertad*, Medellín, Corporación Universitaria Remington, 2014.
- PEYRANO, Jorge, *El juez distribuidor de la justicia versus el juez dador de paz*, [En línea] <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL_JUEZ_DISTRIBUIDOR_DE_LA_JUSTICIA.doc> [Consultado el 10 de octubre de 2014].
- PEYRANO, Jorge, “Activismo Judicial” en: AA.VV. *Activismo y Garantismo*, Córdoba, Argentina, Instituto de la Academia en la Región Centro. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLVII, Editorial Advocatus, 2009 [en línea] < http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at_download/file> [consultado 20 de octubre de 2014].
- RUAY SÁEZ, Francisco Alberto, “Sobre la Sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad y su relación con el garantismo procesal” en: *Revista de Estudios Ius Novum, Valparaíso*, Librotecnia, Número 6, Año 2013.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2000.
- SILVA IRARRÁZVAL, Luis Alejandro, “Supremacía constitucional y tutela laboral” en: *Rev. Derecho (Valdivia)*. [online]. jul. 2011, vol.24, no.1 [citado 26 octubre 2014], pp. 31-48. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100002&lng=es&nrm=iso>
- UGARTE CATALDO, José Luis, “La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales” en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 7, julio-diciembre de 2008.
- UGARTE CATALDO, José Luis, *Los Derechos Fundamentales del Trabajador: el nuevo procedimiento de tutela laboral*, Colección Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, Nº 2, 2006.

UGARTE CATALDO, José Luis, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro” en: *Revista de derecho, Universidad Austral de Chile*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. XX - Nº 2, Valdivia, Chile - diciembre 2007.

UGARTE CATALDO, José Luis, “*Privacidad, trabajo y derechos fundamentales*”. Estudios constitucionales, Santiago, v. 9, n. 1, 2011. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100002&lng=pt&nrn=iso> [Consultado 3 de junio de 2014].